



REVISTA
ELETRÔNICA
DE
DIREITO
PROCESSUAL

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

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira

ISSN 1982-7636

www.redp.com.br

Ano 6. Volume IX

Janeiro a Junho de 2012

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

PARTE I. ARTIGOS JURÍDICOS

O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISCIPLINA CONFERIDA POR ELE À AMPLIAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO COMO ETAPA CRUCIAL DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues. 7

O PROCESSO CIVIL SOB A INFLUÊNCIA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Carla da Silva Mariquito 29

NEOCONSTITUCIONALISMO E INSTRUMENTALIDADE PELA DOUTRINA DE LENIO STRECK

Daniela Olímpio de Oliveira 60

EFETIVIDADE DO PROCESSO E/OU RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Débora Carvalho Fioratto 90

AS AÇÕES COLETIVAS: COMPARAÇÃO E ANÁLISE DO “COMMON LAW E DO “CIVIL LAW”

Diego M. Gandolfo de la Fuente

Fernando Dantas M. Neustein 127

MEDIAÇÃO PÓS-JUDICIAL: UM CAMINHO ALTERNATIVO RUMO À PACIFICAÇÃO SOCIAL

Fabiana Marcello Gonçalves 142

A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO NO PLANO DO PODER JUDICIÁRIO

Fabiano Gosi de Aquino 169

AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO UNIVERSAL À JUSTIÇA. UMA ANÁLISE FEITA À LUZ DO PLS Nº 166/2010 QUE INSTITUI O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gabriela Pellegrina Alves

Júlio Camargo de Azevedo..... 186

NEOPOSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E O NEOPROCESSUALISMO: O QUE HÁ REALMENTE DE NOVO NO DIREITO?

Gisele Leite..... 213

DESISTÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL NO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM EM RECURSOS REPETITIVOS E O NOVO CPC

Haroldo Lourenço..... 236

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ATUALIDADES E PERSPECTIVAS NO PROJETO DO NOVO CPC

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Tatiana Salles..... 259

O PROCESSO CIVIL ENTRA EM CAMPO: A COISA JULGADA E O TÍTULO BRASILEIRO DE 1987

José Augusto Garcia de Sousa 287

EFETIVIDADE NO PROCESSO ANTIEXACIONAL: A PERSECUÇÃO DA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NA EXECUÇÃO COLETIVA DO DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Juliana Peralva Domingues 356

PROVAS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JUIZ E DAS PARTES DE ACORDO COM PROJETO DO NOVO CPC

Juliano Oliveira Brandis

Miller Freire de Carvalho 385

A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI PELO STF EM CONTROLE CONCENTRADO E A COISA JULGADA ANTERIOR – ANÁLISE DO PARECER 492 DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Leonardo Greco 411

**OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM UMA
PERSPECTIVA COMPARADA**

Marcela Kohlbach de Faria..... 458

**MITIGAÇÃO DA ORALIDADE - CONTRADITÓRIO INFLUENTE -
EXACERBAÇÃO DOS PODERES DO RELATOR NOS JULGAMENTOS
MONOCRÁTICOS**

Marcelo Pereira de Almeida..... 481

**O MÉRITO DA DEMANDA E SUA REPERCUSSÃO NA FORMAÇÃO DAS
DECISÕES**

Marcos José Porto Soares

Glaziele Zanardi 498

**O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: A COMPATIBILIDADE
COM O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL NO JUIZADO
ESPECIAL CÍVEL ESTADUAL**

Maria Carolina Rosa de Souza 524

**O PROCESSO INTERATIVO DE CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES COMO VIA
DE REABILITAÇÃO DO SISTEMA VINDICATIVO**

Michele Paumgarten..... 552

**MEDIATION IN ENGLAND: ORGANIC GROWTH AND STATELY
PROGRESS**

Neil Andrews..... 571

O PODER-DEVER DO ESTADO DE FAZER ACORDO EM JUÍZO

Pedro Gomes de Queiroz..... 590

**APLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC NO PROCESSO
TRABALHISTA**

Priscila Wienman Gomes 619

**OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE E O
DOGMA DO CONTRADITÓRIO**

Raphael José Gireli Peres 646

**AS LACUNAS NO PROCESSO DO TRABALHO E A LEI 11.382/2006: A
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 745-A DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA**

Rayana Raquel Madeira Campos Almeida..... 668

**OS LIMITES DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
EXTRAJUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues 697

**ANÁLISE CRÍTICA E SISTEMÁTICA ACERCA DA (MODERNA) TEORIA
GERAL DA PROVA CÍVEL**

Vitor Gonçalves Machado 734

PARTE II. RESENHA DE OBRA JURÍDICA

**RESENHA DO LIVRO “DUE PROCESS OF LAW: A BRIEF HISTORY”, DE
JOHN V. ORTH**

Guilherme Luis Quaresma Batista Santos 766

PARTE I. ARTIGOS JURÍDICOS

**O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISCIPLINA
CONFERIDA POR ELE À AMPLIAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO
COMO ETAPA CRUCIAL DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO
JUDICIAL**

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues.

Mestrando 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 movimento de informatização do processo judicial encontra-se em franco aprimoramento no ordenamento brasileiro, em especial através da disciplina do processo eletrônico. Diante disto, o presente trabalho tem por finalidade analisar os principais dispositivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil que tratam do assunto, sugerindo alterações quando necessário.

Abstract: The application of informatics to civil procedure is developing largely in Brazil Law, especially through the regulation of the electronic procedure. Therefore, this paper aims to analyse the main articles in the Project of New Brazilian Code of Civil Procedure that are related to that subject, making suggestions when necessary.

Palavras-Chave: Processo eletrônico. Informatização. Pacto Republicano. Celeridade processual. Projeto de Novo Código de Processo Civil.

1 – Delimitação do estudo:

O objetivo do presente trabalho é analisar a disciplina que o Projeto de Novo Código de Processo Civil¹ conferirá ao processo eletrônico. O tema é justificado em razão de sua atualidade e importância, vez que o processo eletrônico é um instrumento cada vez mais difundido na prática judiciária nacional.

Em primeiro lugar, será feita uma apresentação do instituto, relatando seus antecedentes históricos e seus fundamentos teóricos, destacando-se os princípios da celeridade e da efetividade, que embasam o movimento de informatização do processo judicial.

Posteriormente passar-se-á à análise dos principais dispositivos do Projeto que tratam do tema. Neste momento, serão feitas algumas sugestões pontuais acerca dos dispositivos, a fim de aprimorá-los tanto do ponto de vista teórico (conjugando o *animus* das normas com outras garantias como o contraditório e o acesso à justiça) quanto prático (conciliando as dificuldades encontradas pelos operadores do Direito na prática forense).

Como se pode notar, a metodologia utilizada foi a comparativa, através da análise da adequação dos dispositivos principais que versam sobre o tema em relação às garantias processuais e às necessidades de ordem prática enfrentados na prática daquele que lidam com o processo eletrônico.

2 – O processo eletrônico e a agregação da tecnologia da informação ao processo civil:

O Direito, assim como todos os outros ramos do conhecimento, vem ganhando nos últimos tempos um importantíssimo aliado: a tecnologia da informação. A criação e o desenvolvimento de aparelhos eletrônicos que desempenham tarefas

¹ Tendo em vista as diversas alterações sofridas pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil, destaca-se que a versão aqui adotada é aquela resultante da análise pelo Senador Valter Pereira, uma vez que existiram substanciais alterações em relação ao Projeto original, formulado pela Comissão Organizadora.

complexas num espaço de tempo curtíssimo é uma realidade incorporada à vida cotidiana².

No caso do processo civil, a utilização da tecnologia da informação mostrou-se como um grande motor da massificação do acesso à justiça e da efetivação da celeridade processual, em especial através do chamado processo eletrônico.

Com efeito, a adoção do processo eletrônico está inserida no movimento denominado *informatização do processo judicial*³, que se volta para o aprimoramento da marcha processual através da paulatina agregação de mecanismos advindos da tecnologia da informação.

Explica Augusto MARCACINI⁴ que o desenvolvimento da política de informatização do processo judicial se divide em 4 (quatro) etapas principais⁵:

- a) *informatização de rotinas internas dos Tribunais*: aplicação de recursos de informática na otimização das tarefas internas dos Tribunais, por exemplo, para fins de registro da movimentação dos processos entre a serventia e o Gabinete. Cuida-se de etapa onde a informatização traz benefícios indiretos para os sujeitos processuais, sem criar quaisquer direitos ou ônus;
- b) *disponibilização da informação processual para o público externo*: um passo adiante em relação à etapa anterior, vez que não mais se volta apenas para os serventuários da Justiça. Neste ponto a

² A bem da verdade, a ampla revolução adquirida no ramo da tecnologia da informação é apenas a ponta do iceberg na enorme revolução científica que vêm sofrendo todos os ramos do conhecimento humano. Utilizando-se um exemplo extremamente conhecido, pode-se citar o caso do televisor, que até a década de 1970 era fabricado com a válvula, um componente eletrônico tecnicamente limitado e de grandes dimensões; a popularização do transistor propiciou um ganho de qualidade imenso, que se reflete nos tempos atuais em aparelhos que cada vez mais se assemelham a telas de cinema (alguns até com tecnologia de imagens tridimensionais).

³ ALMEIDA FILHO, J. C. A.. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, pp. 25 e ss. e CALMON, P. **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, pp. 45/47.

⁴ **Processo e Tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual**. 2011, 456f. Tese de livre docência (Universidade de São Paulo), no prelo.

⁵ Ob. cit., pp. 231-232.

informatização passa a conferir legítimas expectativas para as partes e seus procuradores, passando a sofrer influxos do princípio da boa-fé processual;

- c) *práticas de atos isolados dentro do processo comum: exempli gratia*, por meio da realização de audiências mediante recursos audiovisuais de videoconferência⁶ ou da expedição de carta precatória por meio eletrônico em processo cujos autos sejam físicos; e
- d) *autos digitais*: mediante a inexistência de autos físicos, com a realização preferencial de atos processuais eletrônicos. Não sendo possível, o ato será realizado pelo modo usual, e posteriormente, seu resultado/produto (um documento, um mandado, um depoimento) será digitalizado.

⁶ No direito brasileiro foi pioneira a Lei 11.900, de 08.01.2009, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal e passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório criminal mediante videoconferência:

“Art. 185. (...)”

§ 2º *Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:*

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º *Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.*

§ 4º *Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.*

§ 5º *Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.*

§ 6º *A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil”.*

Para os fins do presente trabalho, considera-se que o processo eletrônico⁷ está presente principalmente⁸ nas duas últimas etapas, uma vez que ele aqui é entendido como o conjunto de atos processuais exprimidos preferencialmente por meios digitais/eletrônicos, notoriamente quando os próprios autos já são digitais (mas também quando os atos eletrônicos são realizados em autos físicos).

É notório, portanto, que o grande objetivo da adoção do processo eletrônico é que, num futuro próximo, os autos físicos sejam eliminados⁹. E aqui já é possível

⁷ Este trabalho não abordará a divergência levantada por alguns autores, referente à distinção entre processo eletrônico e procedimento eletrônico. Por todos, ver ALMEIDA FILHO, ob. cit., p. 123.

⁸ Mas não totalmente, eis que, conforme será visto mais à frente, a etapa de simples disponibilização de informações para o público externo vem sendo interpretada pelos Tribunais como integrante da sistemática do processo eletrônico.

⁹ Veja-se, p.ex., a seguinte notícia, publicada no sítio do Tribunal Superior do Trabalho:

“Metas da JT para 2012 enfatizam processo eletrônico e execução trabalhista

A capacitação de 20% de magistrados e 20% dos servidores na utilização do processo judicial eletrônico (PJE) e em gestão estratégica e a implantação do PJE em pelo menos 10% das Varas do Trabalho de cada um dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho são as principais metas da Justiça do Trabalho para 2012. As metas específicas para o Judiciário Trabalhista, no total de cinco, foram aprovadas hoje (18) à tarde, durante o IV Encontro Nacional do Judiciário, realizado em Porto Alegre (RS) pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

As propostas foram encaminhadas pela Subcomissão Nacional a partir de consulta aos TRTs e consolidadas pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). “As metas são fruto de amplo diálogo institucional dos membros e instituições ligadas a este segmento da Justiça”, afirmou o presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do CSJT, ministro João Oreste Dalazen, ao apresentar as propostas ao presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso.

No início da tarde, o ministro Dalazen fez um resumo do cumprimento das metas de 2011 atualizado até o terceiro trimestre e expôs, em linhas gerais, o contexto no qual se inserem as metas propostas para os próximos anos. Citou como temas de relevância a implantação do PJE as medidas voltadas para dar mais efetividade à execução – lembrando a aprovação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, que entrará em vigor a partir de janeiro de 2012, o Projeto de Lei do Senado nº 606/2011, que altera artigos da CLT relativos à execução e incorpora sugestões encaminhadas pela Justiça do Trabalho, e a realização da 1ª Semana Nacional da Execução Trabalhista, de 28/11 a 2/12.

O presidente do TST ressaltou a importância da gestão estratégica com foco em resultados, que vem sendo aplicada no Poder Judiciário e na Justiça do Trabalho, e destacou também o papel da gestão como um todo – envolvendo as áreas de pessoas, orçamentária e judiciária – como ferramenta para que o Judiciário cumpra sua missão institucional.

As metas específicas foram submetidas à votação direta dos presidentes dos Tribunais do Trabalho, sem prejuízo do trabalho realizado pelo CNJ em relação às metas gerais para o Poder Judiciário. “O intuito é de conferir ainda maior legitimidade às metas do próximo biênio”, assinalou Dalazen.

Confira, abaixo, as cinco metas específicas da Justiça do Trabalho.

2012

Meta 15 - Implementar Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) em pelo menos 60% das unidades judiciárias e administrativas.

Meta 16 – Capacitar, com duração mínima de 20 horas, 20% dos magistrados e 20% dos servidores na utilização do Processo Judicial Eletrônico e em gestão estratégica.

Meta 17 – Implantar o Processo Judicial Eletrônico – PJE em pelo menos 10% das Varas do Trabalho de cada Tribunal.

Meta 18 – Aumentar em 10% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011.

chegar a uma conclusão (inicial) importantíssima. Diferentemente de outros recursos tecnológicos que visavam a simplesmente otimizar o trabalho mediante a substituição da tinta de caneta (foi assim, p.ex., com as petições feitas na máquina de escrever e, mais recentemente, no computador), o processo eletrônico tem por fim principal a substituição do próprio papel¹⁰.

Meta 19 – Executar, até setembro de 2012, pelo menos 60% do orçamento anual disponível, excluídas as despesas com pessoal.

2013

Meta 10 - Implementar Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) em 100% das unidades judiciárias e administrativas.

Meta 11 – Realizar adequação ergonômica em 100% das unidades judiciárias de 1º e 2º graus.

Meta 12 - Capacitar, com duração mínima de 20 horas, 50% dos magistrados e 50% dos servidores na utilização do Processo Judicial Eletrônico e em gestão estratégica.

Meta 13 – Implantar o Processo Judicial Eletrônico – PJE em pelo menos 40% das Varas do Trabalho de cada Tribunal.

Meta 14 – Aumentar em 15% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011.

Meta 15 – Executar, até setembro de 2013, pelo menos 65% do orçamento anual disponível, excluídas as despesas com pessoal.

Metas Gerais

A principal meta aprovada no V Encontro para todo o Judiciário (Meta 1) é o julgamento de uma quantidade maior de processos de conhecimento em 2012 em relação ao número de ações recebidas em 2011. A Meta 2 delimita, para cada segmento da Justiça, o acervo de processos, em função do ano de entrada, para julgamento até o final de 2012. A Justiça do Trabalho deverá julgar 80% dos processos distribuídos até 2008.

A Meta 3 determina que os tribunais publiquem na Internet o andamento atualizado de todos os processos e o conteúdo das decisões, à exceção dos casos de segredo de justiça. A Meta 4 prevê a designação de um juiz de cooperação, a quem caberá a interlocução entre os magistrados do próprio tribunal e de outros, para facilitar o cumprimento de medidas que esbarrem em questões burocráticas. A Meta 5 estabelece a implantação de sistema eletrônico para consulta e recolhimento de custas processuais pela internet, que facilitará a vida do usuário e reduzirá o trabalho de atendimento nos cartórios.

Uma das inovações do CNJ, no V Encontro, foi a antecipação da votação de duas metas de produtividade para 2013, de forma a permitir que os tribunais tenham tempo de planejar e incluir no orçamento as ações que vão auxiliar no cumprimento de tais objetivos”

(notícia publicada em 18.11.2011. Disponível em

<http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.

Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=13155> . Acesso em: 19 de novembro de 2011).

¹⁰ Neste mesmo sentido já se expressou G. L. Q. B. SANTOS, em recente artigo: “*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. (...) 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 (...)*”. A publicidade dos atos processuais e a inviolabilidade da privacidade no processo judicial eletrônico. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – Volume VIII**, pp. 405/442, em especial pp. 408 e 410. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 15 de dezembro de 2011.

Logo, o processo eletrônico não representa uma simples adaptação do modo de inserir a tinta no papel. Não basta mais que o Código de Processo Civil preveja que “*os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével*”, consoante dispõe o *caput* de seu art. 169. A tendência é que o papel não mais exista como meio de expressão de atos processuais (ou exista apenas em caso excepcionalíssimos), dando lugar a telas de computadores (e de outros apetrechos capazes de simular o ambiente cibernético)¹¹. E, além disto, o papel também será substituído por discos rígidos como forma de armazenamento permanente de dados.

Em bom tempo a Lei 11.419/2006 acrescentou um parágrafo ao mesmo art. 169, determinando que “*quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes*”.

Aliás, esta mesma lei representa o marco legislativo da matéria, uma vez que a regulamentou expressamente e de forma mais acurada¹². Em conjunto com a Medida Provisória 2.200/2001 (que disciplina a adoção de assinaturas eletrônicas – não apenas aquelas utilizadas no processo judicial, perceba-se), a Lei 11.419 constitui o ápice da chamada *consagração* do processo eletrônico.

É notório que paulatinamente foi-se estruturando¹³ um arcabouço normativo (abraçado também pela jurisprudência) que passou a fundamentar e legitimar a

¹¹ Mas não se pode perder de vista que a substituição integral do papel pode ter consequências perniciosas. Imagine-se uma demanda cuja prova principal seja um documento cuja falsidade possa ser aferida mediante a utilização do tato, com a sensação de alto ou baixo relevo de determinada inscrição nele feita (como bem ponderou o Professor Leonardo Greco em uma de suas aulas no Mestrado de Direito Processual da Universidade do Rio de Janeiro). Certamente os recursos tecnológicos atualmente disponíveis não podem suprir tal lacuna. Talvez (e neste momento o autor deste trabalho pede licença ao leitor para divagar um pouco) em tempos futuros tenhamos o escaneamento de documentos e sua reprodução com *hologramas*, o que, a princípio, poderá contornar este problema. Contudo, como já se deixou transparecer, trata-se apenas de uma ponderação retirada de livros e filmes de ficção científica (ao menos até agora...).

¹² Ainda que não o faça de forma exaustiva (p.ex., não há qualquer menção à gravação de depoimentos em audiências).

¹³ A informatização do processo é um dos itens constantes do chamado Pacto Republicano. Veja-se, por todos, ALMEIDA FILHO, ob. cit., pp. 312 e ss.

aplicação direta de ferramentas eletrônicas ao procedimento. De uma *timidez inicial* (baseada nas pontuais modificações realizadas pelas Leis 11.280 e 11.341¹⁴), o processo civil brasileiro evoluiu para a *consagração* dos atos processuais eletrônicos (culminando na expressa adoção do processo eletrônico, pela mencionada Lei 11.419/2006), para posteriormente passar-se ao *aprimoramento* destas ferramentas¹⁵.

¹⁴ Vide, e.g., o parágrafo único (hoje parágrafo primeiro) do art. 154, inserido pela Lei 11.280/2006 (“Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. 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, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil”) e o parágrafo único do art. 541, modificado pela Lei 11.341/2006 (“Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. 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”).

¹⁵ Através da aplicação de ferramentas eletrônicas de julgamento (como Plenário Virtual do STF), de publicidade de decisões (como o Diário da Justiça Eletrônico) e de constrição de bens na fase de execução (notoriamente conhecido como *penhora online*, e regulamentado oficialmente pelo art. 655-A, introduzido pela Lei 11.382/2006), e, principalmente, através do reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da presunção de validade e veracidade das informações de acompanhamento processual disponibilizadas nos sítios eletrônicos dos Tribunais (veja-se o *leading case* da matéria: “RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS VIA INTERNET - CARÁTER OFICIAL À LUZ DA LEI N. 11.419/2006 - PRESTÍGIO À EFICÁCIA E CONFIABILIDADE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS POR MEIO DA INTERNET - HIPÓTESE DE ERRO OU FALHA DO SISTEMA - JUSTA CAUSA - POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO – CONJUNTURA LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL - ATUALIDADE - HOMENAGEM À ADOÇÃO DE RECURSOS TECNOLÓGICOS - MELHORIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ART. 5º, INCISO LVXXII, DA CARTA REPUBLICANA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Com o advento da Lei n. 11.419/2006, que veio disciplinar “(...) o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais”, a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais, somente possuem cunho informativo perdeu sua força, na medida em que, agora está vigente a legislação necessária para que todas as informações veiculadas pelo sistema sejam consideradas oficiais. II - A razão desta interpretação é consentânea com o art. 4º, caput e § 2º da Lei n. 11.419/2006, que expressamente apontam, in verbis:“(...) Art. 4º. Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.(...) § 2.º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.” III - A disponibilização, pelo Tribunal, do serviço eletrônico de acompanhamento dos atos processuais, para consulta das partes e dos advogados, impõe que ele se realize de modo eficaz, uma vez que há presunção de confiabilidade das informações divulgadas. E, no caso de haver algum problema técnico do sistema, ou até mesmo algum erro ou omissão do serventuário da justiça, responsável pelo registro dos andamentos, que porventura prejudique umas das partes, poderá ser configurada a justa causa prevista no caput e § 1º do art. 183 do Código de Processo Civil, salvo impugnação fundamentada da parte contrária. IV - A atual conjuntura legislativa e jurisprudencial é no sentido de, cada vez mais, se prestigiar a divulgação de informações e a utilização de recursos tecnológicos em favor da melhor

As inovações legislativas têm por intuito conferir maior celeridade e efetividade ao processo. A redução do tempo na tramitação é absolutamente inegável, especialmente quando se lembra que os serviços cartorários de juntada de petições e de conclusão ao magistrado são substituídos por rotinas instantâneas efetuadas pelos sistemas informáticos dos Tribunais¹⁶.

Assim, diante de toda a importância adquirida pelo processo eletrônico em nosso ordenamento, passaremos à análise dos dispositivos do Projeto de Novo Código de Processo Civil que tratam da matéria. Na medida do possível, serão feitas sugestões que, em nosso entender, contribuiriam para dar aprimorar o regramento teórico e facilitar ainda mais a utilização desta ferramenta na prática, pelos advogados e demais operadores do Direito.

3 – Projeto de Novo Código de Processo Civil e o processo eletrônico:

O Projeto de Novo Código de Processo Civil não destoaria da evolução legislativa aqui apontada: vários de seus dispositivos tratam do processo eletrônico, dando continuidade ao movimento de informatização do processo judicial. E, conforme já foi adiantado, neste item serão explicitados os principais dispositivos que tratam do tema e, quando necessário, serão feitas sugestões que, em nosso entender, irão aprimorá-los.

prestação jurisdicional, com evidente economia de recursos públicos e em harmonia com o que dispõe o art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Republicana. V - Recurso especial improvido” – REsp 1.186.276, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado por unanimidade pela Terceira Turma, publicado em 03.02.2011 e disponível no Informativo n.º 460).

¹⁶ Como bem observado por P. CALMON: “*Eis o processo sem autos de papel. Eis o fim dos pontos mortos do procedimento. A máquina trabalhará pelo homem também na administração do processo judicial. Nunca mais se ouvirá falar no calhamaço de papéis que se convencionou denominar autos. Não se verá mais capas rosas, azuis ou amarelas, as tarjas vermelhas, e, em especial, não se verá mais a velha costura de linha de algodão, que amarrava não só os papéis, mas os diversos volumes que muitas vezes formam os autos de processos complicados e eternos. Será uma enorme economia de papel, de tinta (hoje toner), de grampos e fotocópias. Será economizado, também, o transporte dos autos até os Tribunais. Não se falará mais em busca e apreensão de autos” (Ob. cit., Apresentação).*

Para fins didáticos, esclarece-se que as sugestões serão feitas no corpo do artigo, mas sempre se expondo antes, em nota de rodapé, a redação originária do Projeto.

O primeiro dispositivo analisado é o **art. 163**¹⁷, que trata exatamente da forma dos atos processuais (bastante semelhante ao art. 169 do atual Código de Processo Civil). Sua redação originária faz menção aos atos processuais eletrônicos, estabelecendo a competência dos Tribunais locais para baixar atos normativos que disciplinem o manejo do processo eletrônico, observada a lei federal e os princípios nela contidos. Ademais, traz interessante e necessária¹⁸ inovação, ao expressar que esta sistemática, contudo, será unificada pelo Conselho Nacional de Justiça, permitindo que todo o Poder Judiciário adote as diferentes inovações trazidas pelo avanço da tecnologia.

A nosso ver, o dispositivo carece, primeiramente, de uma pequena mudança na ordem dos parágrafos (destacadamente transformando o § 2º em 1º, pois ele traz uma disposição genérica, que deve vir logo após a cabeça do artigo), conferindo maior clareza na redação (e, conseqüentemente, melhor encadeamento lógico no raciocínio).

¹⁷ “Art. 163. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

§ 1º Os tribunais, no âmbito de sua competência, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade observada a hierarquia de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

§ 2º Os processos podem ser total ou parcialmente eletrônicos, de forma a permitir que todos os atos e os termos do processo sejam produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei.

§ 3º Os tribunais disponibilizarão as informações eletrônicas constantes do seu sistema de automação, em primeiro e segundo graus de jurisdição, em página própria na rede mundial de computadores, cumprindo aos interessados obter a tecnologia necessária para acessar os dados constantes do mesmo sistema.

§ 4º O procedimento eletrônico deve ter sua sistemática unificada em todos os tribunais, cumprindo ao Conselho Nacional de Justiça a edição de ato que incorpore e regulamente os avanços tecnológicos que forem se verificando”.

¹⁸ De fato, embora se reconheça que é necessário que os Tribunais locais disponham acerca da matéria para adaptá-la às peculiaridades locais, a unificação das regras gerais pelo CNJ é salutar a fim de evitar que as diferenças sejam gritantes. A título de exemplo, pode-se citar o fato de que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro exige que as petições eletrônicas sejam salvas em arquivo PDF de determinada versão do Adobe Acrobat, ao passo que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, também localizado no Rio de Janeiro, exige outra versão do mesmo programa. A dificuldade prática é notória, uma vez que um determinado programa só pode ter instalada uma só versão num mesmo computador.

Além disto, entende-se necessário que o Poder Judiciário tenha cuidado na adaptação da comunidade jurídica ao processo eletrônico, em especial os advogados (sob pena de se prejudicar seus clientes e, conseqüentemente, violar garantias processuais como o acesso à justiça e a ampla defesa); daí a sugestão de inclusão do § 5º, para que, em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil¹⁹, o Judiciário auxilie na adaptação aos instrumentos tecnológicos modernos utilizados pelo processo civil. A redação sugerida, portanto, é a seguinte:

“Art. 163. (...).

§ 1º Os processos podem ser total ou parcialmente eletrônicos, de forma a permitir que todos os atos e os termos do processo possam ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei.

§ 2º O procedimento eletrônico deve ter sua sistemática unificada em todos os tribunais, que será determinada pelo Conselho Nacional de Justiça, em especial mediante a edição de atos que incorporem regulamente os avanços tecnológicos que forem se verificando.

§ 3º Ressalvada a atribuição uniformizadora do Conselho Nacional de Justiça, os tribunais disciplinarão, no âmbito de sua competência, a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade observada a hierarquia de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

¹⁹ Que, por sua vez, já aparenta preocupação com o tema. Veja-se a seguinte notícia, publicada em recente edição da Tribuna do Advogado: “Descrente em relação aos benefícios que poderão advir do processo eletrônico, o ministro Marco Aurélio Mello provocou risos e aplausos em várias de suas manifestações críticas a respeito da Lei nº 11.419/2006, que o criou. “Continuamos a pensar que podemos consertar o Brasil com leis, quando o que precisamos é de apego às posturas exemplares”, alfinetou logo de início. O ministro vê prejuízo, por exemplo, para o princípio constitucional de publicidade que deve reger os atos da administração pública. É que o parágrafo 6º no artigo 11º da lei prevê que “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” In: PROCESSO eletrônico: muitas dúvidas na transição. **Tribuna do Advogado – Número 509**. Rio de Janeiro: Ed. OAB/RJ, 2011, p. 13.

§ 4º *Os tribunais disponibilizarão as informações eletrônicas constantes do seu sistema de automação, em primeiro e segundo graus de jurisdição, em página própria na rede mundial de computadores, cumprindo aos interessados obter a tecnologia necessária para acessar os dados constantes do mesmo sistema, observando-se o parágrafo seguinte.*

§ 5º *O Poder Judiciário, em cooperação com a Ordem dos Advogados do Brasil, incentivará e orientará os interessados na obtenção dos instrumentos de tecnologia da informação, a fim de propiciar o pleno acesso à justiça”.*

Em segundo lugar, sugerimos pequena modificação no **art. 164**²⁰, que cuida do segredo de justiça no processo civil. A fim de conjugar a facilidade de manuseio do processo eletrônico com o princípio da intimidade²¹, evitando-se consultas anônimas aos sistemas (mediante a adoção de um sistema de senhas – individualizadas por processo ou por usuários – conforme, aliás, já foi decidido pelo CNJ²²), sugere-se o seguinte texto:

²⁰ “Art. 164. 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, separação de corpos, divórcio, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III — em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

IV — que dizem respeito ao cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

§ 1º O direito de consultar os autos de processos que correm em segredo de justiça 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 de separações judiciais encerradas ou divórcios.

§ 2º O processo eletrônico assegurará às partes sigilo, na forma deste artigo”.

²¹ Sobre o tema, e por todos, veja-se o já citado artigo de SANTOS, G. L. Q. B., **A publicidade dos atos processuais e a inviolabilidade da privacidade no processo judicial eletrônico**, *passim*.

²² “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 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

“Art. 164.(...)”

(...)

§ 2º *Ato do Conselho Nacional de Justiça regulamentará o acesso aos autos eletrônicos, de forma a propiciar o princípio da publicidade, vedando-se a consulta anônima e assegurando o sigilo das partes, na forma deste artigo”.*

Agora vejamos os **arts. 180²³, 192²⁴ e 248²⁵**, que tratam do tempo dos atos processuais. Como é a regra atual, em caso de justo motivo a parte tem direito à prorrogação de seu prazo, p.ex., quando há o encerramento precoce das atividades no Fórum. Diante da nova realidade do processo eletrônico, é necessário expressamente consignar que a mesma regra tem incidência quando o sistema de consulta aos autos digitais e/ou de peticionamento eletrônico apresentar-se indisponível(is).

Primeiramente, é razoável conferir à parte a prorrogação do prazo ainda que posteriormente a comunicação seja restabelecida no mesmo dia da interrupção. Logicamente, é prudente que a parte efetue uma nova tentativa de realizar a consulta ou o peticionamento; contudo, o princípio da boa-fé processual indica que o jurisdicionado e seu advogado não podem ser prejudicados por uma falha do próprio Poder Judiciário.

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” (Processo Administrativo nº. 0000547-84.2011.2.00.0000).

²³ “Art. 180. Os atos processuais eletrônicos serão praticados em qualquer horário”.

²⁴ “Art. 192. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º *Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil, se o vencimento cair em dia em que:*

I — for determinado o fechamento do fórum;

II — o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver interrupção da comunicação eletrônica.

§ 2º *Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça físico ou eletrônico.*

§ 3º *Os prazos terão início no primeiro dia útil após a intimação”.*

²⁵ “Art. 248. Os prazos para as partes, os procuradores e o Ministério Público serão contados da intimação.

Parágrafo único. As intimações, inclusive as eletrônicas, consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não houve expediente forense”.

Assim, com a finalidade de conferir maior segurança às partes, esta solução parece mais adequada.

Ademais, entende-se por bem conferir à parte prejudicada o direito ao novo prazo mediante a simples apresentação da página do sítio eletrônico com a respectiva mensagem de erro. Isto, para todos os efeitos, valerá como uma certidão cartorária. É certo que se pode argumentar que esta solução poderá suscitar fraudes (com a apresentação de arquivos em que as páginas do Tribunal foram modificadas, contendo mensagens de erro falsas). No entanto, parece-nos claro que o entendimento aqui defendido está embasado em duas premissas: a) a presunção de que as declarações dos advogados são verdadeiras; b) a possibilidade de o próprio juiz, em caso de dúvidas, solicitar ao cartório que verifique junto ao órgão competente do Tribunal (área de informática, via de regra) se a comunicação realmente foi interrompida no exato momento declarado na petição da parte²⁶.

Seguem os textos sugeridos:

“Art. 180. Os atos processuais eletrônicos poderão ser praticados em qualquer horário, desde que não causem qualquer prejuízo às partes.

(...)

Art. 192. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil, se o vencimento cair em dia em que:

I— for determinado o fechamento do fórum;

²⁶ Uma vez que é perfeitamente possível que o setor de tecnologia da informação detém um registro (*log*) dos momentos em que a comunicação falhou.

II — o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver interrupção da comunicação eletrônica.

§ 2º No caso de interrupção da comunicação eletrônica, a parte poderá provar o fato mediante reprodução do sítio eletrônico indisponível com a respectiva mensagem de erro, situação na qual, para todos os efeitos, valerá como certidão.

(...)

Art. 248. Os prazos para as partes, os procuradores e o Ministério Público serão contados da intimação.

Parágrafo único. As intimações, inclusive as eletrônicas, consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não houve expediente forense ou em que tenha havido interrupção na comunicação eletrônica”.

Passemos à citação (e intimação), tema extremamente importante, tratado pelos arts. 215²⁷, 262²⁸ e 293²⁹. O primeiro artigo estabelece que as citações serão

²⁷ “Art. 215. A citação será feita:

I — pelo correio;

II — por oficial de justiça;

III — pelo escrivão, se o citando comparecer em cartório;

IV — por edital;

V — por meio eletrônico, conforme regulado em lei.

Parágrafo único. Com exceção das micro e pequenas empresas, ficam obrigadas as empresas privadas ou públicas a criar endereço eletrônico destinado exclusivamente ao recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio”.

²⁸ “Art. 262. A petição deve vir acompanhada do instrumento de mandato, que conterà o endereço físico e eletrônico do advogado, para recebimento de intimações.

Parágrafo único. Dispensa-se a juntada de instrumento de mandato se:

I - a parte postular em causa própria;

II — no caso previsto no art. 101;

III — a parte estiver representada pela Defensoria Pública”.

²⁹ “Art. 293. A petição inicial indicará:

I — o juízo ou o tribunal a que é dirigida;

II — os nomes, os prenomes, o estado civil, a profissão, o número no cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III — o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

realizadas preferencialmente por meio eletrônico, no caso de empresas privadas ou públicas (salvo micro e pequenas empresas).

Ainda que se reconheça a necessidade de organização destes entes, não parece razoável estabelecer como princípio a citação eletrônica, que pode acarretar claros prejuízos à parte, tendo em vista a sua ainda incipiente adoção pela população em geral e pela falta de segurança nas comunicações³⁰⁻³¹. Nunca é demais lembrar que a citação é, provavelmente, o ato mais importante do processo (uma vez que traz ao réu, até então inerte e sem qualquer preocupação, a notícia de uma demanda ajuizada contra ele) e mais propenso a arguições de nulidade. Assim, entendemos ser mais consentâneo com as garantias processuais que a regra seja a citação por correio ou por oficial de justiça, ressalvadas as hipóteses de má-fé da parte que está sendo citada.

Por outro lado, uma vez realizada a citação e constituído advogado nos autos, já é mais razoável o envio de intimações eletrônicas aos entes mencionados acima (salvo, logicamente, nos casos de intimação pessoal). A fim de adequar estas idéias aos outros dispositivos pertinentes, foram realizados pequenos ajustes nos arts. 262 e 293.

IV — o pedido com as suas especificações;

V — o valor da causa;

VI — as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII — o requerimento para a citação do réu”.

³⁰ No direito italiano a comunicação é realizada pela *posta elettronica certificata* (PEC), regulamentada pelo Decreto Presidencial 68, de 11 de fevereiro de 2005. Em suma, cuida-se de uma mensagem enviada pelo Tribunal, através de seus servidores, ao destinatário. Caso seja recebida na caixa postal do destinatário, o Tribunal receberá uma outra mensagem (*busta di trasporto*), contendo cópia integral da mensagem originária e os dados utilizados para criptografá-la.

³¹ Ainda acerca da segurança do correio eletrônico, outra alteração sugerida refere-se ao § 4º, do art. 412, que trata da autenticidade das mensagens eletrônicas:

“Art. 412. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original.

§ 1º Quando se tratar de fotografia obtida por meio convencional, será acompanhada do respectivo negativo, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

§ 2º Se a prova for uma fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico.

§ 3º A fotografia digital e as extraídas da rede mundial de computadores, se impugnada sua autenticidade, só terão força probatória quando apoiadas por prova testemunhal ou pericial.

§ 4º Aplica-se o disposto no artigo e em seus parágrafos à forma impressa de mensagem eletrônica, sendo que esta poderá ter sua autenticidade verificada mediante a expedição de ofício ao respectivo servidor responsável pelo gerenciamento do correio eletrônico, cujas informações terão valor equivalente à prova pericial, salvo se este for interessado no processo” (original: “§ 4º Aplica-se o disposto no artigo e em seus parágrafos à forma impressa de mensagem eletrônica”).

Desta forma, a redação sugerida é a seguinte:

“Art. 215. A citação será feita:

I — pelo correio;

II — por oficial de justiça;

III — pelo escrivão, se o citando comparecer em cartório;

IV — por edital;

V — por meio eletrônico, conforme regulado em lei.

§ 1º A citação será sempre feita na forma dos incisos I e II do caput, apenas procedendo-se às demais modalidades caso reste frustrada ou haja notório intuito da parte ré em frustrá-la.

§ 2º Com exceção das micro e pequenas empresas, ficam obrigadas as empresas privadas ou públicas a criar endereço eletrônico destinado exclusivamente ao recebimento de intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

(...)

Art. 262. A petição deve vir acompanhada do instrumento de mandato, que conterà o endereço físico advogado, para recebimento de intimações.

§ 1º Caso entenda necessário, o juiz exigirá que o advogado especifique também o seu endereço eletrônico, a fim de facilitar a sua intimação;

(...)

Art. 293. (...)

(...)

§ 1º Caso entenda necessário para uma adequada e correta tramitação do processo, o juiz poderá exigir que a parte autora informe seu endereço eletrônico e o da parte ré, caso o conheça.

§ 2º *Quando responder à citação, a parte ré confirmará o endereço eletrônico fornecido pela parte autora ou indicará o correto”.*

Já a gravação de audiências está prevista no **art. 351**³². Com o intuito de conferir maior agilidade e utilidade às gravações, sugere-se que sejam realizadas alterações pontuais nos §§ 4º e seguintes:

“Art. 351. (...)

(...)

§ 4º *Tratando-se de processo eletrônico, será observado o disposto na legislação específica, na regulamentação do Conselho Nacional de Justiça e em normas internas dos tribunais.*

§ 5º *A audiência poderá ser integralmente gravada em vídeo e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observadas as disposições da legislação específica e do Conselho Nacional de Justiça.*

§ 6º *A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independente de autorização judicial, quando terá efeitos processuais salvo se a outra parte a impugnar.*

³² *“Art. 351. O escrivão lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.*

§ 1º *Quando o termo não for registrado em meio eletrônico, o juiz rubricar-lhe-á as folhas, que serão encadernadas em volume próprio.*

§ 2º *Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o membro do Ministério Público e o escrivão, dispensadas as partes, exceto quando houver ato de disposição para cuja prática os advogados não tenham poderes.*

§ 3º *O escrivão trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência.*

§ 4º *Tratando-se de processo eletrônico, será observado o disposto na legislação específica e em normas internas dos tribunais.*

§ 5º *A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.*

§ 6º *A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independente de autorização judicial”.*

§ 7º Em qualquer das hipóteses mencionadas neste artigo, o juiz cuidará para que a informatização dos atos não cause prejuízo a qualquer das partes e não viole as garantias processuais, notoriamente o contraditório e a ampla defesa”.

Estas são, em suma, as alterações sugeridas neste trabalho, ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, com o intento de trazer maior segurança às partes e seus advogados no trato com este (ainda) novo tema do processo eletrônico.

4 – Considerações Finais:

Como visto, a informatização do processo judicial é um caminho sem volta rumo ao aprimoramento dos princípios celeridade e da efetividade. E o processo eletrônico, como uma das etapas mais avançadas deste movimento, vem sendo objeto de diversas reformas legislativas no Brasil.

O Projeto de Novo Código Civil, que tramita no Congresso Nacional, não destoa desta tendência e traz vários dispositivos acerca do tema, contribuindo ainda mais para o aperfeiçoamento das ferramentas postas à disposição do jurisdicionado e de seus representantes, os advogados.

Assim, as sugestões apresentadas no presente trabalho³³ visam a conferir mais efetividade aos dispositivos mencionados, fortalecendo ainda mais as garantias processuais (notoriamente o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa), em especial por conta do fato de que nem todos os recursos da tecnologia ainda são amplamente difundidos mesmo entre os advogados, quiçá entre a população brasileira em geral³⁴, a maior interessada na rápida solução dos litígios.

³³ Uma outra sugestão bastante interessante, mas que não depende do Projeto de Novo Código de Processo Civil, é a seguinte, feita por A. MARCACINI: “*Se a informatização produz redução de custos para o Estado, soa apropriado que esta economia reflita no barateamento das taxas judiciárias cobradas do jurisdicionado*” (ob. cit., p. 362).

³⁴ Logicamente o problema é ainda mais amplo e requer até mesmo uma reforma na educação básica, o que, no entanto, não é o foco deste trabalho.

Assim, é indispensável que o Projeto de Novo Código de Processo Civil trace normas gerais acerca do tema, elucidando os principais pontos controvertidos e deixando a regulamentação técnica para o Conselho Nacional de Justiça. Este órgão, por apresentar uma maior facilidade em alterar suas resoluções, é mais adequado para a regulamentação nacional das novas tecnologias, que costumam modificar numa rapidez que não pode ser acompanhada pelo processo legislativo comum.

Ademais, problemas que só passaram a existir com a utilização da tecnologia (p.ex., a perda de prazo em razão da impossibilidade pontual de acesso ao portal eletrônico do Tribunal) também devem ser tratados pelo Código, sob pena de se existir um vácuo legislativo sobre temas que afetam as garantias das partes (como os prazos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de direito processual – 8ª série**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Acessos entre: 5 de novembro e 3 de dezembro de 2011.

BRASIL. Repositório de legislação do Palácio do Planalto. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acessos entre: 5 de novembro e 3 de dezembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessos entre: 5 de novembro e 3 de dezembro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.tj.rj.jus.br>. Acessos entre: 5 de novembro e 3 de dezembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acessos entre: 5 de novembro e 3 de dezembro de 2011.

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

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.

DANTAS NETO, Renato de Magalhães. Autos virtuais: o novo layout do processo judicial brasileiro. In: **Revista de Processo – Volume 194**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pp. 173/203.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil – Volume 1**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

LIMA, Caio César Carvalho. Breves anotações sobre o Direito da Informática no PL 166. In **Revista de Processo – Volume 198**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pp. 237/257.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Processo e Tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual**. 2011, 456f. Tese de livre docência (Universidade de São Paulo), no prelo.

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 – Volume IV**, pp. 233/234. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PROCESSO eletrônico: muitas dúvidas na transição. **Tribuna do Advogado – Número 509**. Rio de Janeiro: Ed. OAB/RJ, 2011, p. 13.

REINALDO FILHO, Demócrito. Comunicação eletrônica de atos processuais na Lei 11.419/2006. In: **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil – Volume 47**. Porto Alegre: Ed. IOB, 2007, pp. 46/63.

RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – Volume V**, pp. 614/700. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

ROQUE, André Vasconcelos. A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – Volume VII**, pp. 237/263. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. A publicidade dos atos processuais e a inviolabilidade da privacidade no processo judicial eletrônico. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – Volume VIII**, pp. 405/442. Disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 15 de dezembro de 2011.

O PROCESSO CIVIL SOB A INFLUÊNCIA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Carla da Silva Mariquito

Mestranda em Direito Processual na UERJ.

Advogada.

Sumário: 1. A força dos valores constitucionais. 2. O resultado: O Projeto de Novo Código de Processo Civil submerso nos valores constitucionais. 3. A causa: a relação entre a evolução histórica e a importância do neoconstitucionalismo. 4. O “legado” do neoconstitucionalismo como resultado do neopositivismo para o ordenamento jurídico. 4.1. Força normativa da constituição. 4.2. Expansão da jurisdição constitucional. 4.3. Desenvolvimento da teoria dos princípios. 4.4. A dogmática. 4.5. Consagração dos direitos fundamentais. 5. Os reflexos na ordem infraconstitucional. 6. O Processo diante da nova ordem Constitucional: mecanismo de realização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais. 7. O Processo Civil democrático e o contraditório participativo. 8. Conclusão.

1. A FORÇA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS:

Sem a pretensão de exaurir o assunto, o presente trabalho estuda a forte influência da cultura sobre o processo. Já no primeiro tópico faz uma demonstração prática e real desta troca de influências entre o Direito e a Cultura, que será estudada nos tópicos seguintes.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil é a prova de que os anseios e sentimentos preponderantes em dada sociedade são refletidos no ordenamento jurídico

que regerá a referida sociedade¹. Como num círculo: a sociedade influencia o Direito que será criado para regulamentá-la.

No contexto atual o Brasil, “país de Democracia tardia” - identificação relativa aos países que há pouco foram redemocratizados e diminuíram a distância entre o Direito e a Constituição, deixando-se por ela conduzir - vive intenso sentimento constitucional²⁻³. A Constituição da República foi reconhecida como norma impositiva e central do ordenamento, motivo pelo qual, sempre se está a buscar uma interpretação conforme a Constituição.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil ele reflete, no âmbito processual, o que já aconteceu no âmbito material. Quer dizer, há um intenso esforço em buscar na Constituição Federal os fundamentos para as normas infraconstitucionais.

Após outros ramos do Direito, agora é a vez do Processo, que não só passa por uma aproximação com a Constituição como também sofre os influxos da transformação democrática. Tardiamente mas não infrutífera, pois existe uma insatisfação com a realidade democrática, no seio da sociedade brasileira.

A democracia passa por análises e transformações profundas, cujo objetivo principal é a busca da participação e não somente seu exercício de uma democracia ilustrativa e superficial em épocas de eleição. A esta transformação é oferecido o sobrenome de “Participativa”.

Uma das mais importantes escolhas feitas pelo Constituinte Originário foi o seguinte: o Brasil é uma Democracia, na qual o poder é do povo e por ele será exercido⁴. Isto muda tudo.

¹ TARUFFO, Michele. **Cultura y Proceso**. In *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

² CATTONI OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Patriotismo Constitucional**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia de Direito*: São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 264/265.

“A noção de *patriotismo constitucional* assentaria a adesão autônoma aos fundamentos de um regime constitucional-democrático não em substratos culturais pré-políticos de uma pretensa comunidade étnico-nacional, como numa visão nacionalista ou excessivamente comunitarista, mas sim nas condições jurídicos-constitucionais, de um processo deliberativo democrático capaz de estreitar a coesão entre os diversos grupos culturais e de consolidar uma cultura política de tolerância entre eles”. [...] “O que, enfim, também significa que a defesa do patriotismo constitucional representa uma forma de cultura política que permite ancorar o sistema de direitos e sua pretensão de universalidade no contexto histórico de uma comunidade política determinada”.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988**: o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴BRASIL. Constituição da Republica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15/09/11: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

2. O RESULTADO: O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SUBMERSO NOS VALORES CONSTITUCIONAIS:

O Capítulo I do projeto de Código de Processo Civil possui uma carga axiológica muito além da que deixa transparecer. À primeira vista pode-se pensar que trata, simplesmente, de um direcionamento da atividade do intérprete. É mais do que isto, representa a evolução, o aperfeiçoamento do direito à realidade e à sociedade que o cerca e sobre a qual incidirá.

Os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República devem ser observados e perquiridos em todas as disposições do Projeto de Novo Código de Processo Civil, seja explícita ou implicitamente, sendo necessária a observância do princípio do contraditório, da igualdade entre as partes, do devido processo legal, dentre outros, que permeiam seu espírito.

Os fundamentos desta “inovação”, se assim pode ser chamada, encontram-se no desenvolvimento do direito processual como um fenômeno social que deve se adequar às exigências e evoluções da cultura que o influencia.

Recebem a denominação de “inovações” porque foi há pouco tempo que a comunidade acadêmica deu-se conta da necessária permeabilidade de valores constitucionais no processo. Diz-se permeabilidade, porque mais que ser analisado através da lente do constitucionalismo, o processo deve ser mergulhado e encharcado nos ideais e valores contidos na Constituição⁵.

O estudo do constitucionalismo é muito valioso para a inserção do processo na sociedade contemporânea, permitindo empregá-lo com mais esperança de que será a justiça do caso concreto a que se realizará e não a justiça matematicamente pretendida pelo legislador.

O “passar do tempo”, a “evolução social”, a “ideologia dominante” são expressões que soltas de um contexto podem não significar muito, entretanto seu poder

Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵ PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10**. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/os_principios_e_as_garantias_fundamentais_no_projeto_de_codigo_de_processo_civil_191110.pdf> Acesso em 07/03/2007

de influência sobre o processo é incontestável. O processo é o fruto de uma cultura e, simultaneamente, a reflete em seu conteúdo⁶.

As transformações que ocorrem no tecido social são refletidas de forma irresistível no Processo Civil, simples exemplo disto é a intenção demonstrada no Projeto de Novo Código de Processo Civil, ainda em trâmite no Poder Legislativo, de adequar o modelo processual brasileiro a ideologia reinante na sociedade brasileira, a de que todo o ordenamento deve convergir para a Constituição Federal e com ela ser compatível. Apresenta-se a transcrição de alguns artigos do projeto que resumem o que até aqui se expôs:

TÍTULO I

PRINCÍPIOS E GARANTIAS, NORMAS PROCESSUAIS, JURISDIÇÃO E AÇÃO

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

“**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.”

[...]

Art. 5º- As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

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.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas**. In *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, págs. 127/143.

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.

Art. 8º- As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º- Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10- O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

(grifos nossos)

Tantas mudanças refletem a busca de valores pela sociedade e pode ser explicada com o mínimo esforço imaginário de idealizar uma árvore, da qual é possível verificar a diferença entre seu caule e seus ramos. Transpondo-a para o Direito, o caule é o Direito Constitucional e os ramos são suas diferentes especializações, como Penal, Civil e Processual.

Desta simples imagem depreende-se, intuitivamente, que as ramificações do Direito são vinculadas e dependem da matriz, da fonte de nutrientes, que é o caule, o Direito Constitucional, não subsistindo isoladamente. Esta é a ideologia predominante no meio processual atual e refletida no Projeto de um Novo Código de Processo Civil⁷.

⁷ Ver: BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988**: o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 60-61. “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam

Nos próximos tópicos far-se-á a análise dos acontecimentos históricos cruciais para a elevação da Constituição ao centro do ordenamento jurídico e a irradiação de suas normas pelos demais ramos do Direito.

3. A CAUSA: A RELAÇÃO ENTRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A IMPORTÂNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO:

O neoconstitucionalismo apresenta-se como uma alternativa teórica de substituição do positivismo⁸, explicando a impossibilidade da manutenção do método da subsunção e do silogismo inerentes ao formalismo positivista⁹. Não há pretensão de iniciar o estudo do constitucionalismo desde a antiguidade clássica, mas apenas de percorrer sua trajetória nas últimas décadas de modo que destaque as principais mudanças de paradigma que transformaram o papel da Constituição na interpretação do ordenamento em geral.

O direito ao longo de seu desenvolvimento foi justificado por diferentes doutrinas e correntes filosóficas, quais sejam o jusnaturalismo, o positivismo, e atualmente o pós-positivismo, cujo início e superação estiveram diretamente ligados a acontecimentos históricos.

O jusnaturalismo moderno surgiu no século XVI. Era a crença em princípios de justiça universalmente válidos e explicado como uma justiça inata, natural e necessária. Fundava-se na existência de um direito natural, inerente a todo homem por sua condição humana sem necessidade de ser atribuído por lei¹⁰.

a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.”

⁸ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, **Do formalismo no processo civil**. 2ª Ed. Ver. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e 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

O jusnaturalismo foi considerado metafísico e anticientífico, motivo pelo foi perdendo importância frente ao movimento de codificação do direito, que inspirado pelos ideais do iluminismo inovou na elaboração do Código de Napoleão, norma central do ordenamento jurídico nesta etapa da evolução, tal qual foi o Código Civil de 1916 para o Brasil em tempos recentes.

O início do movimento de codificação dos direitos naturais representou, ao mesmo tempo, a ascensão e a decadência desta fase¹¹, superada pelo positivismo jurídico. Nesta, o direito identificava-se com a lei e era fruto exclusivo das casas legislativas, não atribuindo nem reconhecendo força normativa às constituições¹², neste cenário consideradas meras cartas políticas. A força normativa estava nas leis.

Surgiu, então, a corrente filosófica conhecida como positivismo, cujo fundamento encontrava-se no princípio da legalidade a justificar a imposição do Estado Liberal, pretensão substituto do absolutismo¹³, no qual a vontade do soberano que decorria da divindade, sendo superado pela vontade abstrata e genérica da lei.

Em poucas palavras, pode-se dizer que o positivismo jurídico caracterizava-se, pela aproximação entre direito e norma; pela estabilidade do direito, uma ordem jurídica proveniente do Estado; pela inexistência de lacunas no ordenamento, devido à “suposta” completude do direito; pela preocupação com a correção formal da lei e não com sua substância¹⁴; e com a restrição imposta aos juízes, vendando-lhes qualquer atividade interpretativa.

A grande preocupação deste período era a correção formal da lei, sem maiores cuidados com sua substância, ou seja, sem qualquer preocupação com os direitos fundamentais, pressupondo uma igualdade formal entre os indivíduos.

O positivismo estava atento apenas ao formalismo e intitulava-se capaz de prever todos os acontecimentos da vida. A aplicação do Direito nesta fase dava-se por subsunção, por silogismo, como se o Direito fosse matemático. Daí decorrendo o forte e presente apego ao formalismo exacerbado em nosso sistema.

¹¹ Ibid

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008, página 31.

¹³ Idem. p 25

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ªed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, página 319

O império da lei desenvolveu-se com o fim de manter e assegurar a ideologia do Estado Liberal. Entretanto, ganhou autonomia e distanciou-se de seu fim inicial, quer dizer, tornou-se uma ideologia utilizada para manter um sistema legal indiferente às desigualdades entre os indivíduos¹⁵, na ambição de uma certeza jurídica emanada do legislador.

A Segunda Guerra Mundial e as barbáries cometidas sob a proteção da legalidade e da correção formal causaram, em especial na Itália e na Alemanha, uma revolução intelectual motivada pela insatisfação com um Estado que violara as liberdades individuais sem qualquer culpa, sob o manto protetor da legalidade. Este é considerado o marco da decadência do positivismo¹⁶ e o início das transformações ocorridas no pensamento jurídico europeu.

A partir da segunda metade do século XX, o positivismo jurídico já não atendia às ambições da sociedade, nem correspondia aos avanços civilizatórios. Constatou-se que o direito positivo não era capaz de antever e regular todas as situações da vida, tampouco poderia ser um instrumento arbitrário do poder.

Uma ordem jurídica composta de leis dissociadas de valores éticos e formalmente corretas, que se apresentava como veículo para quaisquer conteúdos, não mais encontrava defensores. Emergiram da sociedade as preocupações com os valores e conteúdos trazidos no corpo da lei¹⁷.

A superação do jusnaturalismo associada aos excessos do positivismo jurídico viabilizou reflexões sobre a função social do direito e sua interpretação, que deve ser pautada por uma teoria da justiça, o que conduziu ao pós-positivismo, cenário no qual, a norma não abrange integralmente o relato do direito.

Segundo Luiz Roberto Barroso, passam a ser admissíveis construções cujos sentidos e alcance são estendidos, cujos fundamentos estão nos valores compartilhados pela sociedade. No que se convencionou chamar de pós-positivismo, os princípios recebem força normativa e traçam relações com normas e regras, a razão prática e a

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008, página 32.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e 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

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ªed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, página 325

argumentação jurídica são reabilitadas, surge uma nova hermenêutica constitucional e desenvolve-se uma nova teoria dos princípios com fundamentos na dignidade da pessoa humana, reaproximando-se o Direito e a filosofia, a ética¹⁸.

Nesta etapa o Poder Judiciário tem autoridade para interpretar a lei e a jurisprudência passa a ter papel fundamental na construção do direito, sendo inclusive considerada fonte formal de Direito¹⁹.

A evolução científica do direito constitucional, que se iniciou na Alemanha e na Itália, marcou esta fase. Naquela, por meio da elaboração da Constituição alemã de 1949 e da evolução jurisprudencial decorrente da criação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1951. Nesta pela criação da constituição italiana em 1947 e da Corte Constitucional de 1956. Também contribuíram para este avanço a redemocratização de Portugal (1976), da Espanha (1978) e do Brasil (1988), tardiamente²⁰.

A revolução intelectual que marcou as Constituições desta época, também deu ensejo a Declaração dos Direitos Humanos (1948) e outros documentos internacionais que trazem em seus conteúdos a abordagem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Razoabilidade.

A dignidade da pessoa humana, sem a pretensão de conceituá-la, sinaliza um espaço de integridade, imanente ao ser humano, a ser assegurado a cada pessoa, foi transposto dos planos religioso e ético para o Direito e passou à origem dos direitos materialmente fundamentais, representando o núcleo de cada um deles²¹.

Já o princípio da razoabilidade teve sua origem em dois ordenamentos jurídicos distintos, o americano e o alemão, em ambos os fundamentos principais são confluentes e ligam-se a ideia de justiça. Assim, diz que é razoável o que se liga à razão.

Ressalte-se que a doutrina alemã o subdivide em: adequação, necessidade e razoabilidade em sentido estrito. Tal princípio é comumente utilizado para resolver situações de conflitos entre os demais princípios e valores constitucionais contrapostos.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e 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

¹⁹ idem

²⁰ Ibid

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, Rio de Janeiro: Saraiva. 2009, página 250 *et seq.*

Este foi o cenário para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, termo que identifica o constitucionalismo democrático do pós-guerra, cultivado em uma cultura pós-positivista, que iniciou um movimento pela atribuição de força normativa a Constituição, à expansão da jurisdição constitucional e a busca de uma nova hermenêutica constitucional²², sendo seu pano de fundo a aproximação entre Direito e ética.

4. O “LEGADO” DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO RESULTADO DO NEOPOSITIVISMO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO:

O neoconstitucionalismo exige que a lei seja submetida a uma análise crítica em face da Constituição e, reflexamente, subordine-se aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Projeta-se nas leis, a Constituição²³.

Esta nova etapa da evolução do constitucionalismo, se assim podemos dizer, é marcada, sobretudo pela reaproximação entre direito e ética, mas principalmente *i)* pelo reconhecimento da força normativa da Constituição; *ii)* pela expansão da jurisdição constitucional; *iii)* pelo desenvolvimento da teoria dos princípios; *iv)* pela transformação da hermenêutica jurídica; e *v)* pela expansão e consagração dos direitos fundamentais, conforme a seguir demonstrar-se-á.

4.1. Força normativa da Constituição:

A força normativa da Constituição reflete a ruptura com o Direito Constitucional clássico, em que suas normas eram programas futuros ou exigências morais, portanto meramente pragmáticas. Os poderes estatais não tinham qualquer compromisso com sua concretização, a Constituição era apenas uma carta política, sem qualquer caráter impositivo²⁴.

²² Idem p. 266

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008, páginas 47 e 48

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e 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

Atualmente, as normas constitucionais são dotadas de caráter jurídico imperativo, regulam jurídica e efetivamente as condutas, relações e expectativas de comportamento²⁵, ou seja, são dotadas de normatividade.

Esta força normativa significa, em síntese, a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para a realização das normas constitucionais como diretivas permanentes e limitações dos poderes públicos²⁶. Conseqüentemente, os atos contrários às suas normas são inconstitucionais, acionando mecanismos de coação e cumprimento forçado²⁷

4.2. Expansão da jurisdição constitucional:

As constituições da segunda metade do século XX influenciaram-se pelo modelo americano que prestigia a supremacia constitucional, que por meio da constitucionalização dos direitos fundamentais os coloca a salvo das ingerências e arbitrariedades do poder Legislativo.

A vinculação dos Poderes pela força normativa da Constituição renega a supremacia do Legislativo e a elaboração de uma lei genérica como manifestação da vontade geral. Foi-se de um pólo ao outro, os holofotes estão sobre o Poder Judiciário, pois que as violações aos direitos previstos na Constituição passaram a ser submetidas a este Poder.

O controle de constitucionalidade, permitiu que o Judiciário se identificasse como o guardião dos direitos fundamentais, induzindo a criação de tribunais constitucionais em muitos países²⁸.

O Poder Judiciário deixou de ser a “boca da lei” para interpretar a lei, sua importância, para o Estado contemporâneo, foi ampliada. A submissão de questões que

²⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, página239

²⁶ Idem

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e 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.

²⁸ Idem

envolviam normas constitucionais ao Poder Judiciário deu origem ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica²⁹.

Ao Judiciário foi conferida a prerrogativa de analisar a conformidade dos atos dos demais Poderes em relação a Constituição, bem como de impor a realização dos direitos fundamentais que receberam da Constituição de 1988 eficácia imediata, mas que na prática são desprezados por quem lhes compete efetivar³⁰.

4.3. Desenvolvimento da teoria dos princípios:

Considerando que durante o positivismo, a legitimidade do Direito estava nas suas formas, esta nova fase atribui importância ao conteúdo da lei, a aproximação entre Direito e ética materializa-se em princípios, abrigados na Constituição, que lhes atribui força normativa³¹. A função dos princípios ultrapassa sua clássica característica de técnica de integração do direito nas hipóteses de lacuna legal para regular situações jurídicas.

No âmbito pós-positivista os princípios proporcionam o acesso de valores éticos ao ordenamento jurídico.³² Os direitos fundamentais, concebidos como princípios, correspondem às exigências morais³³ contidas em seus núcleos. Assim, a preocupação com o conteúdo da lei, corresponde à preocupação com a observância dos princípios e direitos fundamentais, logo com os valores éticos e morais que lhes corresponde.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15/09/11: 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: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Rio de Janeiro: Saraiva. 2009, página 326 e 327

³² Idem p. 318

³³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p 133/134

4.4. A dogmática:

A superação do positivismo levou simultaneamente à superação do modo de aplicação do Direito, do silogismo matemático passamos à técnica da ponderação de valores. A ampla abertura e indeterminação semântica, que retira do legislador o poder soberano de criar o Direito, explica a importância da expansão da jurisdição constitucional e a construção de novos métodos aptos a solucionar os “casos difíceis”, ou seja, os conflitos entre princípios³⁴.

Neste ponto, a hermenêutica jurídica foi revitalizada pela distinção qualitativa entre princípios e regras, estando superado o positivismo legalista, já que o ordenamento passou estar permeado por valores suprapositivos, cujo papel central é exercido pela ideia de justiça³⁵.

Os métodos tradicionais de solução de conflitos entre normas (da hierarquia, cronológico e da especialização), bem como a subsunção, não se prestam a solução de conflitos entre princípios, os conhecidos casos difíceis. Estes, devido a lógica dialética do sistema, não podem ter sua validade ou invalidade no caso concreto sujeita a “regra do tudo ou nada”.

Nestes casos a ponderação de bens, normas e valores é a técnica por meio da qual se farão concessões, na tentativa de preservar o melhor de cada interesse em conflito e se escolhe o interesse que prevalecerá para realizar a vontade constitucional, buscando fundamentos no princípio da razoabilidade.

A teoria da argumentação, que nada mais é do que a razão prática, o controle da racionalidade das decisões, principalmente as proferidas em ponderação, despontou como corolário lógico da ponderação. Exige-se que o interprete sempre conduza sua atividade por um fundamento legal ou constitucional, vinculado-a a uma deliberação majoritária, bem como deverá o intérprete utilizar fundamentos que não sejam casuísticos, com pretensão de universalidade, considerando as consequências práticas de sua decisão³⁶.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, página 328.

³⁶ *Ibid* p. 321

A argumentação é a justificação racional e moral da decisão construída para problemas, cuja solução não se encontra no relato da norma e sim na análise do caso concreto.

4.5. Consagração dos direitos fundamentais:

A evolução e a expansão dos direitos fundamentais, que surgiram da ideia de democracia, na qual o direito das majorias deve resguardar o direito das minorias, é uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo.

Objetivando retirar a discricionariedade da política ordinária para vincular o grupo político que detém o poder para garantir a realização dos direitos de todos, as constituições modernas trazem valores e opções políticas fundamentais, para que seja formado um consenso comum mínimo a ser observado pelas majorias³⁷.

Os direitos fundamentais formam o consenso mínimo que deve ser oposto a qualquer grupo político que ocupe o poder, porque trazem os valores essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, prevendo os fundamentos dos procedimentos de deliberação democrática³⁸.

É possível dizer que passamos ao “Estado de Direito Fundamentais”, nas palavras de Eduardo Cambi, no qual os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, definindo a cultura jurídica e política, além de limitarem o poder do Estado³⁹.

Da consagração dos direitos fundamentais, depreende-se o reconhecimento da super complexidade da sociedade contemporânea e de seu pluralismo. Sabe-se que os direitos fundamentais não são concessões espontâneas dos detentores do poder, mas o resultado de difíceis conquistas sociais⁴⁰.

Finalmente, os direitos fundamentais são princípios que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, portanto possuem uma eficácia expansiva que abrange todos os âmbitos jurídicos, em dimensão vertical (relação Estado-cidadão) e horizontal (relações da esfera jurídica privada).

³⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2009, p. 22.

³⁸ Idem p. 23

³⁹ Ibidem p. 24.

⁴⁰ Ibidem, *passim*

5. OS REFLEXOS NA ORDEM INFRACONSTITUCIONAL:

As novas feições assumidas pelo Constitucionalismo e o progressivo aumento de sua centralidade e importância foram, definitivamente, causadores da vinculação do legislador ordinário e do aplicador do Direito às previsões Constitucionais.

Isto ocorre principalmente, quando o modelo de Constituição adotado é o analítico que concede ao legislador menor margem de atuação, por trazer em seu texto normas formal e materialmente constitucionais⁴¹. Uma Constituição analítica hospeda inúmeros princípios vagos, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favorecendo a constitucionalização do direito⁴².

A partir da condução da Constituição ao centro do ordenamento jurídico, devido à atribuição de força normativa às suas normas, teve lugar a constitucionalização do Direito. Tal fenômeno implica na adoção de temas, anteriormente, ignorados no texto constitucional e importa numa revisitação da ordem jurídica, sob uma ótica que considere os valores constitucionais.

A supremacia da Constituição impõe que os direitos fundamentais⁴³ contidos em seu texto passem a condicionar o exercício da hermenêutica e da produção da norma infraconstitucional. Tais direitos fundamentais possuem eficácia irradiante e não podem ser derogados pelo legislador infraconstitucional, ao contrário, devem por este ser observados.

Os valores constitucionais, tais como liberdade, igualdade e dignidade, suporte dos direitos fundamentais, em dimensão objetiva, espalham-se por todo o ordenamento jurídico, penetrando em seu sistema, condicionando-o, instrumentalizados pela eficácia irradiante.

Os diversos ramos do Direito tendem a empregar normas e valores constitucionais às peculiaridades de sua atuação. Aplica-se diretamente a cada uma das

⁴¹ Ibid. p. 58

⁴² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 100: “revela-se extremamente oportuno procurar substituir estas expressões terminológicas [garantias ou princípios] pela de ‘diretos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.”

áreas do direito, tais como Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual, as normas constitucionais de acordo com a afinidade apresentadas com o ramo sobre o qual incidirão. Reafirme-se que também os direitos fundamentais e os princípios gerais do constitucionalismo projetam-se sobre os diversos campos do direito.⁴⁴

Poder-se-ia comparar a incidência das normas constitucionais sobre a as infraconstitucionais com a cheia de rio, que ao passar cobre tudo o que existe, transformando o local a ser recuperado, e que mesmo depois de recuperado apresenta sinais do rio que passou.

A consequência lógica desta constitucionalização do direito infraconstitucional, em seus diversos ramos, é a superação de antigos dogmas enraizados na consciência da comunidade, seja jurídica ou não, e a definição de novos paradigmas.

Especificamente ao Direito Processual Civil, nota-se que este ramo do direito se adéqua a esta nova realidade, por meio do que os processualistas têm chamado de neoprocessualismo, formalismo-valorativo⁴⁵ ou neopositivismo, por alguns deles compreendido como a quarta fase da evolução científica do Direito Processual Civil. Na verdade, o que importa é a aplicação do Direito à luz da Constituição.

Nesta fase, a filtragem constitucional deve receber a devida importância que a irradiação dos direitos fundamentais lhe outorga, a de exercer a interpretação conforme a constituição e paralelamente à constitucionalização do direito infraconstitucional, esperando que também ocorra uma “constitucionalização do intérprete”, quer dizer que, ao aplicar a norma sempre busque o significado que mais atenda ao desejo da Constituição.

⁴⁴SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. In In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011.

6. O PROCESSO DIANTE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL: MECANISMO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

Leonardo Greco é enfático ao afirmar que no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucionais depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.⁴⁶

A Constituição Federal de 1988 ao prever direitos fundamentais de eficácia imediata, positivizar princípios e dispor sobre a garantia da inafastabilidade da jurisdição, elevou a tutela jurisdicional efetiva à categoria de direito fundamental minudenciado em “uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito”⁴⁷

Em todos os países cujo Estado Democrático de Direito é fundado sobre o Princípio da Dignidade Humana, este conjunto de garantias processuais é conhecido como o devido processo legal, tratado nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na constituição italiana.

A Constituição brasileira, dispõe sobre o devido processo legal 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, além dos 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.

Tais garantias são divididas, minuciosamente, por Greco em garantias individuais e estruturais de um processo justo. São individuais: acesso a justiça; imparcialidade do juiz; ampla defesa; direitos do pobre; juiz natural; inércia; contraditório; oralidade; coisa julgada; direito a renúncia à tutela jurisdicional; e estruturais: impessoalidade da jurisdição; permanência da jurisdição; independência da juízes; motivação das decisões; igualdade concreta; inexistência de obstáculos

⁴⁶ GRECO Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.** In *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs.225 *et seq.*

⁴⁷ Idem

ilegítimos; efetividade qualitativa; procedimento legal, flexível e previsível; publicidade; legalidade estrita no exercício do poder de coerção; prazo razoável; duplo grau de jurisdição; respeito a dignidade humana.⁴⁸

As garantias do processo justo formam um arcabouço que garante a não supressão da apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada⁴⁹. Neste ponto é preciso destacar a seguinte passagem a respeito da eficácia imediata dos direitos fundamentais e o dever de proteção que concerne a todo o Estado:

“É possível concluir que o dever de proteção do direito fundamental concerne a todo o Estado, e não apenas ao Executivo ou ao Legislativo. Como um direito fundamental não pode restar desprotegido, sob pena de não vir a ser reconhecido como direito, o Judiciário não pode deixar de exercer o controle da lesão ou do risco de lesão, não ser omissivo na concretização da Lei Fundamental.”⁵⁰

O processo, após o neoconstitucionalismo, passou a ser visto como um meio, um instrumento, para a realização de justiça, valor eminentemente social. A dimensão social do processo sobrepõe aos interesses individuais das partes em conflito, fazendo-o tutelar a ordem pública, para a realização do bem comum, com a observância de todas as garantias já analisadas, resultando em um processo justo.

O resultado mais positivo da constitucionalização do processo foi a transformação de seu foco: da prevalência dos interesses privados para a preponderância da ordem pública. O processo deve ser visto como instrumento democrático do poder jurisdicional.⁵¹

Nesta perspectiva de superioridade do interesse público sobre o privado, o processo recebeu da Constituição a incumbência de ser uma ferramenta de natureza

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 235/266.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, página 255.

⁵¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011

pública indispensável para a realização da justiça e a pacificação social, propondo que deixasse de ser visto como uma técnica qualquer, dissociada de seu fim.

Diante de uma Constituição que prevê tantos direitos e garantias aplicáveis também ao processo, não se trata de uma simples conformação das normas processuais às normas constitucionais, mas de concretamente empregá-las durante todo o exercício da jurisdição, com reflexos na condução do processo e na decisão proferida.⁵²

Segundo Humberto Ávila, “O processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade.”⁵³

A Constituição ao positivizar princípios não descreveu as condutas e os meios pelos quais seriam efetivados, porém, a simples positivação dos princípios já impõe à coletividade o dever de realização.

Os princípios serão restringidos, em vez de serem promovidos, quando as condutas para eles direcionadas forem inadequadas, desnecessárias, irrazoáveis ou desproporcionais. E neste ponto, o processo é o mecanismo visualizado pela Constituição para forçar a adoção de comportamentos que implementem e realizem os princípios constitucionais.

O processo não possui independência em relação aos direitos fundamentais que pretende realizar, possui caráter de instrumento para a realização dos mesmos princípios que também sobre ele incidem e na medida em que protege e realiza os valores constitucionais o processo será considerado justo.

Ávila subordina a averiguação da realização de um processo justo a análise de sua proporcional e razoável protetividade ao princípio ou direito fundamental violado, em cada caso. O processo justo deve se configurar caso a caso, não existindo uma fórmula.

O processo será justo na medida em que o devido processo legal procedimental (em oposição ao devido processo substancial) corresponder ao ideal de protetividade dos direitos fundamentais, quer dizer que o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, devem ser adequados ao caso e a proteção do direito violado.

⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 140.

⁵³ ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo-Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série.Salvador: Jus Podivm, 2010.

Assim, somente diante de um exame da razoabilidade e da proporcionalidade será possível investigar se um ato, prova, prazo ou decisão foram adequados a proteção do direito que se buscou por meio do processo. “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”⁵⁴

7. O PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO E O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO:

O artigo 1º da Constituição da República diz que Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo e por ele será exercido. O estágio de democracia vivenciada pela sociedade contemporânea deve ser compreendido como democracia participativa, decorrente do direito de quarta geração, qual seja de participação⁵⁵. Ultrapassa, portanto, os limites da democracia representativa que se exaure nos direitos de votar e ser votado, e que passa por profunda crise. Hermes Zaneti faz a seguinte observação sobre o tempo que vivemos:

Com a Constituição de 1988 passou de uma democracia centralista, fundada na prevalência dos poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, com abertura participativa e o reconhecimento de diversas instancias de decisão política. Também sofreu radical transformação o espírito do discurso jurídico e judicial, com especial aplicação para o direito processual civil brasileiro. Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um

⁵⁴ Idem

⁵⁵ V. 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”.

discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório.⁵⁶

O modelo normativo de democracia recebeu de Habermas a classificação de modelo deliberativo-procedimental, em síntese, pertencendo o poder ao povo, por ele deverá ser exercido em todas as instâncias nas tomadas de decisões. A percepção e a evolução da democracia reflete diretamente na distribuição de poder no processo.⁵⁷

Este modelo apóia-se nas premissas da comunicação e da efetiva realização de justiça por meio da participação de todos os interessados. Aplicado ao processo, o modelo deliberativo-procedimental, é capaz de conduzir a decisões judiciais que efetivamente decorrem da capacidade e possibilidade de as partes influenciarem-na.

O modelo de democracia participativa exige a desangularização das relações de poder, quer dizer, é preciso que se estabeleçam condições de comunicação, que estejam atrelados a pretensão de correção, o comprometimento com a justiça.⁵⁸

No campo do processo civil, o modelo de democracia deliberativa-procedimental encontra respaldo na máxima cooperação entre os sujeitos do processo e no formalismo-valorativo, que tem como valor-fonte o princípio contraditório participativo. Disto resulta a desangularização das relações de poder no processo. O processo passa a ser um “procedimento em contraditório” que atrai para si os direitos de quarta geração, os direitos de participação.

O processo civil, aderindo o adjetivo “democrático”, possibilita que a solução do conflito identifique-se a uma justificação racionalmente aceita e compreendida como justa, pois todos aqueles que serão por ela atingidos tiveram a oportunidade de influenciá-la e também poderão questioná-la *a posteriori*.

O pano de fundo do que chamamos de processo democrático é o contraditório participativo.

O contraditório, nas palavras de Leonardo Greco poderia ele ser definido como o “princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar

⁵⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2007, páginas 55-56.

⁵⁷ Idem p. 165.

⁵⁸ Ibidem p. 60

qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa”. E continua, a análise sobre o papel do juiz no contraditório, que passa a integrá-lo, “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”.⁵⁹⁻⁶⁰

O processo judicial é uma instituição dialética e desenvolvendo-se sob a égide do contraditório, torna insuficiente o conceito de contraditório que permita um processo unilateral, campo de ferrenhas batalhas pelo provimento do interesse individual a qualquer custo. Todos os protagonistas, inclusive o juiz, devem atuar em franca colaboração, participando da “construção” da decisão que lhes atingirá⁶¹.

O conteúdo deste princípio geral do processo, que por ele passa a ser caracterizado e modelado em suas estruturas, é amplo e possui quatro aspectos fundamentais, a saber: audiência bilateral; ampla defesa; flexibilização de prazos; e paridade de armas.

A audiência bilateral impõe o dever ao juízo de comunicar aos demais sujeitos processuais a ocorrência de qualquer ato processual e possibilitar-lhes a oportunidade de contradizê-lo, no sentido de opor-se as alegações e atos das outras partes. Este aspecto impõe também o dever de comunicação sobre todas as decisões judiciais. Quanto ao momento em que se realizará, este deve ser preferencialmente prévio, entretanto excepcionalmente aceita-se que seja postergado.

A ampla defesa, conjunto de prerrogativas que assegura ao acusado ou demandado o direito de fazer alegações, produzir provas ou participar na descoberta da verdade. A flexibilização de prazos é o terceiro aspecto a compor o contraditório e garante, de acordo com as peculiaridades do caso, que os prazos se adaptem a cada necessidade especial de defesa.

⁵⁹ GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541/556. (Coleção José do Patrocínio).

⁶⁰ 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), p.07: “O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as armas. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas”.

⁶¹ Idem

A igualdade concreta viabilizada pela paridade de armas entre os litigantes, é a aplicação da igualdade substancial no processo, de maneira que todos recebam o mesmo tratamento e as mesmas chances de êxito, exigindo do juiz uma postura mais ativa diante das desigualdades entre as partes.⁶²

Associa-se aos pontos destacados por Greco quanto ao Contraditório, um novo ponto que merece destaque: a proibição de “decisões surpresa”, que passam a ser vedadas, ainda que se trate de questões de ordem pública, ou porque os fatos foram levados ao conhecimento do juiz sem a atuação das partes. Pretende-se que somente questões que tenham entrado na esfera de conhecimento das partes, possam influenciar o magistrado a respeito da decisão sobre o litígio. É preciso oferecer a oportunidade de as partes tomarem conhecimento das questões que potencialmente possam influenciar o juiz e sobre elas manifestarem-se.

Tal princípio, atualmente, deve ser analisado como “meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais”.⁶³⁻⁶⁴

O processo judicial, por ser uma instituição dialética e desenvolver-se sob a égide do contraditório, torna insuficiente o conceito de contraditório visto sob aspectos unilaterais. É inadmissível que o processo seja visto como um campo de ferrenhas batalhas pelo provimento do interesse individual a qualquer custo. Todos os protagonistas, inclusive o juiz, devem atuar em franca colaboração, participando da “construção” da decisão que lhes atingirá⁶⁵.

A efetiva observância do contraditório participativo viabiliza a “desangularização das relações de poder”. Sua principal exigência, a paridade de armas, permite que os sujeitos processuais sejam tratados de maneira isonômica e possam ter as mesmas condições de êxito, sem distinções injustificadas. E, associado a democracia participativa, passa a ser o ponto de partida de um modelo de processo cooperativo,

⁶² GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório.** In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541/556. (Coleção José do Patrocínio).

⁶³ Ibid

⁶⁴ 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), p.07: “O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as armas. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas”.

⁶⁵ Idem

onde virtualmente visualiza-se sujeitos processuais na mesma posição de igualdade e submetidos aos mesmo ônus e faculdades.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que a participação por meio do contraditório atinge a todos os sujeitos processuais com um conjunto de garantias e deveres. O juiz também se vê submetido ao contraditório por meio da prática atos de direção, de prova e de diálogo.⁶⁶ A instauração de um diálogo humano entre o juiz e os sujeitos é o reflexo do poder de influir nas decisões judiciais e deste modo ter a percepção de que a decisão que lhe atinge não é injusta.

Neste contexto, ressaltam-se os deveres do juiz de oralidade, que permite a comunicação e a influência sobre a decisão, de publicidade, que possibilita a vigilância pela sociedade do cumprimento de seus deveres, e de fundamentação das decisões judiciais, onde realmente se saberá se o contraditório participativo foi capaz de influenciar o juízo. Busca-se, na verdade, um maior diálogo e uma discussão ampla entre os atores do processo, para que a decisão a ser proferida seja o reflexo de um processo cooperativo, onde o juiz não está liberado, sequer para atuar de ofício sem o prévio conhecimento das partes.

E termina o ilustre professor: “Essa participação é um dos elementos fundamentais de legitimação democrática do poder conferido aos juízes, especialmente em países como o nosso, em que o Judiciário é composto quase totalmente por juízes profissionais.”⁶⁷

O modelo procedimental-deliberativo, no qual o direito de participação deve ser observado também no processo, no qual deve ocorrer a desangularização virtual das relações de poder, a igualdade que exige paridade de armas, não mais aceita o modelo de um juiz superior e distante das partes, assim:

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. [...] Permite-se, assim, a todos os

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, 5ª Ed., Malheiros, p.240

⁶⁷ Ibid

sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (*potencialidade ofensiva*) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.⁶⁸

Esta busca pela participação e pela colaboração dos sujeitos para a produção da decisão jurisdicional coloca o juiz em posição mais ativa, porém perquirido um equilíbrio entre as partes, já que os poderes destas também são ampliados. Neste aspecto o juiz passa a exercer seus poderes ao lado das partes em colaboração⁶⁹

A lealdade que deve existir entre os sujeitos processuais, reforçada pelo caráter isonômico que o contraditório impõe ao processo, afasta o caráter autoritário da função do juiz. A busca de uma melhor comunicação entre as partes, assim como a busca pelo equilíbrio entre os poderes da partes, legitima a jurisdição e insere o processo na pós-modernidade.⁷⁰

Importante destacar o pensamento de Barbosa Moreira sobre a transformação dos cidadãos para estejam aptos a caminhar no sentido de tanta evolução:

Seria um equívoco dramático e, que na situação que nos encontramos, certamente trágico supor que o Brasil pudesse vencer a grave crise institucional em que se encontra lançado por contingências históricas que remontam a sua formação, mudando mais uma vez as nossas leis, ou exigindo dos processualistas que inventem fórmulas mágicas que salvem o Poder Judiciário, sem que os homens em si mesmos se transformem; sem que as estruturas sociais já ultrapassadas que os sufocam, sejam afinal superadas; finalmente, sem que os

⁶⁸ 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. 120 et seq..

⁶⁹ François Ost. **Júpiter, Hércules e Hermes:** três modelos de juez. Disponível em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf> Acesso em 12/06/11

⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acesso em 12/06/11.

sujeitos de tais transformações se tornem dignos delas e capazes de as implantar e gerir.

O processo de alienação a que os juristas estão irremediavelmente condenados começa, no Brasil, certamente a partir dos bancos acadêmicos e tem uma longa ascendência cultural e histórica que o liga à formação dos Estados modernos e às filosofias políticas que o sustentem desde seu nascimento.

[...] A democracia verdadeira, que só poderá ser aquela que privilegia e estimula a *participação*, tão intensa e constante quanto seja possível, bem poderia ser comparada a um mecanismo extremamente delicado – já que se está a falar justamente da assimilação das ciências sociais à mecânica e à matemática – cujo funcionamento, ao contrário do que poderia para muitos ser desejável, não é jamais automático, necessitando de operadores treinados e competentes.⁷¹

Mas para isto é preciso “constitucionalizar” e inserir os cidadãos na democracia participativa⁷², só assim o processo fluirá perfeitamente, certo de que cada protagonista realizará sua parte com boa-fé, lealdade e objetivando uma sentença que seja justa para o caso concreto, para a qual todos terão construído⁷³.

8. CONCLUSÃO:

Em meio a tantas transformações que visam melhorar o processo, principalmente no que respeita a participação das partes, objetivando a efetiva aplicação das normas constitucionais por meio do processo, há apenas uma certeza, ou dúvida, que em forma

⁷¹ 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, p. 111.

⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio **Da função à estrutura**, In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº158, ano 33, abril/2008

⁷³ 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, p. 108: “fica porém evidente o pressuposto básico para o estabelecimento de uma democracia consistente e durável deve ser buscado não apenas na formação juridicamente perfeita do dispositivo estatal mas, fundamentalmente, no estabelecimento de condições sócio-culturais que possibilitem o surgimento de verdadeiros e autênticos cidadãos.”

de pergunta traduz a preocupação com o desenvolvimento simultâneo das estruturas do direito e a visão/atuação dos operadores neste novo cenário.

Estarão, os operadores do Direito e os cidadãos, acompanhando, simultaneamente, tantas transformações?

Melhor explicando: questiona-se se a ideologia predominante, qual seja o sentimento constitucional, será suficiente para tornar as partes processuais mais leais e participativas, nos moldes que a Democracia Participativa exige.

Tais dúvidas estão situadas paralelamente às evoluções, aparentando falseando uma contradição. Pois bem. As evoluções doutrinárias precisam de adesão da sociedade. É preciso expurgar do inconsciente coletivo a ideia de que o processo é um mau que precisa, a qualquer custo, ser eliminado, suprimindo direitos fundamentais.

Vive-se em uma sociedade complexa afeta à cultura do litígio. Isto precisa mudar. É preciso fazer incidir no inconsciente coletivo a adoção de uma cultura de pacificação. A aptidão dos cidadãos para conviver em uma Democracia Participativa, que exige o aperfeiçoamento do sistema jurídico à Constituição, exige mais participação – conscientes - dos cidadãos.

Então trata-se de um fator social, quer dizer, a percepção da “participação” precisa sofrer uma guinada, uma mudança de trajeto, seja por parte dos operadores do direito seja por parte do cidadão.

Sabe-se que os objetivos da advocacia muitas vezes estão na contramão do desenvolvimento acadêmico e prático do Direito. Isto reflete por vezes numa conduta desleal de interpor recurso protelatório, por exemplo. Assim como o Contraditório Participativo impõe deveres ao juiz os impõe também ao advogado.

Por fim, há um grande anseio pela transformação humana sob pena de tudo por-se a perder, ou no mínimo ser reprimido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo-Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série. Salvador: Jus Podivm, 2010.

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.

_____. **Da função à estrutura,** In: *Revista de Processo.* Revista dos Tribunais: São Paulo, nº158, ano 33, abril/2008.

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.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e 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.

_____. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988:** o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ªed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da Republica.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15/09/11

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011

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.

CATTONI OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Patriotismo Constitucional**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia de Direito*: São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BRASIL. **Constituição da Republica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em 15/09/11.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I, 5ª Ed., Malheiros.

_____. **Nova era do processo civil**. 2ª ed., Editora Malheiros, 2007.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo**. In *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. **O princípio do contraditório**. In *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs.541/556.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2010.

FRANÇOIS OST. **Júpiter, Hércules e Hermes**: três modelos de juez. Disponível em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf> Acesso em 12/06/11

GRECO Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo**: O Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª Ed. Ver. E ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011

_____. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.** Disponível em:
<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acesso em 12/06/11.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10.** Disponível em:
<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/os_principios_e_as_garantias_fundamentais_no_projeto_de_codigo_de_processo_civil_191110.pdf> Acesso em 07/03/2007.

_____. **Teoria geral do processo civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302

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 2009, fevereiro p. 107/141.

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), p.5/33.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEOCONSTITUCIONALISMO E INSTRUMENTALIDADE PELA DOUTRINA DE LENIO STRECK

Daniela Olímpio de Oliveira

Advogada com especialização em Direito Processual Civil e em Direito Público. Mestranda pela Universidade Estácio de Sá (Área de Concentração: Direito Público e Evolução Social / Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça). Professora de Direito da Faculdade Estácio de Sá e Faculdades Doctum, Juiz de Fora /MG.

Resumo: A partir da doutrina de Lenio Streck, analisa-se a temática processualista acerca do protagonismo judicial, da instrumentalidade das formas e dos poderes instrutórios do juiz. Parte-se da correlação dos paradigmas *neoconstitucionalismo* e *neoproceduralismo* para desmistificar alguns dogmas relacionados à interpretação judicial e à supremacia do Judiciário. A idéia de instrumentalidade das formas merece ser submetida à validade constitucional, tendo na hermenêutica um autêntico limite da atividade jurisdicional.

Abstract: Parting from Lenio Streck's doctrine, an analysis of the proceduralist theme about the judicial protagonism, the form instrumentality and the judge's investigative powers is made. From the correlation of *neoconstitucionalist* and *neoproceduralist* paradigms, this paper aims to demystify some dogmas related to judicial interpretation and to the supremacy of the Judiciary. The idea of form instrumentality deserves to be submitted to constitutional validity, having in hermeneutics an authentic limit of the jurisdictional activity.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Neoproceduralismo. Instrumentalidade. Protagonismo. Lenio Streck.

Keywords: Neoconstitutionalism. Neoproceduralism. Instrumentality – Protagonism - Lenio Streck.

Sumário: 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo e Hermenêutica 3. Protagonismo Judiciário no Estado Contemporâneo. 3.1. Poderes instrutórios do juiz, instrumentalidade e contraditório. 3.2. *Neutralidade* versus imparcialidade e o protagonismo judicial. 4. Conclusão. 5.Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO:

Como sabido, as Constituições passaram por significativas transformações relacionadas ao comprometimento do Estado com os direitos fundamentais, notadamente com a introdução de direitos sociais em seus textos, a exigir uma redefinição da atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Aqui, especialmente, cuida-se de analisar o papel do Poder Judiciário no cenário atual, no sentido de assegurar a exequibilidade da Constituição e do ordenamento jurídico.

A partir da configuração do Estado Social, a preocupação com o acesso à Justiça e com os contornos da atividade judicial mereceu destaque no cenário científico, tendo surgido um novo parâmetro de interpretação/aplicação constitucional, cunhado neoconstitucionalismo.

É de Lenio Streck o principal referencial teórico do presente trabalho, com o qual será considerado esse paradigma e especialmente sob a ótica processualista da instrumentalidade das formas. Parte-se da correlação das expressões *neoconstitucionalismo* e *neoprocessualismo* sob uma análise criteriosa que desmistifica alguns dogmas relacionados à interpretação e aplicação do direito.

Assim, em primeiro lugar será considerado o sentido das expressões neoconstitucionalismo e neoprocessualismo ao crivo da hermenêutica. Em seguida, será tratado o papel do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo e sua supremacia, considerando sua (i)legitimidade democrática. Inclusive, neste ponto, será sopesada a

premissa dos poderes instrutórios do juiz e da instrumentalidade formal como autênticos reforços ao ativismo judicial.

Ao final pretende-se demonstrar que a instrumentalidade deve ser submetida à validade constitucional, buscando na hermenêutica um autêntico limite da atividade jurisdicional.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E HERMENÊUTICA:

A doutrina de Lenio Streck é fundamental para a compreensão racional do movimento que se cunhou chamar *neoconstitucional*. O autor faz uma análise das concepções e sinônimos atribuídos ao termo, possibilitando melhor discernimento.

Em sua obra *Verdade e Consenso*,¹ por especial, há elucidativa apresentação da sua teoria acerca do *constitucionalismo contemporâneo*, expressão preferida pelo autor em detrimento do termo *neoconstitucionalismo* em virtude das diversas aplicações desse nome para situações as mais variadas e, algumas vezes, equivocadas. São lembrados os sentidos já adotados pela doutrina pátria, como o de um *direito constitucional da efetividade*; o de um direito relativizado pela *ponderação de valores*; uma *concretização ad hoc da Constituição*; e mesmo de uma *constitucionalização do ordenamento* a partir de expressões como *neoprocessualismo* e *neopositivismo*;² tudo isso a remeter ao sistema que entende a jurisdição como a responsável pela identificação dos “verdadeiros valores” que determinam o direito justo.

A idéia sobre o *neoconstitucionalismo* tal qual apresentado representa uma contradição, na medida em que a realização do direito é confiada à loteria de um protagonismo judicial calcada na *filosofia da consciência*. A conquista constitucional da democracia e dos direitos fundamentais não comporta delegar ao juiz *solipsista* a tarefa de dizer (definir) o direito - sendo isso mesmo, tem-se um retorno ao passado!

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

² Idem. p.36

No livro “*O que é isto - decido conforme a minha consciência?*”,³ o doutrinador destaca que, no âmbito do processo civil, muitas vezes, os postulados do *livre convencimento* e da *busca da verdade real* podem representar escudos que visam dar aparência de legitimidade à atuação judicial, mas que escondem, verdadeiramente, uma subjetividade *assujeitadora* do julgador, sendo grave ofensa ao princípio democrático. De se considerar, ainda, o uso irrestrito do aclamado *princípio* da proporcionalidade e a ponderação de valores, o que denuncia uma arbitrariedade rotineira, escondida por detrás de um fenômeno cunhado pelo autor de *panprincipiologismo* que permite uma proliferação desenfreada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, *muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional*.⁴

Cuidando de processo civil, tem-se a idéia de *neoprocessualismo* também fundado na lógica de protagonismo judicial, pela instrumentalidade das formas. Considerando que o processo é um meio para a realização plena do direito material e considerando que o juiz é quem realiza esse direito, tal condição pode ensejar um retorno à famigerada *Jurisprudência dos Conceitos*. Ou seja, no momento em que é colocada a *jurisdição* como epicentro do direito processual, são retomadas posturas próprias do movimento do *direito livre* que se encontra na base da chamada “*jurisprudência da valoração*”.⁵

Para Streck, falar verdadeiramente em *neoconstitucionalismo* significa ir além de concepções liberais, na direção de um constitucionalismo compromissório que possibilite a efetivação de um regime democrático.⁶ Essa lógica não importa, por outro lado, na desconsideração do Poder Judiciário. Na obra “*Jurisdição constitucional e hermenêutica*”,⁷ o autor é cauteloso em considerar o movimento histórico de democratização social que possibilitou a essa instituição alçar a condição de ator da *arena política*, especialmente pelo fato de as Constituições terem absorvidos textos que positivaram direitos fundamentais e sociais. Tal movimento possibilitou um contexto

³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p.97

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.50

⁵ Idem.

⁶ Id. Ibidem. p.36

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova critica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.148.

onde o acesso à justiça assumiu fundamental importância com o deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais.

Certamente, a partir da positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário passou a assumir um papel de absoluta relevância na sua concretização, devendo, outrossim, ser também destacado, neste cenário, o que é reservado à *hermenêutica*. Neste sentido é que o governo dos juízes, próprio do movimento *neoconstitucional* merece ser refutado pelo fato já consagrado em sede da Filosofia, porém ainda mal compreendido pela comunidade jurídica acerca da virada ontológica que passou a *linguagem*.

Não é mais possível entender a *linguagem* como uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto; mas, sim, uma *condição de possibilidade*.⁸ Significa que o intérprete através dela não dá sentido às coisas; estas já possuem um sentido prévio, que foi dado pelas experiências anteriores, numa relação entre sujeitos (sujeito-sujeito). Assim, são desmistificadas as concepções tradicionais acerca da interpretação jurídica que insistem na idéia de que a hermenêutica pode ser cindida em momentos distintos.

Não se quer dizer que o problema da interpretação jurídica seja um problema meramente lingüístico (métodos de interpretação), de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos. Trata-se, fundamentalmente, de compreender as condições de possibilidade de nosso próprio processo de compreensão.

Nesse sentido, Lenio Streck combate a tese de que o objeto da interpretação do Direito é *norma*. Para ele, o que está em jogo na interpretação do Direito é o *caso decidendo*. Isto é, “é evidente que não há só textos; o que há são normas. Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito”.⁹

As teorias da argumentação têm uma tendência em colocar o enunciado como ponto de partida para o problema da linguagem e, por conseguinte, para a resolução dos problemas (lógicos) que povoam o universo jurídico. Lembra Streck que já em

⁸ A esse respeito, conferir STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e aplicatio jurídica**: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. *Studia Juridica*, v. 1, Coimbra Editora, 2008. p. 1103-1155, 2008

⁹ Idem. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e aplicatio jurídica**...p.1108.

Heidegger se demonstrava ser equivocado pensar nas palavras como fonte de *essências de significado*, sendo o enunciado um modo *derivado da interpretação*. E mais:

... das significações brotam palavras; estas, porém, não são coisas dotadas de significados. Note-se: não são nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas! Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao Direito) esteja provido de sentido. (...) Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré)compreensibilidade da significância.¹⁰

Os textos que integram o direito positivo já, de pronto, contêm a norma. Há um sentido que se antecipa, e apesar de *texto e norma serem coisas distintas*, não são *separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro*. E é neste sentido que a *pré-compreensão* da significância não se confunde com *visão de mundo* ou *preconceitos*, elementos estes típicos de um *relativismo*. Quando se diz que “a norma é produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete atribui sentido ao texto”, não pode essa afirmação significar a possibilidade de discricionariedade judicial.

Há uma atenção especial ao tema da discricionariedade. Em “Hermenêutica judicial e(m) crise”,¹¹ Lenio Streck afirma que se trata de uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade em detrimento da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição.

No Brasil, a discricionariedade/arbitrariedade vem representando decisionismo judicial, algumas vezes exercido a partir de princípios que funcionam como “axiomas com força de lei”, desrespeitando mesmo o próprio texto constitucional, que sequer seus

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1766/1406>, Pesquisa realizada em 18 de dezembro de 2011.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p.312

limites semânticos são observados. Para Streck, no País, discricionariedade enseja duas situações típicas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético; b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade.¹²

Cautela na interpretação/aplicação do direito e auto-contenção do Judiciário é imperativo do Constitucionalismo Contemporâneo, que representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, e que se dá, de acordo com o autor, em dois níveis:

no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá: a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).¹³

O marco teórico aqui esboçado reflete um movimento que não implica numa ruptura, mas uma continuidade do processo histórico no qual “se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”.¹⁴ A redefinição da estrutura do Estado, a partir da jusfundamentalidade dos direitos sociais, a colocar o Poder Judiciário num certo protagonismo decorrente do aumento de sua atividade funcional, deve estar limitada pela própria ordem normativa preestabelecida pela Constituição.

Pela abertura a novos centros de decisão, inclusive fora da estrutura do Estado, a se considerar as forças sociais de expressão, identifica-se também um fortalecimento do elemento cidadania a possibilitar mais intensa interação do administrado com os centros de poder instituídos, o que exige melhores resultados, tais quais previstos na ordem constitucional.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.43.

¹³ Idem. p.37.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.37.

Nestes termos, o processo de interpretação, pautado na *onipresença* da Constituição, e considerando o lugar da *linguagem* e a precedência da normatividade, possibilita revitalização do Poder Judiciário na medida em que legitima sua atuação, principalmente pela autocontenção.

3. PROTAGONISMO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO:

A idéia de protagonismo judiciário surge com a remodelagem constitucional que buscou inserir normas de cunho social em seus textos, além de adotar cada vez mais a estrutura principiológica em seus comandos. O Judiciário passou a ator principal no palco da garantia de efetividade das normas constitucionais, surgindo a judicialização da política. Como ressaltado anteriormente por Lenio Streck, esse papel é mesmo fundamental - o que não reflete, por outro lado, em muitas vezes, cautela por parte do órgão julgador na auto-contenção de sua atuação, a transformar essa judicialização em ativismo.

Por sinal, a lógica da separação de Poderes, desde sua idealização, já considerava a coordenação dinâmica entre as funções estatais, o que gerou certa oscilação de supremacia no poder, de início destaque para o Poder Legislativo. Valentin Thury Cornejo¹⁵ que cita John Locke lembra que esta superioridade do legislativo era justificada como derivação da própria ordenação política do órgão, investido diretamente do consenso dos indivíduos - *o monarca estaria obrigado pelas leis promulgadas pelo parlamento e nesse sentido o parlamento é supremo*.

Com a assunção de valores sociais a exigir prestações positivas por parte do Estado, passa-se à concepção da estrutura estatal como uma instituição indispensável para assegurar direitos fundamentais na sociedade civil. Soma-se a isso, destaca Eduardo Cambi¹⁶, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação

¹⁵ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y Division de Poderes Hoy**. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2002. p.30. Segundo o pesquisador relata, isso não significava para Locke um poder absoluto, já que essas leis deveriam ser promulgadas de acordo com a *lei natural* e com as próprias regras da legislatura.

¹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

constitucional. Neste contexto, se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua *neutralização* política, no Estado de Bem-Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, amplia a visibilidade social e a política da magistratura.¹⁷

Com efeito, diante do formato de Estado Democrático de Direito, com a crescente centralização do Poder Judiciário, destaca-se que a interação entre todos os poderes, confrontando seus limites, bem ainda com os acréscimos da participação dos poderes sociais hoje institucionalizados, constitui ponto fulcral da *harmonia* que deve se estabelecer na separação de poderes, consagrando ainda sua finalidade maior de assegurar liberdades individuais e direitos sociais.

Assim, lembra Cornejo que o crescimento da função jurisdicional na organização estatal pode ser ainda relacionado ao homem contemporâneo e ao mundo atual, complexo e globalizado, o que dificulta a formulação de leis de caráter geral e imutável. Por conseguinte, observa-se o abandono do ideal de um mundo normativo que enquadra e prevê todas as situações sociais. E o juiz se vê obrigado a julgar sobre elementos crescentemente subjetivos com normas de conteúdo aberto no momento de sua formulação e que ele deve concretizar. Isso, segundo o autor, gera profundas mutações na estrutura temporal do direito e, por conseguinte, na noção de segurança jurídica, devido à dificuldade de se encontrar referenciais *externos* e *a priori*, próprios da atividade legislativa. Essa determinação da norma se faz agora *a posteriori* através da atividade jurisdicional.

*Ante la falta de certezas normativas, tanto jurídicas como morales o científicas, la justicia se concibe como el lugar de encuentro de los distintos saberes; no se asimila ya a un saber, el derecho, sino a la conjunción de diferentes saberes en un punto de vista superior y recapitulador.*¹⁸

Afirma-se, com isso, que no novo esquema o Direito não perde sua função simbólica como elemento aglutinante e racionalizador, não obstante agora existir uma

¹⁷ Idem, p.178.

¹⁸ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y Division de Poderes Hoy...** p.238.

mudança de foco, da *Lei* para a *Constituição* e do *Parlamento* para o *Juiz*. E ainda, a própria transformação estrutural do Direito e a convergência dos planos jurídico, social e político fazem com que a atuação do Estado se torne difusa, surgindo, segundo Cornejo, a dificuldade epistemológica de separação entre os poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e Judiciário, de outro. Por consequência, a exclusão judicial de temas políticos também se vê superada. O juiz passa a deter a *chave* para as questões inerentes ao próprio sistema, ou seja, “*decir qué es lo jurídico y delimitar así su próprio ámbito de actuación y el de los restantes poderes*”.¹⁹

A esse protagonismo deve-se dar a devida medida. A atuação do Judiciário tornou-se mais presente em relação aos temas políticos. O acesso à Justiça também proporcionou melhores resultados em lides sociais. Não, porém, vincula-se o sentido deste protagonismo a uma idéia de loteria de decisões baseada na *filosofia da consciência* como sempre deixou alerta Lenio Streck. Pelo contrário, em Estado de Direito, à idéia de poder está sempre ligada uma de dever, dentre os quais se destaca o da fundamentação das decisões.

A função jurisdicional como hoje é apresentada configura o contrapoder da função legislativa. Para identificar o sentido de contrapoder, Nuno Piçarra²⁰ destaca que este está ligado à condição de os centros de poder relacionados possuírem características diferenciadoras capazes de processar esse controle recíproco. Porém, no caso da interação entre Judiciário e Legislativo, estas características não decorrem do fato de cada um deles representar forças divergentes, mas, sim, por exercerem funções material e teleologicamente diferentes, entre as quais identifica-se particular tensão. Neste novo contexto, surge um *Estado de jurisdição executor da constituição*, em que o Poder Legislativo é limitado por um poder judicial que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro.²¹ Esta posição de destaque para o Judiciário encontra, portanto, sua base no próprio sistema político, inclusive, pela incapacidade representativa deste para solucionar as questões sociais.

Importante a ressalva de Lenio Streck, segundo o qual há uma diferença fulcral entre *ativismo* e *judicialização*: no primeiro, ocorre a substituição dos juízos políticos,

¹⁹ Idem, p.266.

²⁰ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989.

²¹ Idem., p.260.

morais etc., pelo juiz, circunstância que fragiliza o direito, sendo negativa em certo nível; quanto à judicialização, esta é contingencial; é inexorável que ocorra, dadas as características de nossa Constituição, nosso ordenamento e a complexidade social.²² A distinção é pertinente, na medida em que avaliza a atividade jurisdicional em cenário alheio.

Em especial, se se considerar o déficit democrático próprio do Poder Judiciário, o seu protagonismo merece ser compreendido por outros fundamentos. O Estado de Direito fez-se *Estado Democrático de Direito*, tornando-se imperioso submeter as direções e decisões do sistema jurídico e político ao crivo da *legitimidade*. E se a separação de poderes parte da máxima da *legalidade* e do *equilíbrio*, importa condicionar todo exame de legitimidade funcional ao modelo constitucional de decisão política.

Cumprе ressaltar, em primeiro lugar, que a atividade jurisdicional muitas vezes é justificada pela contenção do próprio espaço democrático com vistas à proteção de algum mínimo ético na proteção do próprio sistema político. Neste sentido, na preservação de um procedimento democrático guiado por valores fundamentais preordenados constitucionalmente, como a *dignidade da pessoa humana* ou a *autonomia política dos entes da federação*, por exemplo, permite-se retirar certas decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria.

Dito de outro modo, e de acordo com Streck, a concepção *procedimentalista* não pode prescindir de juízos de *substância*: as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa criativa dos juízes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico de compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático.²³ Streck relembra Cappelletti que leciona que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos; e o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direitos no processo judicial.

²² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** p.105, *nota de rodapé*.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdicção constitucional e hermenêutica:...** p.152.

No entanto, Streck constata que, neste ponto, há um *dilema brasileiro*. Não endossamos a tese substancialista, porque, de um lado, o Judiciário encontra-se despreparado para o enfrentamento dos problemas surgidos a partir do Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988; e por outro lado, em face da democracia delegativa que vivemos, também não se tem a garantia do acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição.²⁴

E neste processo, o protagonismo judicial terá legitimidade especialmente a partir do *dever de motivação* de suas decisões, sendo considerado como “obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo coerentemente”.²⁵ Necessária a *fundamentação da fundamentação*, o que representa uma absoluta aplicação do art. 93, IX, da Constituição.

Em termos processuais, observa Streck que cada vez mais se institucionaliza um tipo de “fundamentação” em que os enunciados performativos *se bastam*, algo como: “decido conforme a Súmula X” ou “decido conforme decidi anteriormente...”.²⁶ Ainda de acordo com o autor, uma decisão mal fundamentada não deveria ser sanada por embargos de declaração, visto que sequer deveria coexistir com o sistema constitucional. Haveria, nestes casos, uma inconstitucionalidade *ab ovo*! Sendo instrumento de proteção da própria ordem constitucional, a ausência de motivação das decisões deve ser tratada como nulidade e, portanto, inconstitucional.

Também de grande relevância para legitimidade da atividade judicial é a observância das demais garantias constitucionais que dizem respeito ao *justo processo* (v.g., juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, vedação de provas ilícitas etc.).

A observância de tais garantias estruturais contribui mesmo para o equilíbrio entre os poderes, de forma a relacionarem-se harmonicamente. E mais ainda, o Judiciário tornando-se palco de debate acerca das questões constitucionais e, portanto, do Estado, promovendo o acesso à ordem jurídica justa, é, pois, o propiciar da própria

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:...** p.190.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** ... p.101.

²⁶ Idem. p.105.

democracia, desde que sem exclusão de outras competências e nos limites estabelecidos pela hermenêutica.

Em artigo sobre uma mudança de posição do Superior Tribunal de Justiça em tema de prescrição penal, aponta Lenio Streck que:

as mudanças precisam ser fundamentadas em vetores de racionalidade que, de fato, legitimem o novo posicionamento ‘no’ e ‘pelo’ sistema. Isso significa dizer que, embora o Superior Tribunal de Justiça possa mudar sua linha jurisprudencial, a mudança não depende apenas da Corte e de seus Juízes. Não se trata de uma *Wille zur Macht* (vontade de poder).²⁷

Neste artigo, Lenio relaciona algumas diretrizes que a Corte deve levar em conta ao realizar considerável mudança de posicionamento. E aponta, por exemplo, a necessidade de a comunidade jurídica brasileira ter precedido em estudos que apontasse um novo caminho e, fundamentalmente, que haja significativa motivação da decisão.

É neste sentido que a definição de limites para a atuação de concretizar a Constituição protagonizada pelo Judiciário deve ser estabelecida. A defesa da supremacia do Judiciário pode resultar na criação de um novo *Leviatã*, ou um *superpoder*, suscetível de abusos e de desvios, o que, nas palavras de Eduardo Cambi, redundaria no *monismo do poder*²⁸, comprometendo o princípio da separação dos poderes que, ao lado dos direitos fundamentais, também compõem o núcleo essencial da Constituição.

No mesmo sentido, a doutrina magistral de Lenio Streck ressalva a defesa do Judiciário, Cortes e Juízes brasileiros, como órgãos imprescindíveis à efetividade Constitucional, na defesa da autonomia do direito em detrimento dos sistemas políticos e econômicos. O bom combate é contra o *decisionismo judicial*, com os limites da

²⁷ STRECK, Lenio, CARNEIRO, Wálber Araújo. *STJ não pode mudar prazo de prescrição da pena*. In: **Conjur**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-jan-24/stj-nao-mudar-contagem-prazo-prescricao-pena>> . Pesquisa realizada em 10 de maio de 2012.

²⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário...p.201.

atuação jurisdicional, pois “se o Judiciário não julga conforme o direito, mas conforme a (livre) consciência de seus membros, não há democracia!”.²⁹

3.1. Poderes instrutórios do juiz, instrumentalidade e contraditório:

A expressão *instrumentalidade do processo* foi identificada por Cândido Rangel Dinamarco³⁰ que, embora reconhecendo o valor dos chamados princípios da demanda e dispositivo, os considerou insuficientes “para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual com os fins do Estado”. O processo deve corresponder a instrumento de concretização dos objetivos do Estado e, neste ponto, o princípio do dispositivo, por si só, não atende esse propósito.

José Roberto dos Santos Bedaque destaca que, se assim o é, as normas devem ser aplicadas corretamente, sendo essa a finalidade básica da jurisdição, como função estatal. Neste ponto, encontra-se a *instrumentalidade*, ou seja, quanto mais o resultado da atividade jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da pacificação social. E assim sendo, não se pode aceitar que o juiz, por submissão a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados, se ele tiver condições de, mediante iniciativa instrutória, contribuir para a formação do conjunto probatório. Ou seja,

...para quem considera a jurisdição atividade destinada a eliminar as crises de direito material com justiça, mediante atuação das regras do ordenamento jurídico, não pode aceitar o domínio das partes sobre o instrumento pelo qual ela atua.³¹

Importante que se diga que a instrumentalidade do processo tal qual apresentada aqui não é em si o objeto de crítica de Lenio Streck que combate o decisionismo. O autor alerta para os escapismos que os escopos processuais podem ensejar. A confusão

²⁹ STRECK, Lenio, CARNEIRO, Wálber Araújo. Ob. Cit..

³⁰ *Apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. .5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.14

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** ... p.10

de ordem prática feita entre instrumentalidade e discricionariedade judicial. Hoje, com a proposta do novo Código de Processo Civil, fala-se em *adaptabilidade* dos procedimentos. E a semântica é perigosa a propiciar ainda mais a discricionariedade.

Na esteira da proposta no novo Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei 08046-2010/Câmara dos Deputados), rezam os seus artigos 107, V, e 151, §1º:

Art.107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V – *adequar* as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Art. 151, §1º. Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário *ajuste*.

(grifo nosso)

Observa-se no anteprojeto do novo CPC uma delegação ao magistrado de um poder de *adaptar* o procedimento às especificações de cada litígio, para fins de possibilitar maior *efetividade* à tutela jurisdicional. Essa tem sido, segundo Lenio Streck, a arriscada aposta do Legislativo no protagonismo judicial³². Cunhou-se esse poder de *princípio da adaptabilidade*. E muito se tem discutido, desde então, sobre o alcance desse princípio a resvalar no campo de atuação dos outros poderes³³.

A lógica da adaptabilidade, num primeiro momento, pode parecer arbitrariedade, a ensejar um *absolutismo judicial*, retomando a idéia de *poder moderador*, próprio do

³² STRECK, Lenio. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP*. In: Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012.

³³ Veja-se a esse respeito, FUX, Luiz (org.) **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. No capítulo escrito por Bruno Vinícius da Rós Bodart (“*Simplificação e Adaptabilidade no Anteprojeto do Novo CPC Brasileiro*”), encontra-se o trecho: “Devido ao fenômeno do neoconstitucionalismo, a realização da justiça material, como escopo o processo, traz hodiernamente maior importância à adaptabilidade do procedimento. Tal ideologia põe em segundo plano o objetivo da limitação do poder estatal (...) enquanto põe em primeiro plano o objetivo de garantir os direitos fundamentais.” (p.74)

império, agora no centro o órgão judicial. Mas, sabe-se, dosar a medida exata não parece ser a tarefa do juiz, que julga lides e não a atividade legal.

Por outro lado, trata-se de delegação. Como percebeu Gustavo Quintanilha Telles de Menezes³⁴:

Representam as cláusulas abertas processuais a delegação feita pelo legislador ao magistrado, implicando a substituição, ainda que parcial, da *técnica legislativa* pela *técnica judicial*, consolidada pela experiência, doutrina e jurisprudência.

E a técnica judicial está entre a *forma* e a *substância* do ato, restando ao magistrado a tarefa de equilibrar esses dois pesos do direito e da justiça, principalmente para prevenir abusos das partes do processo.

A atuação do juiz não significa que o escopo do processo venha ser a busca pela *verdade*. A finalidade primordial é a realização da jurisdição pela aplicação do direito ao caso concreto, com a conseqüente eliminação das controvérsias e a pacificação social. O princípio da verdade real também se esconde, em muitas ocasiões, como um escopo processual que justifica a majestade do juiz.

Lenio Streck é bastante perspicaz ao enfrentar o tema. O sistema publicístico que visa conferir legitimidade à pro-atividade judicial está umbilicalmente ligado à constatação do ativismo desregrado ou “solipsismo processualístico”, baseado na figura do juiz como um “porta-voz do sentimento jurídico do povo”, com poderes para criar direito mesmo *contra legem*, tese que, segundo o autor viabilizou a Escola do Direito Livre³⁵.

O resultado do processo, ressalva Bedaque, será mais fidedigno quando melhor for a correspondência entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e a realidade verificada no plano substancial. Mas o pautar judicial é o Direito, sempre, e não a livre consciência do julgador ou a verdade real, que não é jurídica/objetiva.

³⁴ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Luiz Fux (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.196.

³⁵ STRECK, Lenio. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP*. In: Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012

Em caso de omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção ou mesmo determinar a produção de outras provas. Tudo isso com base no próprio entendimento de que o acesso efetivo à prova é direito fundamental, compreendido nas idéias de acesso à Justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art.5º, XXXV, LIV e LV da CF/88).³⁶ Mais uma vez, o destaque é para a não discricionariedade judicial.

Bedaque assim como Lenio, também enfatiza que esse poder mais amplo do juiz não significa discricionariedade por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais. Existem certos requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão.³⁷ A discricionariedade judicial, por seu turno, importa em desrespeito ao sistema normativo, independente do tipo legal ser fechado ou aberto. Obviamente, as aberturas, entendidas por vezes como “brechas” que a lei deixa escapar, podem, em certa medida, facilitar os abusos. Mas não há correspondência direta e imediata entre o modelo legal e o abuso judicial.

Discorda-se de Bedaque apenas quando afirma que a interpretação da lei consiste na busca da solução desejada pelo legislador, sendo que entre todas as soluções tecnicamente possíveis, cabe ao juiz escolher aquela que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto.³⁸ Retoma-se o que já foi aqui considerado acerca da atividade jurisdicional de interpretação, reafirmando-se a normatividade intrínseca no caso *decidendo* como fonte orientadora da aplicação da lei. Já é consabido não ser precisa a *vontade do legislador*. A decisão não deve se basear em escapismos que possam ensejar solipsismo judicial.

Importante, neste ponto, a leitura que Streck faz de processualistas clássicos, sendo de se citar, com a devida *venia*:

Essa aposta solipsista está sustentada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida em *Chiovenda*, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** p.26

³⁷ Idem. p.159

³⁸ Idem. Ibidem.

afirma ser a vontade concreta da lei; em *Carnelutti*, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em *Couture*, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que “o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça”; em *Liebman*, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei; já no Brasil, afora a doutrina que atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” e, conseqüentemente, de seu (“sadio”) protagonismo.³⁹

Em estudo analítico sobre a atuação do juiz na direção do processo, importante destacar que Gustavo Quintanilha Telles de Menezes leciona o que seriam as cinco espécies de poderes do juiz:

1) o poder de admitir, ou inadmitir a demanda, iniciando ou não o processo; 2) o poder de adequar o procedimento, estabelecendo como será o curso processual; 3) o poder de estruturar o acervo probatório, deferindo e indeferindo provas, fiscalizando sua produção e determinando-a de ofício, quando necessário; 4) o poder de julgar os pedidos e extinguir o processo inapto a prosseguir; 5) o poder de coerção, que concretiza a decisão judicial pelo exercício da força do Estado, no caso de recalcitrância de quem deva cumpri-la.⁴⁰

³⁹ STRECK, Lenio. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP*. In: *Conjur*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012

⁴⁰ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo...* p.198.

Em relação ao poder de *adequação*, destaque para a proposta do novo Código Processo Civil (artigo 107, V) em vistas às fases e atos processuais em sintonia com as especificações do conflito. Não é, no entanto, uma completa novidade, posto que o sistema processual vigente já permite certa flexibilização no procedimento. Cita-se a limitação de litisconsórcio facultativo; a designação de audiência de justificação; a determinação de prazo para citação por edital; a definição de datas e horários para audiências; a transformação do rito sumário em ordinário; dentre outros⁴¹. A maior preocupação talvez seja mesmo o peso que a carga semântica do mais esse *princípio da adaptabilidade* possa trazer para a intensificação do ativismo judicial.

A mal interpretada ideologia neoconstitucionalista avança em defesa daquilo que Lenio Streck apelida de pan-principiologismo. No texto escrito pelo autor intitulado “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”⁴², a observação de Lenio é em relação ao juiz que faz observar a lei em detrimento do que *supera* a normatividade pela principiologia. E arremata que “cumprir a letra [sic] da lei significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável”. O que se observa, portanto, é quanto nocivo ao sistema democrático pode ser o nascimento de um princípio que possa vir a ser usado para o descumprimento da lei/*regra*.

Ainda que bem delimitado o escopo dessa *adaptabilidade processual* pelo projeto do novo Código de Processo Civil, defender o nascimento de um princípio a cada novo artigo ou nova proposta legislativa pode significar já a válvula de escape desse movimento de reforma a fortalecer o próprio ativismo judicial.

Nesse sentido, reforça Gustavo Quintanilha Telles de Menezes que qualquer que seja a adaptação deliberada pelo magistrado, o dever de motivação é imperativo, como *ônus argumentativo* que surge ao tomar caminho excepcional, não previsto originariamente⁴³.

Por tudo isso, um sistema em que o juiz dispõe de poderes instrutórios não implica necessariamente qualquer autoritarismo processual, se observados os rigores constitucionais de validação do justo processo. Leonardo Greco, em estudo sobre a

⁴¹ Exemplos estes encontrados em MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo...* p.200.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em 05 de agosto de 2011.

⁴³ *Idem*. p.201.

atividade de direção em confronto com o princípio do dispositivo, reafirma a necessidade de coordenação das atividades do juiz e das partes, destacando que a liberdade destas em dispor dos seus interesses não pode forçar o juiz a aceitar como verdadeiros fatos absolutamente inverossímeis.

Sustenta ele que o argumento de que a justiça é relativa, usado por alguns liberais, serve bem ao autoritarismo. E que esta relatividade da idéia de justiça torna o direito inútil, “porque é este que nos dá as noções de certo e de errado nas relações sociais”. Neste sentido, há parâmetros processuais constitucionais a serem respeitados na aplicação do direito material e o juiz é o ator habilitado à sua promoção e seus poderes instrutórios serão admitidos, desde que:

...respeitada a liberdade das partes de dispor dos seus próprios interesses, a sua dignidade humana e a de quaisquer outras pessoas, e desde que não seja preconceituosa e destinada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade.⁴⁴

Com efeito, os poderes instrutórios do juiz encontram limites. A não resvalar num solipsismo judicial devem ser consideradas restrições. Bedaque destaca algumas, relacionadas aos elementos objetivos da demanda⁴⁵:

- i) a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir⁴⁶;
- ii) a produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos; e
- iii) a submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que a determina.

⁴⁴ GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, In: **Revista de Processo**, ano 33, nº 164, outubro de 2008, São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, p.45.

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** p.62.

⁴⁶ Há no Brasil quem entenda que o juiz pode variar a qualificação jurídica dos fatos, desde que ele não altere os próprios fatos que o autor apresentou e, portanto, que aqui se aplique o *jura novit curia* (Barbosa Moreira e Luiz Fux). Para Leonardo Greco não cabe ao juiz atribuir aos fatos qualificação diversa daquela dada pelo autor. Para ele, a afirmação de que o juiz conhece o direito e o aplica de ofício aos fatos, tais como relatados pelo autor, se refere apenas à indicação dos dispositivos legais apontados pelo demandante e não à espécie de relação jurídica de direito material por ele invocada como sustentação do seu pedido. Veja GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: introdução ao direito processual civil. Vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.203-204.

Uma observação em relação ao contraditório. Entende-se que os poderes instrutórios do juiz se encontram em zona de sensível tensão com a garantia do *juiz natural*, e seu desdobramento subjetivo da *imparcialidade dos julgamentos*. Com efeito, para que não configure afronta ao mandamento constitucional do devido processo legal, por *parcialidade* das decisões, a iniciativa probatória do magistrado deve ser submetida ao crivo do contraditório.

Ensina Dinamarco⁴⁷ que garantir a imparcialidade nos julgamentos mediante o estabelecimento do *juiz natural* significa assegurar a impessoalidade no exercício do poder estatal pelos juízes, agentes públicos que não devem atuar segundo seus próprios interesses, mas para a obtenção dos fins do próprio Estado. Destaca o autor que, hoje, o contraditório participativo e o diálogo humano que dele deve resultar exigem uma atuação maior do juiz, a par da imparcialidade.

O princípio contraditório (art. 5º, inc.LV, CF) significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que “o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório”.⁴⁸

Neste caso, a garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz como imperativo de sua função no processo, não sendo mera faculdade – vez que a lei impõe ao julgador, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente.

Neste sentido parece caminhar a proposta do novo Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei da Câmara de Deputados n. 08046, de 2010). Nele, em seu artigo 10, há uma previsão de que o juiz, ao decidir matérias cognoscíveis de ofício, deverá ouvir as partes, promovendo, assim, o contraditório.⁴⁹

Mais uma vez, observa-se que a par da legitimidade dos poderes instrutórios do juiz, a abranger, inclusive, o conhecimento *ex officio* das provas e questões de direito,

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, Capítulo VII – os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil, p 194.

⁴⁸ Idem, p 214

⁴⁹ Artigo 10, PL 08046/2010 – “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

vêm os princípios derivados do devido processo legal, em especial aqui o contraditório, a conferir parâmetros de validação constitucional para a atividade jurisdicional.

E novamente ressalte-se, o perigo está em revolver-se ao governo de juízes, o que representa apenas uma *troca de paradigmas* conforme observou Lenio Streck. Ou seja, se antes o jurista era “assujeitado à lei”, num período de positivismo exegético, agora o sujeito tende a se transformar no “senhor dos sentidos”. A questão do *instrumentalismo das formas* deve ser sopesada de forma a evitar protagonismo desmedido do judiciário, o que seria como “se o direito e tudo o que ele representa em termos institucionais, históricos e factuais dependesse da sua utilização como um objeto, um instrumento, algo manipulável pelo intérprete”⁵⁰.

Preservar o Direito deve ser antes de tudo a tarefa judiciária. O Direito, que requer adaptação, certamente, mas não cabendo ao órgão judicial tomar a *adaptabilidade* como sua bandeira.

3.3. Neutralidade versus imparcialidade e o protagonismo judicial:

A aplicação do direito deve ser tomada por um juiz imparcial e esse será o principal cuidado com a doutrina dos *poderes instrutórios*. Mais uma vez é de Cândido Dinamarco a ressalva de que a Constituição não tem como ofertar uma formal garantia de que os juízes serão imparciais, de forma que a Lei Maior busca estabelecer melhores condições possíveis para o exercício reto da função, “minimizando-se quanto se possa os riscos de comportamentos parciais”⁵¹.

Já o Código de Processo Civil apresenta alguns parâmetros, o que reforça a segurança. Dentre eles, têm-se os institutos do *impedimento e suspeição* do juiz (CPC, arts.134-135). Estes instrumentos estão calcados na lógica pela qual o juiz se abstém de officiar em dado processo ou pode ser recusado pela parte.

Outro obstáculo à parcialidade seria o sub-princípio da *demanda*, que reduz o juiz à inércia até que haja a iniciativa de parte para a formação de um processo (CPC, arts. 2º e 262).

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** ... p.108.

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**... pp. 201-202

Não se pode confundir, por outro lado, *imparcialidade* com *neutralidade* do juiz. Essa última não condiz com o bom desenvolver da jurisdição. O mito da neutralidade, conforme salienta Fredie Didier Jr.⁵², funda-se na idéia de i) possibilidade de o juiz ser desprovido de *vontade inconsciente*; ii) no processo prevalecer o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; iii) que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Não é bem assim, portanto.

O órgão julgador tem de ser terceiro e desinteressado. Porém, a neutralidade é absolutamente impossível, pelo que, reforça Alexandre Câmara, o juiz, pessoa humana que é, exerce seu ofício embasado em razão e emoção, o que envolve premissas de índole ideológica, cultural, econômica, religiosa etc.⁵³ O juiz não será neutro posto ser humano que é, com suas preferências, preconceitos, culturas etc. Já a sua imparcialidade é analisada objetivamente, sendo, portanto, premissa procedimental. Ainda que considerada um elemento subjetivo do princípio do juiz natural, a imparcialidade é verificada a partir dos parâmetros dados pela legislação.

Em relação à dicotomia neutralidade/imparcialidade, especificamente sobre a atuação do juiz em relação ao tema *provas*, Barbosa Moreira realizou consagrado estudo, refutando as objeções doutrinárias acerca da possível ofensa ao princípio da imparcialidade quando o juiz toma iniciativas probatórias. Lembra o doutrinador que há certos tipos de processos, como o processo penal, em que a atividade instrutória *ex officio* por parte do juiz, é bem valorada, não sendo arranhada a imparcialidade. Para Barbosa Moreira, “tudo gira também aqui em torno de um equívoco, o conceito de parcialidade ou de neutralidade.” Sobre a *imparcialidade*, arremata ele:

ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo ‘X’ ou o indivíduo ‘Y’, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível.⁵⁴

⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol.1, 11.ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p.69.

⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 48.

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Juiz e a Prova. **Revista de Processo**, n. 35, ano IX, p. 178-184, abr-jun 1984. Material da 2ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de

O grande risco desta batalha contra a neutralidade é desencadear a discricionariedade judicial. Deve-se percebê-las como elementos distintos. A discricionariedade transforma juízes em legisladores⁵⁵. A cautela na distinção entre tais fenômenos deve prevalecer na interpretação jurisdicional para não ocasionar solipsismos.

Desde que o juiz não rompa seus limites de competência recaindo em ativismo desmedido, a sua iniciativa instrutória será considerada até mesmo uma face do próprio Estado de Direito, pois que ferramenta do devido processo legal.

E aqui se compreende o princípio da *adaptabilidade*, do procedimento ao caso *decidendo*, e não, da função legislativa à judicial.

Uma boa orientação para prevenir situações desmedida é encontrada em Lenio Streck. Segundo ele, o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial deve buscar nas teorias do direito e da Constituição sua prevenção, pois que preocupadas com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Assim, a observância de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos deve prevalecer na atuação jurisdicional com o fim de:

- i) preservar a autonomia do direito; ii) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio* final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); iii) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; iv) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; v) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir

pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil – IBDP e Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** ... p.88. Observa-se um exemplo interessante em José Roberto dos Santos BEDAQUE (*“Poderes Instrutórios do Juiz”*), que já na epígrafe de sua obra anuncia uma opção epistemológica: “entre uma boa legislação e um bom juiz é melhor optar pelo segundo”, o que denuncia ser latente a zona de tensão entre as atividades estatais.

da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.⁵⁶

Neste sentido, se o abuso neoconstitucionalista representa deturpação do equilíbrio entre os Poderes, anulando a atividade legislativa com o movimento ativista judicial; e bem assim, o movimento neoprocessualista tende a reafirmar esse status a partir do desvio da ideologia publicista pela defesa dos poderes instrutórios do juiz; um contraponto de destaque pelo equilíbrio democrático passa a ser a própria normatividade constitucional e a adoção da processualidade justa em todos os níveis de atuação estatal.

4. CONCLUSÃO:

Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo são termos que se propõem a um novo modo de aplicar o direito. Equívocos são cometidos a partir dessa promessa, o que faz insurgir o resgate a Hermenêutica como mecanismo que pode evitar o retroceder de paradigmas.

Com efeito, se ontem a centralidade na exegese da lei representava a nota de aplicação do direito, num positivismo acrítico, hoje, com a abertura constitucional a direitos fundamentais e sociais, a centralidade se desloca para o Judiciário na função de *dizer o direito*. Essa transformação de posições merece ser submetida à hermenêutica para evitar decisionismos judiciais, eivados de discricionariedades/arbitrariedades.

Essa tarefa árdua implica redescobrir que a interpretação é compreendida como um ato unitário em que concorrem integradamente vários elementos (gramatical, histórico, teleológico e, mesmo, constitucional). Conforme buscou registrar com a doutrina de Lenio Streck, a hermenêutica dispõe que o caráter instrumental da Constituição seja eliminado, haja vista *a Constituição não ser ferramenta, e, sim, constituinte*⁵⁷. O agir no limite de um contexto será a legitimação do atuar jurisdicional, haja vista os Poderes de Estado estarem submetidos a uma mesma vontade política.

⁵⁶ Idem, p.96.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.34.

Assim, a obra de Lenio Streck, em parte aqui citada, busca incessantemente a defesa da teoria do direito como ponto de controle da interpretação a partir do crescimento da jurisdição.

Ainda que sob o parâmetro da instrumentalidade, a possibilitar ao órgão judicial a *adaptabilidade* dos procedimentos e atos, dosando o formalismo para atender ao escopo processual, importante que se veja o Judiciário como órgão constituído, e não como constituinte. E a Constituição como fonte e não como instrumento. A expressão princípio da *adaptabilidade* pode ser perigosa, na medida em que a semântica possibilita um pensar exagerado de supremacia judicial. Ainda mais se corresponder a uma *relativização* do princípio da legalidade. Não cabe ao juiz adaptar o agir legislativo e constitucional, mas realizá-los.

Veja os transtornos que isso pode vir a causar na esfera administrativa, por exemplo. Fábio Lima Quintas⁵⁸ faz interessante estudo acerca de como o ativismo judicial pode contribuir para certa atrofia da Administração Pública. E mais, como o elemento *previsibilidade*, essencial para o funcionamento da atividade administrativa, do direito e da própria sociedade, se perde com essa postura do Judiciário. De acordo com o autor, a decisão judicial ativista não colabora para a funcionalidade da atividade administrativa, por não oferecer parâmetros que sirvam de fundamento seguro para sua atuação - a Administração não tem como valer-se de precedentes judiciais para superar a lei nas suas decisões. Assim, “nem o administrador tem segurança de decidir nem o administrado entende como revestido de autoridade os pronunciamentos administrativos”.⁵⁹

Percebe-se que a autocontenção merece caminhar ao lado da *adaptabilidade* posto que o equilíbrio entre os poderes ainda é a nota do Estado de Direito, não havendo *hipertrofia* que não possa encadear *atrofia* alheia. O neoconstitucionalismo deve ser compreendido como redefinição de funções, mas não exclusão de papéis em sua jusfundamentalidade. A (des)medida do Judiciário resvala na atuação dos demais poderes.

⁵⁸ QUINTAS, Fábio Lima. *O juiz como última instância da administração pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa*. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**. Ano 5, n.20 out./dez 2011. Editora Fórum. p.245-261.

⁵⁹ QUINTAS, Fábio Lima. p.260.

O *protagonismo* do Judiciário poderá ser positivo e assim o é quando na medida da Constituição. O neoconstitucionalismo que possibilitou esse movimento também veio a reclamar a ampliação do acesso à justiça para garantia dos já reforçados direitos fundamentais. A busca pela razoável duração do processo, o uso da técnica com efetividade, a previsão de novos procedimentos e novos remédios processuais são todos estes ferramentas para concretização da ordem constitucional que depositam no órgão judicial sua possibilidade de manuseio. Neste sentido que o subprincípio processual da *adaptabilidade* deve ser compreendido, qual seja o de propiciar ao juiz volver o processo aos seus objetivos maiores, em especial o de realizar o direito material diante da demanda, de forma efetiva.

O marco neoprocessualista veio na consagração do acesso à justiça, pelo que ressurgem os princípios processuais de ordem constitucional na atividade judicante. O contorno publicista do processo significa justamente o dever de observância da Constituição e dos princípios decorrentes do acesso à justiça na sua condução.

Na verdade, não são conferidos poderes maiores ao magistrado, mas há um dever (ou poder-dever, como na lógica administrativista), que esbarra no poder dispositivo das partes, e representa a preservação dos valores processuais mínimos a possibilitar mais e melhores condições de promoção do justo diante das lides propostas.

A função do processo, de pacificação social com a realização do direito material diante do caso concreto, será, pois, melhor cumprida se submetida ao crivo constitucional, pela observância dos mínimos éticos e dos parâmetros do *due process*. O acesso à justiça, identificado pela garantia efetiva da boa jurisdição só vem a ser realizado se observados esses padrões de segurança jurídica para o próprio Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. **Revista de Processo**, n. 35, ano IX, p. 178-184, abr-jun 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. .5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Simplificação e Adpatabilidade no Anteprojeto do Novo CPC Brasileiro*. In: **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Luiz Fux (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.71-104.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1998.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y Division de Poderes Hoy**. Direccion general: Laura San Martino de Dromi. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2002.

DIDIER JR., Fredie; et all.. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, Vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, In: **Estudos de Direito Processual**, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286.

_____. **Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil**. Vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. “*Publicismo e privatismo no processo civil*”, In: **Revista de Processo**, ano 33, nº 164, outubro de 2008, São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais,pp. 29-56.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Reflexões acerca do

projeto do novo Código de Processo Civil. Luiz Fux (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.179-229.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989.

QUINTAS, Fábio Lima. *O juiz como última instância da administração pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa.* In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC).** Ano 5, n.20 out./dez 2011. Editora Fórum. p.245-261.

STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.* Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Pesquisa realizada em 20 de dezembro de 2011.

_____. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?.* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em 05 de agosto de 2011.

_____. **Hermenêutica e *applicatio* jurídica:** a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. *Studia Juridica*, v. 1, Coimbra Editora, 2008. p. 1103-1155, 2008

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP.* In: *Conjur.* Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012.

_____. *O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas.* Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1766/1406>, Pesquisa realizada em 18 de dezembro de 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed.
São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio, CARNEIRO, Wálber Araújo. *STJ não pode mudar prazo de prescrição da pena*. In: **Conjur**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-jan-24/stj-nao-mudar-contagem-prazo-prescricao-pena> > . Pesquisa realizada em 10 de maio de 2012.

**EFETIVIDADE DO PROCESSO E/OU RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**EFFECTIVENESS OF THE PROCESS AND/OR REASONABLE DURATION
OF PROCESS IN THE STATE OF LAW**

Débora Carvalho Fioratto

Mestre em Direito Processual pela PUC Minas.
Bolsista da FAPEMIG. Fundadora do IHJ/MG.
Licenciada em Letras pela UFMG. Advogada
OAB/MG.

Resumo: O presente artigo tem como eixo central o estudo da efetividade do processo e da razoável duração do processo no marco do Estado Democrático de Direito com o objetivo de elucidar estes conceitos que se fazem presentes como justificativas para a reforma parcial e total das legislações processuais brasileiras. Utiliza-se como pano de fundo o Novo Código de Processo Penal (PLS nº. 156/2009), uma vez que todas as alterações pontuadas na exposição de motivos têm como fim a efetividade do processo. Isso posto, a partir da concepção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais em que aos legitimados ao processo é garantida a participação em simétrica paridade, respeitadas as garantias processuais do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões, pode-se pensar na efetividade do processo como a observância destas garantias fundamentais presentes na Constituição da República Federativa. Pode-se, também, pensar na razoável duração do processo como uma garantia constitucional em decorrência do próprio Estado Democrático de Direito, considerado uma estrutura sempre aberta, a espera do por vir, tendo papel fundamental os sujeitos de direito, que como autores e destinatários da norma jurídica, na formação e conformação da sociedade jurídica. Somente com a análise do caso concreto que se pode comprovar se o processo teve uma duração

razoável e se foi efetivo. Logo, deve-se pensar na efetividade do processo e na razoável duração do processo como conceitos distintos, mas co-dependentes. Utiliza-se, portanto, o direito comparado italiano para a elucidação destes conceitos.

Abstract: This article has as its central theme the study of the effectiveness of the process and the reasonable duration of process from the perspective of the state of law in order to clarify these concepts that are present as justifications for the partial and total reforms in Brazilian procedural laws. The New Criminal Procedure Code (PLS no. 156/2009) is used to illustrate that all the changes cited in the explanatory memorandum are intended for the effectiveness of the process. From the perspective of the process as a constitutive guarantee of fundamental rights in order to legitimate participation in symmetric parity, subjected to the procedural principles, contradictory, plain defense, impartial third party and motivated decisions; the effectiveness of the process can be understood as the observance of these fundamental guarantees that are present in the Federal Constitution and the reasonable duration of the process can be understood as a constitutional guarantee as a result of the state of law itself. A structure that is always open, in which the law individuals has a main role in the formation and conformity of society since they are considered authors and addressees of the law. Only with the analysis of each case itself that one can prove if the process had a reasonable time and if it was effective. Therefore, one should think about the effectiveness of the process and the reasonable duration of process as distinct concepts, but co-dependent. In this article the Italian law is used as a comparison to elucidate these concepts.

Palavras-Chave: Efetividade do Processo; Razoável duração do processo; Garantias Processuais.

Keywords: Effectiveness Of The Process; Reasonable Duration Of Process; Procedural Guarantees.

1. INTRODUÇÃO:

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, apesar das sucessivas reformas parciais, não condiz com o atual Estado Democrático de Direito¹ constituído com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Logo, com o intuito de tornar as normas processuais penais, constitucionais, é imprescindível uma reforma total do CPP vigente. Essa foi e é a proposta da Comissão de Juristas, que elaboraram o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, convertido em projeto de lei nº. 156 de 2009, com o objetivo precípuo de adaptar as normas do processo penal à Constituição, já que as normas do CPP de 41 mostram-se incompatíveis com o contexto democrático.

Verifica-se que na exposição de motivos do Novo Código de Processo Penal (PLS nº. 156 de 2009) trabalha-se vários conceitos de efetividade do processo² para fundamentar as alterações propostas. Por isto a necessidade precípua de elucidar este conceito para, posteriormente, verificar a relação existente entre efetividade do processo, efetividade do direito e razoável duração do processo.

¹ O Estado Democrático de Direito, compreendido a partir da visão procedimentalista do direito (HABERMAS, 2003), se pauta pela co-originalidade entre soberania popular (autonomia cidadã) e direitos fundamentais (autonomia privada), em que os sujeitos de direito adquirem importante papel na formação e conformação da sociedade, a partir do procedimento democrático, uma vez que o direito passa a ser obedecido por ser legítimo.

² “A **eficácia** de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à **diminuição das garantias individuais**. (...)a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a **inviabilizar a celeridade dos procedimentos** e nem a esperada **eficácia do Direito Penal**” (BRASIL, 2009a, p. 13 e 14) (grifos nossos). “A positivação do aludido critério – **da efetividade da proteção penal** – de interpretação para o processo penal tem grande importância prática” (Brasil, 2009a, p. 15) (grifos nossos). “De outro lado, e atento às **exigências de celeridade e efetividade do processo**, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual (...). A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para **passar a significar a solução final e célere do processo**, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele” (BRASIL, 2009a, p.20) (grifos nossos). “A disciplina legal dos recursos deve buscar, por certo, **a celeridade necessária da resposta penal em tempo razoável e socialmente útil e à tutela dos direitos fundamentais dos indiciados ou imputados autores de infrações penais. Tal celeridade, resultado de múltiplas funções e variáveis, entre as quais uma eficiente administração da função jurisdicional, é uma das condições da efetividade da norma penal, que, todavia, deve atuar dentro dos limites intransponíveis do devido processo legal**” (BRASIL, 2009a, p. 21) (grifos nossos). Verifica-se que a efetividade do processo é trabalhada a partir da celeridade como condição da efetividade do direito, mas acrescenta-se o sentido de uma razoável duração do processo (tempo e utilidade), tendo como fim o devido processo legal.

Deve-se passar, portanto, por uma construção do conceito de efetividade processual como sinônimo de rapidez ou celeridade que somente se sustenta na matriz da socialização processual em que há a prevalência do papel do juiz em detrimento da atuação das partes. Nesse contexto, que se encontra inserido o CPP41, o processo é compreendido como instrumento da jurisdição, já que a decisão é fruto da interpretação única e de preferências ideológicas do julgador.

Superado o fetiche da efetividade processual como sinônimo de rapidez, reconstrói-se a efetividade do processo como respeito às garantias processuais, elucidada-se a razoável duração do processo e a própria concepção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais a partir do Estado Democrático de Direito.

É importante ressaltar que o artigo utilizar-se-á do direito comparado com a proposta de observação do ordenamento jurídico da Itália, país de “grande afinidade processual com o Brasil” (BRASIL, 2009a, p. 15), com o objetivo de compará-lo com o direito Brasileiro, buscando-se uma harmonização, compartilhamento ou aproximação possível do tema, levando-se em consideração os direitos fundamentais como base mínima, a partir da idéia pluralista do mundo (DELMAS-MARTY, 2003).

2. O FETICHE DA EFETIVIDADE COMO SINÔNIMO DE RAPIDEZ:

Algumas considerações preliminares são necessárias para a correta compreensão da imprecisão terminológica advinda com o entendimento de “efetividade” do processo como sinônimo de rapidez da tramitação do procedimento.

A efetividade do processo não será alcançada através da duração razoável e tramitação célere do procedimento, se durante o curso do processo não for observado o conjunto principiológico do devido processo constitucional, os quais, com efeito, legitimam o provimento. A efetividade do processo, portanto, não se limita à interpretação literal da norma do art. 5º, LXXVIII³ da Constituição Brasileira. A efetividade do processo deve ser repensada não através de um pano de fundo

³ “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)” (BRASIL, 2009b, p. 27)

instrumentalista⁴, mas sim através do processo como garantidor dos princípios e direitos fundamentais daqueles que serão afetados pela decisão, devendo este processo se desenvolver por meio do contraditório. A efetividade do processo também deve se desvencilhar do sistema da socialização processual⁵ em que está inserido o CPP41 e o CPC73. Na matriz da socialização processual há a prevalência da atuação do juiz, com o discurso falacioso da rapidez processual para o alcance da justiça.

Feitas essas considerações, importante agora, esclarecer o pano de fundo anterior à Constituição Brasileira de 1988, que motivou o entendimento de efetividade como sinônimo de rapidez.

O processo brasileiro sofreu, desde o Código de Processo Civil 1939, forte influência de Franz Klein⁶, no âmbito legislativo, e de Bülow, no âmbito doutrinário. “O processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo esta ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e experiência do julgador” (CORDEIRO LEAL, 2005, p. 44). Visível, portanto, que Dinamarco (2003) em sua obra *Instrumentalidade do Processo*, buscou sintetizar as influências estrangeiras no processo civil pátrio, compactando-as em sua teoria do processo, como instrumento da jurisdição, que tem por fim a realização dos escopos metajurídicos e a pacificação social.

“É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados

⁴ A expressão pano de fundo instrumentalista remete à compreensão inicial de Bülow do processo como relação jurídica entre o juiz e as partes, através da qual se estrutura a Jurisdição. O processo, por assim dizer, seria um instrumento da jurisdição, em que o autor tem o direito público subjetivo de exigir do réu o cumprimento de uma obrigação. Compreensão esta apropriada por Dinamarco, que passa a defender o processo como instrumento da jurisdição que tem como fim a realização dos escopos metajurídicos e a pacificação social.

⁵ “Buscando o estabelecimento da socialização, foram introduzidos institutos processuais (v.g.: antecipação de tutela) e modelos procedimentais diferenciados (v.g.: Juizados Especiais), entre outras inúmeras alterações, que buscavam celeridade processual (...). Ocorre que o modelo reformista brasileiro, foi sendo acometido, com o passar dos anos, de uma patologia ainda mais grave do que a decorrente do reforço único dos poderes dos juízes e decorrente esfacelamento do papel das partes, advogados e demais partícipes do sistema processual: foi sendo esvaziado o papel do processo como instituição garantidora de implementação de direitos fundamentais. Em verdade, o discurso burocratizante do processo foi fazendo com que todos acreditassem que este seria um mal, uma doença que deveria ser estirpada mediante sua supressão quase completa, diminuindo o espaço cognitivo formador das decisões e promovendo a defesa da rapidez procedimental a qualquer preço” (NUNES, 2008, p. 106).

⁶ Os escopos metajurídicos do processo, na visão de Klein, poderiam levar a uma crise social, necessitando, portanto, de um papel ativo do Estado-juiz. Conferir Nunes, 2008.

mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. (...) Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados” (DINAMARCO, 2003, p. 181 e 183).

Neste contexto, do entendimento de processo como instrumento da jurisdição e da busca por uma socialização processual é que foram feitas as considerações sobre rapidez e justiça no processo. Considerações essas, não condizentes com o atual Estado Democrático de Direito, advindo com a Constituição da República de 1988⁷, já que rapidez dos atos processuais para o alcance da justiça ou decisão justa, não é sinônimo de efetividade do processo, que jamais será alcançada em detrimento dos direitos e garantias processuais. “Para estes, o importante é a perenização do *fetice* da Justiça rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do *processo* e, até mesmo, do *procedimento*, com a altaneira supremacia da *jurisdição*” (LEAL, 2007, p. 257).

A rapidez processual não é a única chave para a decisão justa. “A decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença” (GONÇALVES, 1992, p. 125). Logo, só há de se falar em compatibilidade entre celeridade e decisão justa, se ao longo do processo estiverem presentes os princípios do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões.

⁷ “Observe-se que, com o advento da Constituição de 1988, o *processo civil* sofreu uma processualização em suas bases patriarcais, abalando a sua estrutura de apoio ao regime ditatorial instituído no país de 1964 a 1988. Esse fenômeno é que merece reflexão demorada, isto é: o Brasil declara-se, em 1988, Democrático de Direito, enquanto que seus órgãos judicantes (decisores) e a quase totalidade das faculdades de Direito continuaram engastados na ideologia bülowiana e kelseneana de produção e operacionalização do direito” (LEAL, 2007, p. 257).

É importante ressaltar que o neoliberalismo⁸ processual ou “pseudo-socialização”, implementou-se no Brasil, a partir da década de 90, consolidando o discurso da rapidez processual. Nessa concepção, “o processo célere não é aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica de números” (NUNES, 2008, p. 119).

O discurso jurídico defendido pelos processualistas brasileiros, da necessidade de procedimentos simples e céleres, de decisões rápidas, reafirma o neoliberalismo, comprometendo o devido processo constitucional e acarretando reformas que violam as garantias processuais.

“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 jurídico processual” (NUNES, 2008, p. 117).

A utilização do discurso da necessidade de reformas legislativas para garantir o direito de acesso à jurisdição, para tornar “efetivo” (rápido) o processo e eficiente o poder judiciário, apenas reflete uma argumentação falaciosa⁹.

Visto que o Código de Processo Civil de 1939 e de 1973 e, conseqüentemente o Código de Processo Penal de 1941, e a Constituição da República de 1988 foram demasiadamente influenciados pela idéia instrumentalista de processo, deve-se entender e criticar o conceito de efetividade para os instrumentalistas, com o intuito de se construir um conceito que se adéqüe ao Estado em que se vive hoje no Brasil, já que

⁸ A década de 90 é marcada pela privatização dos serviços públicos e pelo fortalecimento do sistema financeiro que exercia o controle político. O processo não poderia significar controle Estatal nem risco aos interesses do mercado. Conferir NUNES, 2008, p.112-117.

⁹ Sobre o problema da falácia, seja ela genética, lógica, de definição ou naturalista. Conferir CHEDIAK, 2006.

para o instrumentalismo, efetividade e celeridade são bandeiras para a busca do acesso à justiça, entendido como ordem jurídica justa (GRINOVER, 1990).

Barbosa Moreira, ao explicar o que é um processo efetivo, faz um elo entre economia e efetividade. “Querer que o processo seja **efetivo** é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na **economia** do ordenamento jurídico. [...] Será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (MOREIRA, 2001, p. 5) (grifos nossos). Segundo ele, não basta que o processo seja efetivo, é necessário que ele seja “socialmente efetivo”. Para explicar o que é um “processo socialmente efetivo” ele explica o que não se deve entender por esta expressão.

“Não há de entender, pois, a expressão “processo socialmente efetivo” como se designasse processo apto a conduzir *por força*, mediante uma sentença ou o respectivo cumprimento, a resultado socialmente desejável, senão – com maior modéstia – processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial (MOREIRA, 2001, p. 6)”.

Barbosa Moreira traça um esquema básico para se garantir a efetividade.

“a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagens) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos

- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quando puder, à realidade.
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias” (MOREIRA, 1997, p. 17 e 18).

Para ele, a decisão deve ser não só rápida, mas efetiva. Na visão de Barbosa Moreira (1997), existem três aspectos relevantes que merecem ser advertidos em relação à efetividade. Primeiro, a efetividade não pode ser elevada a categoria de um valor absoluto; segundo, em nome dela não pode o processo se prolongar no tempo, buscando a verdade através do exaurimento total dos fatos, ou seja, não deve haver uma sobreposição, mas sim um equilíbrio entre celeridade e verdade; terceiro, o despreparo técnico no momento de aplicação da norma pelo julgador. Dessa deficiência decorre o grande número de processos, nos órgãos jurisdicionais, já que inaptidão técnica gera a não efetividade do processo.

Já Dinamarco (2003), utiliza-se do conceito de Barbosa Moreira para colaborar com a sua definição, já que para aquele, o processo efetivo “deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (2003, p. 330). Para ele, a missão da efetividade será alcançada sempre que o direito for cumprido por meio da justiça, que permitirá a eliminação de insatisfações e educará os indivíduos integrantes da sociedade sobre a necessidade de os direitos e o seu exercício serem respeitados, para que se tenha liberdade. Entretanto, existem obstáculos que impossibilitam que o processo seja realmente efetivo. Dentre eles, as limitações de acesso à justiça, que “constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam” (DINAMARCO, 2003, p. 335).

Dinamarco (2003) acrescenta que em relação ao Estado, esse acesso à justiça de forma restrita acarreta um questionamento de sua legitimidade frente aos institutos e ao direito, já em relação à sociedade, ocorre a impossibilidade de pacificação entre os indivíduos que a compõe. Esse acesso limitado decorre da realidade brasileira, fator econômico e descrença na justiça, isto é, o processo é caro, não garante a justiça e, grande parte da população é pobre. Apesar de haver expressa previsão legal, de gratuidade da justiça aos reconhecidamente pobres (artigo 5º, LXXIV), este texto legal não garante de forma eficaz este direito fundamental. Ademais, “ainda no campo econômico, não só os pequenos ficam afastados da tutela jurisdicional, mas de todos é a apreensão em face do investimento que são obrigados a fazer para litigar, sem a certeza dos resultados” (DINAMARCO, 2003, p. 339). Além disso, o processo é lento e traz desgastes e incômodos às partes, às testemunhas. Tudo isto somado, faz com que ocorra a descrença na justiça.

“Seja pelo custo do processo, exigências de adiantamento, altos honorários, pobreza, deseducação para o exercício dos direitos, legitimação individual, eficácia estrita - , por todas essas observações chega-se à conclusão de que muito existe ainda a reformar” (DINAMARCO, 2003, p. 344).

Contrário às críticas feitas por Calmon de Passos (2002) em relação à Lei 9.099/95, Dinamarco acredita que as propostas dos Juizados Especiais condizem com a realidade do país “não somente porque gratuito o processo, como ainda dispensa o patrocínio técnico [...] e abrevia o procedimento, poupando partes e testemunhas de sucessivos comparecimentos” (DINAMARCO, 2003, p. 340). Ademais, defende que o papel do juiz é o de “intérprete maior e definitivo da ordem jurídica positivada nos textos” (2003, p. 364), por conseguinte ele (juiz) está comprometido com a realização da justiça por meio da decisão justa (art. 6º, Lei 9.099/95). Para o autor, há uma correlação entre efetividade do processo e efetividade da decisão.

A posição de Humberto Theodoro Júnior de que “o processo moderno visa propiciar às partes uma justiça que alcance *resultados práticos* compatíveis com os direitos subjetivos envolvidos na demanda (efetividade), e que se realize de forma

barata e rápida” (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 110), se assemelha ao entendimento de Barbosa Moreira (1997). Logo, assim como ele, Theodoro Júnior estabelece metas para se garantir a efetividade do processo, estando dentre elas a celeridade, já que “justiça tardia, segundo universal consenso, equivale a *denegação* de justiça” (THEODORO JUNIOR, 2000, p. 110). Isto significa que para processualista mineiro a efetividade equivale ao preceito do inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Brasileira. Segundo ele,

“aspirava-se, cada vez mais, a uma tutela que fosse mais pronta e mais consentânea com uma justa e célere realização ou preservação dos direitos subjetivos violados ou ameaçados; [...] por uma Justiça, enfim, que assumisse, de maneira concreta e satisfatória, a função de realmente implementar a vontade da lei material, com o menor custo e a maior brevidade possíveis, tudo através de órgãos adequadamente preparados, do ponto de vista técnico, e amplamente confiáveis, do ponto de vista ético” (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 63).

Logo, esta aspiração levou à positivação da razoável duração e tramitação célere do processo como garantia fundamental. Competindo ao juiz, conforme norma do art. 125, II do CPC “velar pela rápida solução do litígio”, além de indeferir “diligências inúteis ou meramente protelatórias”, art. 130 do CPC. Entretanto, assevera Theodoro Júnior, – em relação à reforma do judiciário pela E.C. 45/2004 – que “não serão, como é intuitivo, as simples reformas das leis de procedimento que irão tornar realidade, entre nós, as garantias cívicas fundamentais de *acesso à justiça* e de *efetividade do processo*” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 73).

Em contrapartida, Calmon de Passos ao explicitar qual o seu entendimento sobre a efetividade do processo, afirma que eficiência, eficácia e efetividade co-existem, em uma mesma realidade, qual seja, “a dos efeitos ou conseqüências de algo. No nosso linguajar técnico, dogmático-conceitual, firmou-se a distinção entre *eficácia* (aptidão para produzir determinando efeito) e *efetividade* (a concreta produção de efeitos)” (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 30). Segundo ele, é um erro falar em efetividade do

processo, uma vez que o que reclama efetividade é “a tutela prometida, o ordenamento como um todo sistemático, para cuja efetividade torna-se indispensável o processo de produção do direito, não qualquer processo, e sim o devido processo constitucional” (1999, p. 34).

Logo, também não se pode afirmar que a efetividade do processo corresponda à efetividade da decisão justa do juiz, sem uma definição do que se entenda por essa expressão. Afinal, “falar-se em decisão justa é pura e simplesmente dizer-se nada sobre nada com manifesta intenção manipuladora” (1999, p. 35). Defende, ainda, uma relação entre efetividade do processo e cidadania, ao passo que inadmite que a decisão do agente político (magistrado) intitulada justa, seja parâmetro para efetividade do processo. Conclui dizendo que “a efetividade é algo de todo dependente do que precede a decisão, vale dizer, da cognição e da certificação que a antecederam” (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 35).

Percebe-se que a efetividade como entendida por Calmon de Passos é mais adequada à compreensão do Estado Democrático de Direito, já que o que se garante na norma do art. 5º, XXXV da C.R./88, é o direito ao processo e o acesso à jurisdição. Este deve propiciar uma tutela eficaz e efetiva aos legitimados ao provimento, através de um devido processo constitucional, fundado em uma base principiológica uníssona. “Essa base principiológica seria sustentada pelo contraditório, pela ampla argumentação, pela garantia da fundamentação das decisões, pela imparcialidade e pelo direito ao processo jurisdicional” (BARROS, 2006, p. 236).

3. EFETIVIDADE E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS:

O processo efetivo é aquele em que aos legitimados ao provimento serão asseguradas as garantias do processo, sem que haja o risco de estas garantias serem desrespeitadas. A efetividade como pensou os instrumentalistas seria a garantia de um processo com uma duração razoável (rápido) e que realize a justiça através da atuação ativa do juiz para solucionar os conflitos. Entretanto, verifica-se que essa celeridade não pode ocorrer em detrimento de garantias e direitos fundamentais expressos na Constituição da República. Nunes constata acertadamente que é possível “abandonar parcela dos projetos processuais na alta modernidade brasileira, que confundem

medidas socializadoras ou neoliberais com democráticas, e, assim, rechaçar as perversidades e degenerações desses projetos” (NUNES, 2008, p. 129).

Os projetos de reforma dos Códigos de Processo, em especial o PLS nº. 156 de 2009, em síntese, buscam a “sumarização da cognição” e, por conseqüência, a violação ao devido processo constitucional. Entretanto, a cognição não é feita pelo juiz e sim, pela participação efetiva das partes, legitimadas ao processo, não podendo, portanto, ser condensada. Não se busca uma decisão rápida ou justa, mas sim uma decisão construída argumentativamente pelas partes, assegurados os princípios constitucionais (devido processo).

A inadequação terminológica ocorre tanto nas reformas das legislações processuais cíveis quanto criminais, já que as reformas são justificadas com a troca de palavras: eficiência e efetividade.

“Poderia, claro, ser uma simples troca de palavras, mas não é. Aliada ao tempo, eficiência pode ser sinônimo de exclusão. Aqui, nas reformas processuais, carimbada pela supressão de direitos e/ou garantias, mormente constitucionais, ou, pelo menos, pela redução dos seus raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica, desde sempre sem a mínima possibilidade de ser eliminada: sem qualquer dúvida, salvo do inocente que pensa bastar a lei por si só, ela, a lei, diz aquilo que o intérprete diz que ela diz” (COUTINHO, 2002, p. 694).

Portanto, só há de se falar em democracia através do processo constitucional como garantia constitutiva de direitos fundamentais¹⁰ (BARROS, 2009) que possibilita o correto entendimento da “efetividade”, desvinculando-se da necessidade precípua da celeridade e da justiça rápida para um processo efetivo.

¹⁰ Andolina e Vignera (1990), precursores do modelo constitucional do processo, defendiam um esquema geral de processo. Com o aprimoramento desse modelo que passou ser uma base principiológica uníssona, constituída pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões, que deve estar presente em qualquer processo constitucional. Logo, o processo passa a ser garantia desses direitos fundamentais, uma vez que só por meio do devido processo constitucional haverá o reconhecimento e fruição do direito (BARROS, 2009).

Desfeito o fetiche da efetividade¹¹ como sinônimo de rapidez (celeridade) para o alcance da justiça, importante agora, analisar a possibilidade de se defender uma Teoria Geral da Efetividade do Processo, para depois definir o que é a efetividade do processo e a efetividade do direito no Estado Democrático de Direito.

Vieira propôs, em 1998, uma Teoria Geral da Efetividade do Processo¹², por meio da co-relação entre processo, preclusão e efetividade. O processo seria uma contínua perda do direito de praticar um ato processual, pelo seu não exercício em prazo pré-estabelecido em lei. Ao passo que o tempo e o espaço seriam os responsáveis por enunciar a preclusão. A efetividade seria, portanto, definida em um primeiro momento, sob o aspecto do tempo e do espaço do processo.

“Sua coincidência (objeto litigioso) com o objeto material, observado no julgado de procedência, vem a ser o aspecto espacial da efetividade, mas reflete também outra origem, a preclusão das exceções do réu (opostas ou não); este o aspecto temporal da efetividade” (VIEIRA, 1998, p. 91).

Ao passo que em relação à ação, a efetividade seria definida sob o aspecto qualitativo do vínculo jurídico processual.

“A efetividade do processo (retiro uma primeira conclusão) é uma qualidade do vínculo processual, qual a agilidade da preclusão (no sentido não só temporal, mas também no lógico e no consumativo, favorável ou desfavorável) das exceções – suposta a redução do tempo para atuação do efeito processual da defesa. (...) A efetividade do processo está em que ele transcende aos limites expressos da *litiscontestatio*, alcançando os fatos da lide, extra-autos” (VIEIRA, 1998, p. 91 e 92).

¹¹ “Domina nas exposições doutrinárias atuais a idéia de que “o processo não é efetivo” porque é demorado, porque a previsão das várias etapas de seu desenvolvimento causa a inoperância da decisão ao final obtida. Encontra-se também disseminada a idéia de que a não efetividade “do processo” se deve à necessidade de “segurança das decisões”, no caso a segurança de uma decisão após o debate em contraditório pleno” (ASSIS, 2007, p. 187).

¹² Para mais detalhes sobre a Teoria, conferir VIEIRA, 1998.

Quanto à jurisdição (aplicação do direito com efeito de coisa julgada, garantindo-se o contraditório), a efetividade ocorre sob o aspecto estrutural e funcional da sentença.

“(…) julgamento de mérito é preclusão de questões da ação e das exceções. (...) Assim, a efetividade é estrutural e funcional, como aptidão da sentença (ou de outra decisão jurisdicional) a produzir determinados efeitos” (VIEIRA, 1998, p. 92 e 93).

Vieira demonstra a importância do tempo (utilidade do processo e não somente do provimento final), do espaço e da forma no processo. Quanto à forma ele faz referência aos requisitos da verossimilhança (probabilidade) e inequívocidade (prova) na tutela antecipada, afirmando que o efeito processual pode ser produzido se a relação jurídica material existir, ou seja, podem-se antecipar os efeitos da sentença de mérito, baseando-se nesses dois requisitos, o que garante a efetividade. “A tutela antecipatória é meio geral de persecução da efetividade do processo” (VIEIRA, 1998, p. 96). O conceito de efetividade é visto por Vieira como:

“qualidade do vínculo processual, a agilidade da preclusão das exceções, transcendente aos limites da lide intra-autos, atingindo os limites da *litiscontestatio* desde os fatos simples, daí a garantia de coincidência entre a eficácia e os efeitos do provimento jurisdicional de mérito” (VIEIRA, 1998, p. 96).

Ainda em relação ao art. 273 CPC, Vieira afirma que em razão do vínculo processual ser bilateral, ou se exige a verossimilhança ou a prova inequívoca de uma parte. Se o autor apresenta o fato constitutivo do seu direito e o réu não apresenta fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito alegado, houve a inequívocidade da prova. Logo, a probabilidade (verossimilhança) não foi refutável pelo réu. “A bilateralidade do processo, pondo em contato pretensão e resistência, permite, entretanto, a medida da efetividade *a priori*: probabilidade irrefutável” (VIEIRA, 1998,

p. 96). Com a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, “põe em confronto a prova do deduzido (*dedotto*) e a preclusão do dedutível (*deducibile*), preclusão provisória” (1998, p. 96).

Sobre os elementos de verossimilhança e inequívocidade Leal ressalta que:

“Sendo os elementos de *verossimilhança e inequívocidade* aspectos colhíveis da estrutura procedimental processualizada, a sua conceituação demarca-se pelo *devido processo*, não se podendo imaginar antecipação de **tutela** que ocorra em critérios sentenciais antagônicos aos princípios de legalidade ou inexaurientes da **efetividade** do processo. Aliás – diga-se logo – a **efetividade** do processo é fenômeno (transparência lógica) da legalidade prévia, porque, como veremos, a **tutela** tem fonte na lei preexistente e não na atividade jurisdicional. Portanto, o **Processo** só cumpre o atributo da efetividade se a jurisdição atuar segundo o princípio da **reserva legal**, não sendo cogitável, nas democracias plenas, a interdependência processo-jurisdição, mas **direito-processo**, como bem acentua o prof. José Marcos Rodrigues Vieira ao “entender por efetividade a aptidão do processo ao desiderato de melhor servir ao direito material” (e diríamos: a aptidão de expressar o direito-garantia constitucional do *devido processo*). Assim, seriam envelhecidas até mesmo as afirmações chiovendianas de que o **processo** é, hoje, a própria lei atuando, pelos seus critérios, a Jurisdição, a Legiferação e Administração Pública. Não é o **processo** instrumento da jurisdição à margem da lei ou apesar da lei” (LEAL, 2009, p. 152).

Conclui-se que a proposição de uma Teoria Geral da Efetividade do Processo não seria a solução para que o exercício e o reconhecimento dos direitos fundamentais ocorressem de forma efetiva pelo processo, justamente porque a efetividade do meio técnico (instrumentalidade técnica do processo) deverá ser sempre analisada caso a caso

e não tratada de forma geral. Em um caso a efetividade do processo se concretizaria com a tutela antecipada, em outro com uma medida cautelar, ou ainda com a sumarização ou dilação procedimental. Se houver uma Teoria Geral da Efetividade do Processo, a efetividade continuará fetichizada, já que é difícil definir um parâmetro harmonizador para uma teoria da efetividade, já que esta dependerá sempre do caso concreto em análise.

No Estado Democrático de Direito, a efetividade do processo está intimamente ligada com o respeito aos direitos por meio de garantias fundamentais e não pelos juízos de valor do juiz (LEAL, 2002). Por isso, a efetividade “não se anuncia pela boa ou má qualidade dos serviços jurisdicionais, mas pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais na construção dos procedimentos” (LEAL, 1999, p. 231). Logo, o processo somente será efetivo, a partir do momento que a jurisdição passar a reconhecer direitos já previstos no ordenamento jurídico ao invés de criá-los (jurisdição como instrumento do processo) até porque, não é o Estado-juiz que propicia a fruição dos direitos fundamentais, mas a Constituição, previamente. “O processo, na visão hodierna é que é, em si, jurisdicional, porque contém e assegura princípios e direitos dos quais a jurisdição não pode apartar-se ou dissuadir” (LEAL, 1999, p. 230).

Apesar de efetividade e garantia dos direitos fundamentais estarem condicionados através do processo, que é um espaço argumentativo de construção do provimento final constituído pelos princípios do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação da decisão, o que reclama efetividade, segundo Tavares (2008) é o direito e não o processo. A efetividade do procedimento ocorre pelo processo (devido processo constitucional) e não no processo:

“A efetividade é um direito, e o procedimento (...) é que deve ser efetivo, através da busca por uma fruição de direitos em tempo adequado (e previsto em lei), e sem que, para isso, seja necessário o atropelamento de garantias constitucionais. É preciso compreender que a efetividade deve se dar pelo processo, e **não no processo**, pois é o processo que permite a implementação de todos os direitos fundamentais (a efetividade aí incluída)” (TAVARES, 2008, p. 152).

Efetivo, portanto, para Tavares (2008) seria o reconhecimento e a fruição do direito fundamental em tempo útil, por meio de um processo constitucionalmente democrático. A efetividade, portanto, não é a busca por uma justiça rápida, através da supressão de direitos e garantias constitucionais mas, está intimamente ligada às garantias dos direitos fundamentais, por meio de seu reconhecimento e fruição. Através do devido processo constitucional ocorre a efetivação (fruição/reconhecimento) do direito.

4. EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO:

Feita a reconstrução da efetividade do processo como sinônimo de celeridade para possível construção do seu conceito condizente com o Estado Democrático de Direito, importante agora estabelecer a ligação entre efetividade e razoável duração do processo. A primeira análise a se fazer é verificar se a efetividade do processo se equivale à norma do art. 5º, LXXVIII da C.R./1988. Para possível elucidação far-se-á necessário o estudo do seguinte caso concreto, amplamente divulgado e conhecido, que originou a Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

Em linhas gerais, Marco Antônio Heredia Viveiros, marido da vítima Maria da Penha Maia Fernandes, foi denunciado pelo Ministério Público no dia **28 de setembro de 1984**. O processo tramitou perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza. A ele eram imputados o crime de tentativa de homicídio qualificado e lesões corporais graves contra a esposa¹³. A pronúncia do acusado ocorreu em **31 de outubro de 1986**. Em **maio de 1991** o réu foi condenado pelo Júri. A defesa apelou da sentença, alegando nulidade do julgamento já que os quesitos não foram elaborados de forma correta. A apelação foi provida e o réu foi novamente submetido ao júri em **março de 1996** e condenado a 10 anos e 6 meses de prisão. Interpostos todos os recursos possíveis, somente **19 anos** após a prática dos fatos, o marido foi recolhido à prisão. Esse caso foi relatado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela denúncia da própria vítima, do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e do Comitê Latino-

¹³ Para detalhes dos fatos que antecederam a denúncia, conferir CUNHA;PINTO, 2008.

Americano de Defesa dos Direitos da Mulher em 1998 (CIDH, RELATÓRIO ANUAL 2000).

Segundo o Relatório nº. 54/01, caso 12.051, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “denuncia-se a tolerância do Estado (Brasil), por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas” (CIDH, Relatório Anual 2000). Alegam na denúncia oferecida perante a CIDH que

“o Poder Judiciário do Ceará e o Estado brasileiro **agiram de maneira ineficaz deixando de conduzir o processo judicial de maneira rápida e eficiente**, com isso criando alto risco de impunidade, uma vez que a punição neste caso prescreve depois de transcorridos 20 anos do fato, o que não demora a ocorrer. Sustentam que o Estado brasileiro devia ter tido por principal objetivo a reparação das violações sofridas por Maria da Penha, **assegurando-lhe um processo justo num prazo razoável**” (CIDH, Relatório Anual 2000) (grifos nossos).

Ademais, explicitam que a ineficiência para alcançar uma decisão definitiva, pode acarretar a prescrição dos fatos imputados ao réu.

“**os recursos internos não foram efetivos** para reparar as violações dos direitos humanos sofridos por Maria da Penha Maia Fernandes e, para agravar esse fato, **a demora da justiça brasileira em chegar a uma decisão definitiva**, poderia acarretar em 2002 a prescrição do delito pelo transcurso de 20 anos da sua perpetração, impedindo que o Estado exerça o *jus punendi* e que o acusado responda pelo crime cometido. Essa ineficácia do Estado também provoca a incapacidade da vítima de obter a reparação civil correspondente” (CIDH, Relatório Anual 2000) (grifos nossos).

Ao analisar o mérito da presente denúncia, a CIDH expôs que a norma do art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina que o trâmite do processo ocorra em um prazo razoável. Entretanto, a expressão “prazo razoável” não seria de fácil definição. Logo, seriam utilizadas as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos para elucidá-la. Ressalta-se que após 17 anos o processo iniciado perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza ainda não tinha uma sentença definitiva prolatada.

“A Corte Interamericana de Direitos Humanos disse que o **prazo razoável estabelecido no artigo 8(1) da Convenção não é um conceito de simples definição e referiu-se a decisões da Corte Européia de Direitos Humanos para precisá-lo.** Essas decisões estabelecem que devem ser avaliados os seguintes elementos para **determinar a razoabilidade do prazo em que se desenvolve o processo: a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais.**

Nesse sentido, na determinação de em que consiste a **expressão “num prazo razoável” deve-se levar em conta as particularidades de cada caso.** *In casu*, a Comissão levou em consideração tanto as alegações dos petionários como o silêncio do Estado. A Comissão conclui que desde a investigação policial em 1984, havia no processo elementos probatórios claros e determinantes para concluir o julgamento e que **a atividade processual foi às vezes retardada por longos adiamentos das decisões, pela aceitação de recursos extemporâneos e por demoras injustificadas.** Também considera que a vítima e petionária neste caso cumpriu as exigências quanto à atividade processual perante os tribunais brasileiros, que vem sendo impulsionada pelo Ministério Público e pelos tribunais atuantes, com os quais a vítima

acusadora sempre colaborou. Por esse motivo, **a Comissão considera que nem as características do fato e da condição pessoal dos implicados no processo, nem o grau de complexidade da causa, nem a atividade processual da interessada constituem elementos que sirvam de escusa para o retardamento injustificado da administração de justiça neste caso** (CIDH, Relatório Anual 2000)” (grifos nossos).

Visível, portanto, que o Brasil, país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos violou a norma que garante a razoável duração do processo e, conseqüentemente, não garantiu a efetividade do processo à Maria da Penha. Como esperado, a conclusão do presente relatório foi no sentido de que a República Federativa do Brasil suprimiu o direito às garantias processuais e à proteção judicial em relação à vítima, sendo responsável, portanto, “pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil” (CIDH, Relatório Anual 2000). Acrescentou ainda que a tolerância estatal é decorrente da “falta de efetividade da ação judicial no Brasil” (CIDH, Relatório Anual 2000). Logo, a CIDH recomendou ao Brasil:

“que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para **determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável**; também recomenda **a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas**, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres” (CIDH, Relatório Anual 2000) (grifos nossos).

As recomendações da CIDH para o Brasil tinham por finalidade fazer com que o Estado garantisse efetivamente e de forma rápida o processamento penal do acusado e investigasse os motivos e determinasse os responsáveis por essa demora injustificada.

Diante da ausência de resposta do Brasil, para elucidar as indagações feitas pela CIDH, esta tornou público o relatório 54/01. Em virtude da demora na conclusão do processo penal, Maria da Penha recebeu uma indenização, em Março de 2008, do Estado do Ceará, que assumiu a responsabilidade pela ineficácia da aplicação da lei penal e pela não garantia da razoável duração do processo. Esse caso também explicita a possibilidade de se responsabilizar o Estado pela demora na eficácia e efetividade do processo. Demonstra ainda que a efetividade do processo está ligada à garantia da razoável duração do processo, mas essa co-dependência só poderá ser mensurada diante de cada caso.

Insta salientar que diante de inúmeros processos demorados e da insatisfação frente ao serviço público prestado, a Constituição da República Federativa do Brasil, passou a prever expressamente a garantia da razoável duração do processo. Essa inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004. A “nova” norma prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Conforme se depreende do caso em análise, não haveria a necessidade de se adicionar um inciso ao artigo 5º da CR/88 para se “positivar” o que já estava positivado no ordenamento jurídico brasileiro, por previsão expressa da Convenção Americana de Direitos do Homem, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

“Artigo 8º - Garantias judiciais

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 outra natureza” (grifos nossos).

Verifica-se, portanto, que mesmo em um Estado Democrático de Direito a norma *per si* não basta, é necessário repensar conceitos já enraizados na doutrina em relação ao processo, além da reforma estrutural dos órgãos jurisdicionais.

“A eficiência da função jurisdicional, mediante um processo de razoável duração, sem dilações indevidas [...], significando direitos e garantias fundamentais do povo, jamais serão conseguidos pelo Estado sem realizações concretas e modificações estruturais em seus órgãos, não bastando a existência de normas em tal sentido, que apenas servem para aformosear ou embelezar o texto constitucional” (DIAS, 2005b, p. 239).

A razoável duração do processo é garantia constitucional que integra o devido processo constitucional. Logo, não há de se falar em um processo célere se para isso, as demais garantias processuais forem suprimidas ou restringidas. A efetividade do processo depende do respeito às garantias processuais para o reconhecimento e a fruição do direito alegado. Portanto, a razoável duração do processo é mais uma garantia processual que integra o devido processo constitucional e que possibilita afirmar que o processo foi efetivo em um Estado Democrático de Direito. Para que essa garantia seja cumprida o Estado deve evitar as dilações indevidas do processo, quais sejam:

“Todas as situações pura e simples de inércia absoluta dos órgãos jurisdicionais, ineficientes em impulsionar os atos do processo nas suas diferentes fase, **além dos atrasos e delongas causados aos processo pelos próprios órgãos jurisdicionais, não cumprindo os prazos prescritos nos códigos processuais, gerando os injustificáveis prolongamentos das chamadas etapas mortas do processo**, que separam a realização de uma ato processual do outro imediatamente seguinte, sem subordinação a um lapso de tempo prévia e legalmente fixado” (DIAS, 2005a, p.55).

Fernando Horta Tavares (2009) ao analisar o novo inciso LXXVIII do art. 5º da C.R./88 defende que a razoável duração do processo significa a delimitação de marcos de início e fim da prática de atos e que essa expressão se refere ao procedimento.

Acrescenta Tavares (2009) que primeiramente deve-se distinguir o tempo do processo_ necessário para a reflexão discursiva do direito e das provas por meio dos princípios autocríticos_ do tempo do procedimento. Isso porque, o tempo não é o inimigo do processo e nem o responsável pela demora do mesmo, portanto, as “novas técnicas processuais” não serão a solução para essa lentidão processual.

Apesar dos instrumentalistas defenderem que o tempo é “fator de corrosão de direitos”, esse argumento não se sustenta, visto que o tempo apenas flui e, a demora só pode ser ocasionada por uma pessoa. Logo, sendo o processo um “direito-garantia” com previsão constitucional, ele não pode ter uma duração definida ou razoável, logo, a razoável duração é adjetivo que se refere à “tramitação dos procedimentos”. Já que o processo é instituído pelos princípios autocríticos, não há a possibilidade de restrição de sua duração temporal, sob o risco de restrição ou supressão do contraditório, ampla defesa e isonomia (TAVARES, 2009).

O que ocorre é a delimitação de prazos para a prática de atos pelas partes sob pena de se aplicar o instituto da preclusão¹⁴. Entretanto, o autor (TAVARES, 2009) ressalta que o Estado-juiz está excluído dessa norma, o que significa uma afronta ao princípio da isonomia e, uma das causas da lentidão na tramitação dos processos.

“A almejada celeridade de tramitação em tempo adequado passa, simplesmente, pelo aspecto da estrita legalidade dos próprios Códigos de Processo, isto é, a Administração Judiciária deve, como as demais pessoas a ela equiparadas pelo Princípio da isonomia, cumprir e praticar os atos processuais segundo a moldura definida pela norma procedimental, expungindo-se do ordenamento jurídico brasileiro, por incompatíveis com os princípios constitucionais do Processo, os prazos diferenciados para a Fazenda Pública e os mal denominados “prazos

¹⁴ José Marcos define o processo por meio de uma co-relação com o instituto da preclusão. “O processo é uma estrutura progressiva de preclusões”. (VIEIRA, 1998, p.91).

impróprios” para o juiz e seus auxiliares” (TAVARES, 2009, p. 275).

Sinteticamente a expressão “razoável duração” é a observância dos marcos (início e fim) na prática de atos, na tramitação dos procedimentos, sob pena de preclusão. Ao passo que “celeridade de sua tramitação” significa a observância irrestrita aos princípios autocríticos, por todos, inclusive pelo Estado-juiz (TAVARES, 2006). Esse inciso não se traduz, portanto, na busca de uma justiça rápida (eficiência) pelos juízes, através do processo e nem significa a efetividade do processo (LEAL, 2009).

“Com efeito, a “razoável duração do processo” é uma expressão que estigmatiza o “processo” (arcaísmo instrumentalista) como **meio** de os juízes fazerem **justiça rápida**, podendo imprimir uma esperada e prestante velocidade (celeridade) pela via de uma “razoabilidade” de senso-comum e satisfazerem os fundamentos de uma **sociedade civil** pressuposta. Está-se vendo que “processo” nessa obsoleta concepção assume sentido vitalista: tempo de nascer, viver e morrer. Ora, o **processo**, como instituição constitucionalizante e constitucionalizada e fundadora do *status* democrático não-paideico, não se desenvolve por relações métrico-temporais e espaciais (duração fatal), uma vez que, em sendo paradigma lingüístico-discursivo por princípios autocríticos (*teoria neo-institucionalista*), é interpretante (...) aberto a um *dever di-alógico* (crítico) procedimental dos conteúdos de legalidade que possam ameaçá-lo ou lesá-lo. Portanto, mensurável é o **procedimento** que, em sendo a estrutura técnica regida ou regida-atuada pelo **processo**, comporta uma *ratio* interlocutória de durabilidade (...) que só é célere enquanto **efetivo**” (LEAL, 2009, p. 109 e 110).

No Estado Democrático de Direito, a celeridade (eficiência) só se justifica se existir o respeito às demais garantias que integram o devido processo constitucional.

Qualquer discurso que tenda a restringir direitos constitucionalmente garantidos, ou sumarizar a cognição, em nome da celeridade, é arbitrário e antidemocrático (DIAS, 2005a, p. 45-48).

A efetividade do processo é, em linhas gerais, o respeito ao devido processo constitucional, incluída a garantia da razoável duração. Entretanto, no processo penal em que há duas vidas sopesadas, quais sejam, do acusado e da vítima, a razoável duração do processo ganha dimensões maiores e para compreender essa dimensão, é imprescindível o estudo do direito comparado italiano. Na Constituição Italiana há a previsão da razoável duração do processo. Entretanto, não havia necessidade de positivizar esta norma na Constituição Italiana, já que desde a instituição da Comunidade Européia em 1957, a Itália era signatária da Convenção, que garantia um processo em tempo razoável.

“A adesão da Itália à Comunidade Européia trouxe novos deveres ao país, entre eles o da prestação¹⁵ da tutela jurisdicional em tempo razoável, direito humano previsto na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Assim, diante de uma Justiça italiana lenta e morosa, os cidadãos italianos, apoiados na Convenção Européia, passaram a socorrer-se da possibilidade de recurso à Corte Européia como forma de salvaguardar seus direitos e exigir a finalização dos processos judiciais em tempo justo ou indenização pelos prejuízos materiais e morais advindos da exagerada duração do processo” (HOFFMAN, 2005, p. 1).

Inúmeros foram os processos perante a Corte Européia, decorrentes da morosidade dos processos perante a jurisdição Italiana, que se fundamentavam no art.

¹⁵ Sabe-se que a expressão “prestação jurisdicional” não condiz com o Estado Democrático de Direito, nem com a compreensão de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, defendido pela autora durante todo trabalho. Ao contrário, esta expressão está intimamente ligada à idéia de processo como relação jurídica entre o juiz e a parte, estruturada a partir da jurisdição. Ressalta-se que a autora é contrária a esta expressão, uma vez que o juiz não diz o direito no caso concreto, ele apenas fundamenta sua decisão a partir da argumentação construída pelas partes através do contraditório durante todo o processo.

6º, §1º da Convenção. A Itália encontrava-se em um contexto de não conseguir decidir nenhum processo em tempo adequado o que ocasionou a sobrecarga da própria Corte Européia.

“Diante desse quadro, a Itália viu-se obrigada a, inicialmente, introduzir o justo processo em sua Constituição e, às pressas, aprovar uma lei que prevê a possibilidade de os cidadãos italianos requererem indenização perante as próprias cortes Italianas, porquanto a Convenção Européia somente admite recursos à Corte Européia quando esgotada a jurisdição no país-membro ou na hipótese de inexistência de lei que preveja a possibilidade de o jurisdicionado exigir determinando direito perante seu próprio país de origem” (HOFFMAN, 2005, p. 1).

Logo, na década de 90, introduziu-se a nova redação do art. 111 da Constituição da Itália que previa a razoável duração do processo. “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura ragionevole durata”¹⁶.

Esse art. 111 prevê que a lei regulará o devido processo e assegurará sua razoável duração, retirando o poder exclusivo do juiz para definir o devido processo e a razoável duração, já que este ficará adstrito à lei, ao ordenamento italiano.

Interessante que a CIDH no relatório nº. 54/2001 para definir o que seria a razoável duração do processo faz referência às decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, que levam em conta três elementos para precisar a “razoabilidade do prazo em que se desenvolve o processo: a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais” (CIDH, Relatório Anual 2000), todas avaliadas no caso concreto. Isso demonstra que a CIDH utiliza o direito comparado para elucidar algumas questões obscuras, como a definição da razoável duração.

¹⁶ Artigo 111. A jurisdição atua mediante o devido processo regulado pela lei. Todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de juiz terceiro e imparcial. A lei lhe assegura razoável duração (tradução livre).

Mesmo com a positivação constitucional da norma que garante a razoabilidade do prazo para a solução dos processos italianos, a Itália continua a ser condenada a indenizar seus cidadãos pela violação a essa norma, nos casos levados a Corte Européia de Direitos Humanos, conforme a seguinte sentença proferida pela 12ª Seção em 31 de Março de 2009.

“SIMALDONE C. ITALIA) DIRITTO AD UN EQUO PROCESSO - LEGGE PINTO - VALUTAZIONE DELL'EFFETTIVITA' DEL RIMEDIO

La Corte, nel condannare l'Italia per l'eccessiva lentezza nel riconoscere al ricorrente l'equa riparazione sulla base della legge Pinto (12 mesi), ha valutato al momento non “strutturalmente inefficace” il rimedio previsto dalla suddetta legge¹⁷”(STRASBURGO, 2009).

No processo penal, a utilização desses três elementos que definem a razoável duração deve ser sopesada sob o ponto de vista, principalmente, do acusado e da vítima, já que há duas vidas que devem ser protegidas por meio do devido processo. Segundo Kostoris (2005), doutrinador italiano, a razoável duração do processo penal deve ser entendida, pelo menos em três perspectivas: a do acusado, a da vítima e a do Estado.

“Do ponto de vista do acusado a razoável duração do processo implica um sofrimento individual por um prolongamento excessivo de uma situação de incerteza sobre o seu destino; e este é o aspecto que será levado em conta pela Convenção Européia de Direitos do Homem. Do ponto de vista da vítima a não razoável duração determina uma expectativa frustrada de justiça, que se torna negação de justiça quando ocorre a prescrição do delito. Finalmente, a partir da perspectiva do

¹⁷ SILMADONE VERSUS ITALIA – DIREITO A UM PROCESSO JUSTO – LEI PINTO – VALORAÇÃO DA EFETIVIDADE DO REMÉDIO

A Corte, na condenação da Itália pela excessiva lentidão no reconhecimento à recorrente da devida reparação com base na lei Pinto (12 meses), avaliou por ora não "estruturalmente ineficaz" o remédio previsto na referida lei (tradução livre).

Estado, a excessiva duração do processo implica um desperdício de recursos, de pessoas que poderiam ser utilizados em outros processos” (KOSTORIS, 2005, p.3). (tradução livre)¹⁸.

Kostoris (2005, p.4) afirma que a razoável duração do processo é uma garantia individual, a partir da interpretação lógico-sistemática das normas do art. 6º§1º e do art. 5º §3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem. No processo penal, deve-se garantir que o julgamento ocorra em um prazo razoável ou que a pessoa aguarde esse julgamento em liberdade.

“Article 6 . Right to a fair trial

1 In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law¹⁹.

Article 5 . Right to liberty and security

3 Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial”²⁰.

¹⁸ Dal punto di vista dell'accusato essa implica una sofferenza individuale per l'eccessivo protrarsi di una situazione di incertezza sulla sua sorte; e questo è l'aspetto che vedremo essere specificamente preso in considerazione dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Dal punto di vista della vittima, l'irragionevole durata determina un'aspettativa di giustizia frustrata, che diventa addirittura denegata quando interviene la prescrizione del reato. Infine, dal punto di vista dello Stato, l'eccessiva durata del processo implica uno spreco di risorse, di uomini, di mezzi che potrebbero essere utilmente impiegati in altri processi.

¹⁹ Art. 6º Direito a um processo justo – 1 Na determinação de direitos e obrigações cíveis ou em qualquer denúncia criminal, a qualquer pessoa será garantido um processo justo e público com um tempo razoável perante um Tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (tradução livre).

²⁰ Art. 5º Direito à liberdade e à segurança - 3 Qualquer pessoa presa ou detida em conformidade com o disposto no parágrafo 1.c deste artigo deve ser apresentada imediatamente perante um juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer funções judiciais e deve ser designada a um julgamento dentro de um prazo razoável, ou a aguardar o julgamento em liberdade. A soltura/liberdade pode estar condicionada pelas garantias de aparecer para o julgamento (tradução livre).

Se ocorrer uma dilação indevida do processo, determinada através do caso específico e do comportamento determinante dessa demora deve-se assegurar ao interessado uma justa indenização, por isso Kostoris (2005) afirma que a razoável duração do processo é uma garantia. Uma vez violada, o Estado se responsabiliza pela indenização do interessado.

É importante ressaltar que a Convenção não leva muito em consideração o sofrimento da vítima pela demora processual, uma vez que as normas se voltam a garantir o direito do acusado. Preocupada em garantir o direito individual do acusado, a Convenção se esquece do interesse criminal da vítima²¹ de ver o acusado processado e julgado em tempo útil. Parece que à vítima só interessa a indenização cível. A definição da razoabilidade do tempo do processo ocorre através da presença de apenas uma das partes (KOSTORIS, 2005, p. 5).

Ao passo que ao acusado a garantia da razoável duração é definida em parâmetros consolidados na jurisprudência da Corte Européia. Entretanto, a partir de 2001, com a Lei Pinto a definição da justa indenização deixou de ser competência da Corte Européia para ser da competência da Corte de Apelação Italiana. Os critérios utilizados para determinar a razoabilidade do prazo e o cabimento de indenização são três, conforme exposto anteriormente: complexidade do caso, comportamento do imputado e a conduta da autoridade (KOSTORIS, 2005, p. 5).

Em relação à complexidade do caso este é delimitado pelos diversos parâmetros utilizados pela jurisprudência de Strasburgo, quais sejam:

“o número (quantidade) e a tipologia da imputação, a natureza da acusação, a complexidade das investigações e das avaliações ante ao fato e ao direito, e as instâncias dos tribunais. Prevalece uma consideração global quanto a este elemento, qual seja, que a ênfase recai mais no comportamento da autoridade, do que no comportamento do acusado”²² (KOSTORIS, 2005, p. 5) (tradução livre).

²¹ Entretanto, na declaração de direitos das vítimas de crime e abuso de poder da ONU, pode-se inferir esta garantia à vítima. Conferir (BARROS, 2008).

²² il numero e la tipologia delle imputazioni, la natura dell'accusa, la complessità degli accertamenti e delle valutazioni de effettuare non solo in fatto ma anche in diritto (mentre, alla luce di una mentalità di civil law come la nostra, più incline a ragionare in termini di dogmatica giuridica, i gradi di giudizio. Di

Conforme a jurisprudência de Strasburgo o Estado é responsável pelo comportamento de seus servidores públicos e pelo bom funcionamento do aparato jurisdicional e deve organizá-lo de forma a se obter um resultado favorável em relação à duração do processo. Deve ainda, em relação aos processos criminais, estabelecer critérios de prioridade e de preferência para julgar determinados casos considerados urgentes, por exemplo, quando o acusado estiver privado de sua liberdade. É importante ressaltar que o acusado necessita de um tempo adequado para preparar a sua defesa, o que não significa prolongamento excessivo da duração do processo. Até porque caso o objetivo seja a dilação indevida, a responsabilidade recai sobre a autoridade que concedeu e aceitou esse prazo. A tutela ao acusado é tão visível que ele tem direito à justa reparação ainda que o fato esteja prescrito pelo decurso do tempo, o que significa um resultado favorável a ele. Essa reparação se fundamenta nos prejuízos sofridos pelo acusado (KOSTORIS, 2005, p. 5 e 6).

Kostoris (2005) alerta que essa proteção em relação ao acusado, prevista na jurisprudência de Straburgo, tende a ser restringida e até suprimida, após a reforma legislativa em 2001, na Itália, com a Lei Pinto, que transferiu a competência da Corte Européia para os Tribunais Italianos. As orientações dos Tribunais Italianos são no sentido de restringir ao máximo a possibilidade de reparação pela demora processual, já que essa somente se justifica mediante um dano efetivo. Não se pode presumir o dano, em relação ao sofrimento pela dilação processual, é necessário prová-lo. O que se verifica na prática é a violação do art. 6º§1º da Convenção e o desvirtuamento de sua finalidade.

A Constituição Italiana positivou a norma da razoável duração em seu art. 111, entretanto, é necessária uma re-estruturação da organização judiciária e da mudança de comportamento dos funcionários públicos, responsáveis por grande parte da demora na prática dos atos e, no trâmite do processo. Se o problema fosse a falta de positivação de norma na Constituição, a solução já existiria. No entanto, o problema é estrutural.

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro também buscou positivar a garantia da razoável duração do processo no inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição

solito prevale una considerazione globale di questi elementi, in cui però tendenzialmente l'accento cade sul comportamento dell'autorità, più che sul comportamento dell'acussato (KOSTORIS, 2005, p. 5).

Brasileira. No entanto, não basta o texto legal, é imprescindível uma reforma estrutural na organização judiciária, de modo que o julgador seja responsabilizado pela sua inércia, ou seja, pelo não cumprimento dos prazos já estabelecidos nas legislações processuais brasileiras, evitando-se, dessa forma, as etapas mortas do processo. É dever dos órgãos jurisdicionais impulsionar os atos processuais nas suas diferentes fases, bem como cumprir todos os prazos prescritos nos códigos de processo (DIAS, 2005a). Ressalta-se que, se as partes quedarem-se inertes no processo e inobservarem os prazos, elas não mais poderão realizar o ato processual, visto que operou a preclusão. Contudo, por não haver a previsão de uma sanção efetiva aos julgadores pelo não cumprimento dos prazos, estes continuamente e compulsivamente descumprem os prazos processuais, acarretando uma demora injustificada ao processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A efetividade do processo, tema relevante e recorrente em qualquer reforma processual, deve ser compreendida através de um processo garantidor de direitos fundamentais. A efetividade, portanto, está condicionada à presença das garantias processuais que constituem o devido processo constitucional, quais sejam: o contraditório, a ampla argumentação, o terceiro imparcial, a fundamentação das decisões e a razoável duração do processo.

A efetividade não é simplesmente palavra sinônima de justiça rápida ou de celeridade, já que o processo não será efetivo se houver supressão de garantias processuais.

Conclui-se que o direito somente será efetivo se reconhecido e fruído após um devido processo constitucional. Logo, o processo somente será efetivo se propiciou a fruição desse direito, com respeito às garantias previstas na Constituição. Portanto, corretas as expressões efetividade do processo e efetividade do direito.

As reformas processuais e constitucionais são justificadas em nosso país pela necessidade de se garantir a efetividade do processo e do direito, através de um processo sem dilações indevidas. Entretanto, as normas não bastam por si mesmas, é imprescindível que ocorra uma reestruturação na organização judiciária brasileira, para se garantir uma razoável duração do processo.

O direito comparado nos proporcionou verificar a harmonização do direito italiano e do direito brasileiro, quanto ao tema do presente artigo. As semelhanças são muitas. Com o intuito de solucionar a demora na prestação jurisdicional, os ordenamentos introduziram na Constituição a garantia da razoável duração. Inserção essa, não necessária, já que a Itália era signatária da Convenção Européia de Direitos do Homem e o Brasil era signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que já previam um processo em tempo útil. Ambos os países prevêem a responsabilização do Estado pela ineficiência da prestação jurisdicional e o pagamento de uma indenização. Brasil e Itália, mesmo após as reformas processuais, continuam não garantindo um processo com duração razoável. Logo, o problema não se resume à falta de leis e, sim à estrutura judiciária.

Conclui-se, portanto, que a efetividade do processo não se equivale à razoável duração. A razoável duração do processo, antes de ser base para a sumarização indiscriminada dos procedimentos, é uma garantia processual, assim como o contraditório, a ampla defesa, o terceiro imparcial e a fundamentação das decisões. Desta forma, ela será observada desde que se garanta o devido processo. Isso posto, somente diante do caso concreto é que poderá verificar se o processo foi efetivo, respeitado o devido processo legal, e, conseqüentemente, a garantia da duração razoável. Ademais, a efetividade do processo e a razoável duração do processo são conceitos distintos, mas co-dependentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano : corso di lezioni**. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ASSIS, Zamira. A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord). *Urgências de tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no estado democrático do direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma Teoria Geral do Processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. In:

Marcelo Campos Galuppo. (Org.). *O Brasil que queremos- Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Puc-Minas, 2006, v. 1, p. 227-238.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A Participação da Vítima no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 331-345.

BRASIL. Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Coordenador: Ministro Hamilton Carvalhido. Relator: Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira. Em tramitação no Senado Federal. 2009a.

BRASIL. *VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO*. Organizador: Anne Joyce Angher. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. 8. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2009b. (Legislação brasileira).

CALMON DE PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre , v.1, n.1 , p.30-35, set./out.1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre , v.3, n.15 , p.5-15, jan/fev 2002.

CHEDIAK, Karla. O problema da falácia naturalista para o projeto de uma ética evolucionista. In: *KRITERION: revista de filosofia*. Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, nº. 113, Jun/2006, p. 147-157.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Anual 2000 – Relatório Nº. 54/01*. Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes *versus* Brasil. Presidente: Claudio Grossman. Washington, D.C., 04 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> . Acesso em 25 de Junho de 2009.

CORDEIRO LEAL, André. *Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2005. 133f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às Reformas Processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, v. 78, p. 687-697, 2002.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B.. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006). Comentada artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Chouck. Rio de Janeiro:Lumen Júris, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Reforma do Judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 11, p. 45-58, 2005a.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 2005b.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual – De acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. -. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. II, 2003.

HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179> . Acesso em 05 de julho 2009.

KOSTORIS, Roberto E. La ragionevole durata del processo nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nell'art. 111 Cost. p. 3-12 In: KOSTORIS, Roberto E.. *LA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO Garanzie ed efficienza della giustizia penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.2, n.3 e 4 , p.229-235, 1º e 2º sem. 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro, p. 253-270. In: DIAS, Ronaldo Brêtas; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: *Temas de Direito Processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.2, n. 11, p. 5-14, maio/jun., 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecedentes da reforma processual e sistemática geral do novo código de processo civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiros, v.7, n. 31, p. 7-38, jul., 1973.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p.112-117.

STRASBURGO, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Diritto ad un equo processo – Legge Pinto – Valutazione dell'Effettività del rimedio. Sentenza N. 0. SIMALDONE *versus* ITALIE. Presidente: Françoise Tulkens. Strasburgo, 31 mars 2009. Disponível em:<http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaComunitaria/CorteEuropea/CorteEuropea.asp#> . Acesso em 05 de Julho de 2009.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

TAVARES, Fernando Horta et al. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao estado de direito democrático. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.11, n.21 , p.145-162, jan. 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.6, n. 36, p. 61-77, jul/ago, 2005.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte , v.1, n.1 , p.90-107, 1ºsem. 1998.

AS AÇÕES COLETIVAS: COMPARAÇÃO E ANÁLISE DO “COMMON LAW E DO “CIVIL LAW”

CLASS ACTIONS : COMPARISON AND ANALYSIS OF COMMON LAW AND CIVIL LAW

*Diego M. Gandolfo de la Fuente*¹.

Advogado atuante na Argentina desde 1993 e nos Estados Unidos desde 1998. Sócio do escritório Shook, Hardy & Bacon (Kansas City) e atua em casos de responsabilidade por produtos na América Latina e nos Estados Unidos.

*Fernando Dantas M. Neustein*²

Advogado atuante no Brasil desde 1998. Mestre em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Sócio do escritório Mattos Muriel Kestener Advogados (São Paulo).

Resumo: Este artigo pretende apontar e comparar os principais aspectos das ações coletivas nos sistemas “Civil Law” e “Common Law”, evidenciando suas semelhanças e diferenças. Primeiramente serão abordados elementos básicos das ações coletivas norte-americanas: conceitos, legislação aplicável e alterações legislativas relevantes. A seguir serão apontadas as especificidades do sistema brasileiro de ações coletivas, comparando-o ao norte-americano. Por fim, será realizada uma análise crítica desses sistemas, sob o enfoque da efetivação do acesso à justiça e da economia processual.

¹ Agradece a ajuda prestada pela advogada Silvia Kim na busca e análise de material para este artigo.

² Agradece a ajuda prestada pelo acadêmico de direito Gabriel de Oliveira na tradução do artigo.

Abstract: The Article intends to present the class actions in Common-Law and Civil Law systems from a comparative point-of-view, pointing out their differences and similarities. Firstly, some basic elements of the north-American class actions will be shown, such as concepts, applicable law and relevant law reforms. Then, some important aspects of the Brazilian class actions will be discussed and compared to the north-American system. In conclusion, a critical analysis of both systems will take place, focused on the right of access to the Justice and the so-called judicial economy.

Palavras -Chave: Ações Coletivas – Comparação – “Common Law” – “Civil Law”.

Keywords: Class Actions – Comparison – Common Law – Civil Law.

1.Introdução:

Este trabalho pretende analisar e comparar brevemente as ações coletivas do direito anglo-saxão (“Common Law”) e da “Civil Law”, para identificar diferenças, similitudes e pontos de convergência, especialmente no Brasil. Faremos breve exposição de conceitos básicos sobre as ações coletivas de ambos os sistemas; uma comparação entre os sistemas; e comentaremos alguns casos concretos. Também serão analisados elementos fundamentais para que as ações coletivas cumpram sua função de tornar mais ágil o acesso à justiça, preservando direitos fundamentais.

Dentre os muitos países de tradição civilista que possuem ações coletivas similares³, toma-se o Brasil como exemplo, porque aqui as ações coletivas existem há décadas, havendo razoável experiência prática com suas normas e também porque atualmente existem intensas discussões sobre modificação da disciplina legal desses instrumentos⁴.

³ Brasil, Chile Colômbia, Espanha, Portugal, entre outros.

⁴ Pellegrini Grinover, A., e outros *Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a América Latina*. Instituto Iberoamericano de Directo Processual, Agosto de 2004.

2.As Ações Coletivas: cultura e razão de ser:

Tanto em Hollywood como no mundo dos “best sellers”⁵, as ações coletivas aparecem na vida cultural e social com frequência. As ações de classe norte-americanas (“class actions”) são parte da vida jurídica diária daquele país. Exemplos de casos envolvendo acidentes ambientais, catástrofes aeronáuticas e demandas contra instituições financeiras são tratados na mídia muitas vezes de forma sensacionalista, o que também ocorre em países de tradição civilista como Brasil, Colômbia e Chile.

É consenso, tanto nos Estados Unidos como em países de “Civil Law”, que as ações coletivas facilitam o acesso à justiça. Isto é certo, já que, havendo diversas demandas de conteúdo econômico relativamente baixo, individualmente elas não merecem o esforço do comparecimento em juízo⁶. As ações coletivas também permitem eliminar demandas repetitivas, em homenagem à economia processual. Finalmente, elas favorecem a segurança jurídica porque tendem a uniformizar a jurisprudência.

3.Estados Unidos:

i. Conceitos básicos:

As ações de classe surgiram como conceito no século XIX⁷ mas somente em 1966⁸ a Regra Federal de Procedimento 23 (“FRCP 23”)⁹ deu vida ao procedimento que

⁵ Grisham, J. *The Rainmaker*. (1a Ed.) Nova York, Doubleday, 1995; Harr, J. *A Civil Action*. (1a. Ed.) Nova York, First Vintage Books, Setembro, 1996; Grisham, J. *The King of Torts*. (1a. Ed.) Nova York, Doubleday, Março, 2003.

⁶ *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997)(citando *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 388, 344 (7th Cir. 1997); *In re West Virginia Rezulin Litigation*, 214 W. Va. 52, 585 S.E.2d 52, 62, Prod. Liab. Rep. (CCH) P 16682 (2003) (“A ação de classe é um mecanismo processual que tem a intenção de promover a economia judicial mediante o ajuizamento conjunto de demandas que se prestam a tratamento coletivo. Não foi concebido para alterar os ônus processuais das partes, o direito ao júri, ou os pré-requisitos substantivos para se requerer indenização por ato ilícito.”)

⁷ *West v. Randall*, 29 F. Cas. 718, 722, No. 17424 (C.C.D. R.I. 1820); *Christopher v. Brusselback*, 302 U.S. 500, 505, 58 S. Ct. 350, 82 L. Ed 388 (1938); *Wabash R. Co. v. Adelbert College of Western Reserve University*, 208 U.S. 38, 58-59, 28 S. Ct. 182, 52 L. Ed. 379 (1908).

⁸ Apesar de a versão original da Regra 23 seja datada de 1937, o formalismo de seu texto impediu o avanço do uso das ações de classe. Mc. Laughlin J. M., *McLaughlin Sobre Acciones de Clase, Practica y Ley*, (4ta Ed.) Thomson West- West Legal Works (Vol. I), 2007, (citando a Benjamín Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure* (I), 81 Harv. L. Rev. 356, 381 (1967)).

conhecemos hoje. Devido aos excessos no uso da norma por parte dos demandantes, houve alterações importantes em 1998¹⁰ e 2005¹¹.

Em oposição ao sistema “Civil Law”, no direito norte-americano não existe a noção abstrata de direitos supra-individuais, difusos, coletivos, etc. Há, ao contrário, o conceito de pessoas que, ligadas por determinada circunstância (a classe), demandam por danos próprios em um só procedimento. Isto se dá por meio do representante da classe.

A FRCP 23 estabelece os requisitos a serem cumpridos por um determinado grupo de pessoas para que sejam tratados como classe. Cumpridos esses requisitos, a demanda pode prosseguir como ação de classe. O procedimento mediante o qual se define e admite a classe é conhecido como “certificação”. Sem ele, o Poder Judiciário se encheria de ações de classe; as demandas seriam exageradamente custosas e os demandados seriam forçados a realizar acordos, ainda que sem fundamento, para evitar custos e a possível quebra da entidade demandada. Em termos gerais, os elementos para determinar se uma ação de classe pode seguir como tal são os seguintes¹²:

1. Classe definida: o grupo representado e os pedidos devem estar claramente estabelecidos.
2. Classe numerosa: o grupo deve ser tão numeroso que o litisconsórcio se torna impraticável.
3. Temas comuns: deve haver questões de fato e de direito comuns ao grupo.
4. Tipicidade: os pedidos e as defesas dos representantes do grupo devem ser típicas do resto dos membros.
5. Representação adequada: os representantes do grupo devem representar o demais membros de forma justa e adequada.
6. Predominância: as questões comuns ao grupo devem predominar sobre as questões individuais dos membros.

⁹ Fed. R. Civ. P. 23.

¹⁰ Fed. R. Civ. P. 23(f) (adotada pela Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos da América sob a autoridade outorgada pelo Congresso em 28 U.S.C.A. § 1292(e)) (1998).

¹¹ *Class Actions Fairness Act*, Pub. L. No. 109-2 (Feb. 18, 2005).

¹² Fed. R. Civ. P. 23(a)(b).

7. Superioridade: a ação de classe deve ser o procedimento mais adequado (justiça e eficiência) para resolver a disputa.
8. Maneabilidade: a ação de classe deve ser manejável pelo Judiciário.

Sentenciada a ação de classe, opera-se a coisa julgada para os demandados e para todos os membros da classe que não tenham optado por serem excluídos da demanda¹³.

ii. Críticas e modificações:

A FRCP 23 e especialmente as normas similares existentes em vários Estados da União norte-americana permitiram demandas temerárias e às vezes irresponsáveis, que levavam ao que se pode chamar de chantagem judicial, e em detrimento dos direitos dos membros da classe.

Um exemplo é a transação em um caso em que um grupo de consumidores (representante e escritório de advocacia), demandou a *General Mills* pelo uso de um aditivo supostamente perigoso em seus cereais *Cheerios*. Mesmo sem prova do dano, a *General Mills* transacionou pagando quase US\$ 2 milhões aos advogados (US\$ 2.000,00 por hora de trabalho) enquanto os membros da classe receberam cupons para adquirirem uma nova caixa de cereal¹⁴.

Outro exemplo notável é a transação aprovada por uma Corte do Texas em que a *Blockbuster* foi demandada por cobrar encargos por atrasos dos clientes que devolviam seus vídeos após expirado o prazo contratual. A *Blockbuster* aceitou pagar quase US\$ 10 milhões ao escritório de advocacia dos demandantes, enquanto os membros da classe

¹³ A sentença pode ser vinculante para um membro ausente da classe se certas proteções do devido processo legal forem observadas, incluindo adequada notificação à classe a respeito da existência da ação e o oferecimento de oportunidade a seus membros para participarem e serem ouvidos. A Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos decidiu que o anterior aplica-se igualmente a casos que envolvam demandas por danos materiais. *Phillips Petroleum Co., v. Shutts*, 472 U.S. 797, 811, 105 S. Ct. 2965, 86 L. Ed. 2d 628, 2 Fed. R. Serv. 3d 797 (1985). Em casos de obrigações de fazer, os membros da classe não têm a possibilidade de ser excluídos. *Amchem Proas, Inc. op. cit.*, nota 7.

¹⁴ Business Today, 1997.

- que sofreram o dano - receberam cupons para alugar vídeos e um cupom de US\$ 1,00 para comprar algo não comestível¹⁵.

Abusos como estes levaram a mudanças na lei. Uma delas foi a seção (f) da FRCP 23, adotada em 1998. Esta norma permite que os demandados apresentem recursos interlocutórios contra decisões que admitam o prosseguimento da demanda como ação de classe (“certification”). Esta norma reconhece que para um demandado, uma vez certificada a classe, o risco de perder quantias altíssimas é tão grande que muitas vezes ele se verá forçado a transacionar com os demandantes, ainda que a demanda careça de mérito.

Em 2005, o Congresso norte-americano adotou o *Class Action Fairness Act* (“CAFA”)¹⁶, facilitando a transferência à jurisdição federal de ações de classe propostas em tribunais estaduais e protegendo mais adequadamente os direitos do consumidor, especialmente no que diz respeito a acordos extrajudiciais. Em geral, a jurisdição federal é preferida pelos demandados, já que, entre outras razões, tribunais federais carecem de interesse local na resolução de disputas. No que diz respeito à “federalização” das ações de classe, a CAFA permite a transferência caso haja diversidade mínima de cidadania entre as partes do juízo¹⁷. Também permite que se transfira a ação de classe em qualquer momento processual, exige o número mínimo de cem membros da classe e que o montante total da demanda deva ser superior a US\$ 5 milhões¹⁸.

Quanto aos direitos do consumidor, a CAFA estabelece limites a transações nas quais os membros da classe não recebam os benefícios merecidos, mediante rígida revisão judicial de acordos propostos. A CAFA também priva incentivos econômicos aos

¹⁵ Forbes, Junho 2001.

¹⁶ Class Actions Fairness Act, Pub. L. No. 109-2 (Feb. 18, 2005).

¹⁷ Antes da CAFA, diversidade absoluta de cidadania entre os demandantes e demandados era necessária para poder transferir a ação a uma corte federal. Diversidade absoluta quer dizer que todos os demandantes e todos os demandados devem ser de estados diferentes. Segundo a CAFA, diversidade mínima é tudo o quanto se requer, isto é, é suficiente que qualquer demandado seja de cidadania estatal distinta da de qualquer dos membros da classe.

¹⁸ *Op. cit.*, ver nota 19.

representantes da classe e limita os honorários de advogados demandantes em casos que os membros da classe recebam cupons¹⁹.

4. Brasil:

i. Conceitos Básicos:

Entre 1930 e o final da década de 70, a cultura jurídica brasileira era predominante influenciada por concepções formais e liberais. O Direito era visto como uma forma de resolver disputas individuais. No final da década de 70, com o início o processo de redemocratização do país, novos paradigmas surgiram, entre eles a visão de alguns de que o ativismo judiciário seria ferramenta para solução dos problemas do país. Também houve crescente preocupação no sentido de expandir o acesso ao Judiciário àqueles que não tinham meios econômicos para demandar em juízo.

O primeiro passo nesse sentido foi a promulgação da Lei Federal 6.938 de 1981, com dispositivos sobre a Política Ambiental Nacional, lei essa que conferiu legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ações civis contra agentes poluidores sem, no entanto, criar um regime procedimental específico para a proteção de classes.

A lei da ação civil pública foi promulgada em 1985, sendo um divisor de águas na proteção contra danos coletivos no Brasil. Essa lei trouxe os direitos “metaindividuais”²⁰ para a proteção do Judiciário, aumentando o leque de interesses a serem protegidos judicialmente e estendendo a amplitude de entidades com legitimidade para propor estas ações²¹.

¹⁹ Carta de Direito dos Consumidores, CAFA, Pub. L. No. 109-2 (Feb. 18, 2005).

²⁰ Exposição de motivos da Lei: “Há outros interesses que não são individualizáveis porquanto eles correspondem a um grupo, a uma comunidade ou uma sociedade. Nestes casos, não é possível discernir claramente quem poderia defender esses direitos não-individuais em nome próprio.”

²¹ Exposição de motivos da Lei: “Ao estender a legitimidade a outras entidades, aqueles interesses serão defendidos com a eficiência requerida por sua importância. Não parece existir qualquer discrepância em relação a este requisito.”

Em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, resultado da iniciativa conjunta de legisladores e doutrinadores. As ações coletivas ganharam nova projeção e técnica sofisticada. Associações civis tornaram-se atores relevantes na defesa coletiva desses interesses. A Lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor formaram um bloco normativo que disciplina a proteção jurisdicional aos direitos “metaindividuais”. Segundo as referidas leis, a ação coletiva pode ser ajuizada visando reparar danos²²:

- (i) ambientais;
- (ii) ao consumidor;
- (iii) a bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, paisagístico e turístico;
- (iv) a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos;
- (v) à ordem econômica e à economia popular; e
- (vi) à ordem urbanística.

As entidades a seguir têm legitimidade para propor essas ações²³:

- (i) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- (ii) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- (iii) o Ministério Público;
- (iv) a Defensoria Pública;
- (v) a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; e inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção aos bens supra²⁴.

Na sistemática legal vigente, o Autor da ação coletiva é eximido de arcar com as custas judiciais, sucumbência e honorários periciais, exceto em casos de má-fé²⁵. O juiz pode inverter o ônus da prova se convencido da verossimilhança dos pedidos formulados pelo

²² Lei 7347/85, artigo 1º.

²³ Lei 7347/85, artigo 5º.

²⁴ O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz em caso de “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano ou pela relevância do bem a ser protegido.” (Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, IV)

²⁵ Lei 7347/85, artigo 17. Código de Defesa do Consumidor artigo 87.

Autor e/ou sua hipossuficiência no caso²⁶. Caso a demanda não seja proposta pelo Ministério Público, a entidade deverá atuar necessariamente como *custus legis*²⁷, emitindo pareceres sobre as questões debatidas entre as partes.

Há três tipos de direitos que podem ser protegidos pela ação civil pública: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em linhas gerais, direitos difusos são detidos por cidadãos indeterminados, como por exemplo, os atingidos por desastre ambiental. Direitos coletivos são aqueles indivisíveis que pertencem a um grupo, como os acionistas ou trabalhadores de uma determinada empresa. Os direitos individuais homogêneos são aqueles que derivam de origem comum, como aqueles causados por um acidente aéreo, por exemplo.

Não existe o procedimento de certificação de classe (“certification”) no Brasil. A lei pressupõe, no que toca ao Autor da ação, que ele representa adequadamente os interessados. Exceção é feita às associações civis, das quais se exige pré-existência de um ano e adequação a um dispositivo constitucional²⁸, cuja obrigatoriedade, no entanto, é controversa.

Nos casos que envolvem direitos individuais homogêneos - os mais similares às “class actions” norte-americanas - a classe é definida se e quando a ação for julgada procedente. A decisão deve ser genérica²⁹, cabendo aos favorecidos ingressar com liquidações individuais a fim de provar o nexo de causalidade e o dano específico. As liquidações podem ser propostas no foro onde for domiciliado o cidadão, sem coincidência necessária com o foro onde foi julgada a ação coletiva³⁰.

Os efeitos territoriais da decisão proferida na ação coletiva constituem tema controvertido no Brasil. A lei determina que a decisão opere *res judicata erga omnes*

²⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, VIII.

²⁷ Lei 7347/85, artigo 5º, §1º.

²⁸ Constituição Federal, artigo 5º, XXI: “as entidades associativas, **quando expressamente autorizadas**, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.” (ênfase acrescentada)

²⁹ Código de defesa do Consumidor, artigo 95.

³⁰ Código de defesa do Consumidor, artigo 98, §2º, I, e artigo 101, I.

“dentro dos limites da competência territorial do juiz”³¹. Esse dispositivo tem sido objeto de crítica doutrinária, que o considera contrário aos objetivos perseguidos pela ação coletiva, pois que permite o ajuizamento de demandas repetitivas. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a limitação territorial das decisões proferidas nessas ações³². O tema, por ora, resta definido.

A coisa julgada em ações que versam sobre direitos homogêneos opera *secundum eventum litis*. Isto é, precedente a demanda, a decisão beneficia todos os membros da classe³³. A improcedência da ação não impede a propositura de ação individual baseada nos mesmos fatos e direitos, tampouco afeta os idênticos casos individuais em curso³⁴. A mecânica da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras cria a seguinte situação:

- Se o autor individual requerer a suspensão do seu caso por 30 (trinta) dias, contados do conhecimento da ação civil pública: julgada procedente esta, o autor individual se beneficia da decisão; julgada improcedente, o autor individual pode retomar normalmente a sua ação.
- Se o autor individual não requerer a suspensão de sua ação individual após tomar conhecimento do ajuizamento da ação coletiva: julgada procedente ou improcedente esta, seus efeitos não se estenderão ao autor individual.

Indivíduos que não estejam demandando podem requerer a sua admissão como litisconsortes da ação coletiva em curso, submetendo-se ao risco do litígio: beneficiam-se caso a ação coletiva for julgada procedente, mas ficam proibidos de ingressar com ações individuais na hipótese de a ação coletiva ser julgada improcedente³⁵. Resultado prático: ninguém requer admissão como litisconsorte.

³¹ Lei nº 7347/85, artigo 16.

³² Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 411.529, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.3.2010.

³³ Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, III.

³⁴ Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, §3º.

³⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, §2º.

ii. A realidade:

Após atingir progresso significativo no tocante à expansão do acesso à Justiça, o Brasil tem experimentado um *boom* de litígios desde o advento da Constituição Federal de 88³⁶. O número de advogados aumenta a cada ano, permitindo maior acesso a aconselhamento jurídico pela população.

Apesar disso tudo, há uma percepção de que a estrutura do Poder Judiciário e as leis existentes são inadequadas para responder à crescente demanda por justiça no país. Em relação ao Poder Judiciário, existe um abismo entre o que a tecnologia oferece e aquilo que dela se efetivamente aproveita, além de problemas relacionados ao serviço público brasileiro, freqüentemente associado à falta de eficiência.

Dá a crescente busca por meios alternativos de solução de controvérsias. A arbitragem foi objeto de Lei Federal em 1996, com o manifesto propósito de “desobstruir o Judiciário da forma como tem sido feito em diversos países, especialmente na Europa e América do Sul”³⁷. A adoção de procedimentos de conciliação nos tribunais tem se vulgarizado, como forma de aliviar o alto índice de represamento de processos na segunda instância.

O excesso de trabalho nas cortes inferiores e superiores³⁸, juntamente com a inexistência de parâmetros objetivos que levem à segurança jurídica motivou a introdução, no direito brasileiro, de diversos mecanismos inspirados na “Common Law”. É o caso da súmula vinculante³⁹ e do requisito da repercussão geral para o

³⁶ Informações oficiais estão disponíveis no site <http://www.stf.gov.br/dndpj> revelam um crescimento significativo no número de ações ajuizadas no Brasil entre os anos de 1990 e 2003, perante a justiça comum e federal. Em nível de país, por exemplo, 3.617.074 ações foram ajuizadas em 1990, em comparação a 11.949.824 ajuizadas em 2003 – um aumento de mais de 300%. Entre 1990 e 2004, a população brasileira cresceu aproximadamente 25% (de 146 milhões para 180 milhões), segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - <http://www.ibge.gov.br>). A comparação proporcional entre o aumento no número de ações e da população no mesmo período demonstra que o acesso à justiça tem sido real e concreto.

³⁷ Exposição de motivos da Lei Federal nº 9307/96 (Lei de Arbitragem).

³⁸ Dados oficiais disponíveis no site <http://www.stf.gov.br/dndpj> indicam no sentido de um significativo e continuado déficit entre o número de ações ajuizadas e julgadas na última década e no começo da década atual: em 1993 e 2003 esse déficit chegou a quase 30%.

³⁹ Constituição Federal artigo 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre

recurso extraordinário⁴⁰, ferramentas que buscam dotar a administração da justiça de maior racionalidade e previsibilidade. Instrumentos similares, como as propostas visando banir a interposição de recursos⁴¹, estão sendo discutidas no Congresso Nacional para desobstruir a apertada agenda do STJ.

Em resumo, sob qualquer perspectiva que se enfrente o problema relativo à explosão de casos no Brasil, as soluções parecem passar pelo desestímulo à litigiosidade desmedida. Desperta-se a consciência de que o Judiciário não existe para resolver todo e qualquer tipo de problema, porque isso simplesmente o tornaria inoperante. Por isso, os desafios impostos às ações coletivas são relacionadas a como dotá-las de maior racionalidade e eficiência, e não em simplesmente encorajar o seu uso. Ao invés de fomentar a propositura de ações coletivas, seria melhor buscar formas de torná-las mais efetivas.

A experiência prática confirma essa observação. Dados sobre a efetividade das ações coletivas não são animadores. Pesquisa feita pelo Ministério da Justiça em 2007 sobre as ações coletivas concluiu que “o sistema jurídico em vigor, como interpretado pelos tribunais, provou ser ineficiente para processar racionalmente o volume expressivo das ações coletivas concorrentes (bem como as ações individuais) ajuizadas, sendo também incapaz de cumprir um dos principais objetivos das ações coletivas, qual seja, o de evitar o ajuizamento de milhões de ações individuais repetitivas.”

Apesar da demonstração, pela pesquisa, de que “porcentagem relevante das decisões em favor dos autores das ações coletivas estejam ocorrendo nas instâncias inferiores”, o oposto está ocorrendo perante os tribunais. O tribunal que logrou compilar dados a esse respeito, concluiu que o número de ações coletivas julgadas procedentes (total ou

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.”

⁴⁰ Constituição Federal artigo 102 § 3: “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.”

⁴¹ Proposta de Emenda Constitucional n°. 358/2005.

parcialmente) durante um período de 5 anos foi inferior ao número de julgamentos de improcedência⁴².

Considerando que o julgamento no tribunal é colegiado, o que teoricamente lhe torna menos suscetível a erro, os dados demonstram que, no cômputo geral, autores das ações coletivas têm menos razão do que o oposto, confirmando que a simples propositura dessas ações não deve ser um valor em si, mas sim o seu manejo responsável e fundado.

5. Uma comparação entre os sistemas:

Uma diferença fundamental entre os procedimentos norte-americano e brasileiro é a de que, no direito norte-americano, a ação coletiva pressupõe a existência de pessoas que tenham sofrido dano concreto; enquanto que no Brasil parte-se da noção de que há determinados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem protegidos.

As ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos são as que mais têm em comum com as “class actions” norte-americanas. No entanto, segundo o direito brasileiro, os pedidos se limitam à origem comum dos direitos, enquanto que nos Estados Unidos devem ser demonstrados os elementos da FRCP 23, com destaque para a predominância das questões comuns sobre as individuais – uma ferramenta útil para evitar a chamada “falsa ação coletiva” (aquela em que se pretende discutir coletivamente questões essencialmente individuais).

Outra diferença consiste no fato de que o direito norte-americano contempla o procedimento de admissibilidade prévio, chamado “certification”, que permite decidir, no início do processo, se o caso pode prosseguir como uma ação coletiva ou não. Este procedimento prévio é fundamental para proteger a sociedade de abusos.

Também o tema da coisa julgada é tratado de forma distinta. Nos Estados Unidos um dos objetivos das ações coletivas, que é dar fim a conflitos, atinge-se mediante a

⁴² Segundo os dados obtidos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 761 ações coletivas foram julgadas total ou parcialmente procedentes durante um período de 5 anos, enquanto 788 foram julgadas improcedentes ou extintas sem julgamento de mérito no mesmo período.

vinculação da classe e dos demandados à sentença⁴³. Já no Brasil a abordagem é mais abstrata e permissiva com os autores das ações, que podem demandar individualmente mesmo após o fracasso das ações coletivas (talvez justamente pela ausência de um procedimento prévio de “certificação” da classe). Também permite-se o início de ações individuais com pedidos iguais aos das ações coletivas. Neste sistema, podem-se distorcer as noções de uniformidade de decisões e de finalidade dos conflitos.

6. Conclusão:

Para proteger os consumidores e os interesses da sociedade, a ação coletiva pode ser uma ferramenta relevante, já que permitem acesso à justiça e tornam o trabalho do Poder Judiciário mais eficiente. Ao mesmo tempo, se a ação coletiva não for regulada cuidadosamente (isto é, não como um valor em si, senão como ferramenta útil para deduzir determinadas pretensões), o resultado pode contrariar a sua razão de ser, prejudicando a sociedade e os consumidores.

Elementos fundamentais a serem considerados em qualquer discussão sobre modificação das leis sobre ações coletivas no Brasil são (i) o processo de admissibilidade prévio no qual se defina a classe e se estabeleça se a ação pode prosseguir como uma ação coletiva ou não; e (ii) a coisa julgada para as partes, incluindo os membros do grupo.

A adoção de um mecanismo prévio de definição da classe protegeria o Judiciário e a sociedade do abuso no manejo das ações coletivas (seja no ajuizamento, seja na manutenção de várias ações já propostas que, em verdade, não veiculam pretensões transindividuais), permitindo ao Judiciário concentrar esforços intelectuais e materiais naquelas demandas que efetivamente têm natureza coletiva. A ferramenta também fortaleceria a própria proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, oferecendo-lhes a devida tutela no mérito, sem dispersão que hoje ocorre pela completa ausência de mecanismos de aferição sobre a natureza coletiva da ação.

⁴³ Se a ação coletiva é extinta com resolução de mérito, os indivíduos que não tiverem exercido o “opt out” ficam proibidos de demandar individualmente.

Regras mais rígidas sobre coisa julgada impediriam ações repetidas, aplacando o indesejado risco de decisões contraditórias entre demandas coletivas e individuais. Essa disciplina mais rigorosa é consistente com o propósito da ação coletiva, que é justamente o de ensejar uma única solução ao conflito, prestigiando a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MC. LAUGHLIN J. M., *McLaughlin Sobre Acciones de Clase*, Practica y Ley, (4ª Ed.) Thomson West- West Legal Works (Vol. I), 2007, (citando a Benjamín Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure* (I), 81 Harv. L. Rev. 356, 381 (1967)).

PELLEGRINI GRINOVER, A., e outros *Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a América Latina*. Instituto Iberoamericano de Direito Processual, Agosto de 2004.

MEDIAÇÃO PÓS-JUDICIAL: UM CAMINHO ALTERNATIVO RUMO À PACIFICAÇÃO SOCIAL

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: O estudo dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias desperta crescente interesse dos processualistas. Somado a isso a insuficiência do Judiciário em solucionar de forma satisfatória algumas demandas, fazendo com que a figura da mediação passe a ser pensada como uma saída, apesar de ninguém negar que a mediação não representa uma forma genérica para a pacificação dos conflitos, tendo a sua razão de ser ancorada na preservação de relações duradouras. Mas, sendo a mediação um instrumento de pacificação e, considerando que as decisões proferidas pelo Judiciário nem sempre cumprem seu papel, seria possível viabilizar uma mediação pós-judicial?

Abstract: The study of alternative mechanisms on dispute resolution has brought the attention of law scholars throughout the world. Add to that the flagrant limitation of judicial decisions. In this context, the mediation emerges, bringing consequences that are extremely relevant. Furthermore, there is no reasonable refutation of the fact that mediation does not represent a generic way of reaching solution for all conflicts. From this realization, some questions rise: up to what point mediation can be used? Also: considering that decisions expressed by the Judiciary System may not always reach this purpose, would it be possible to execute post litigation mediation?

Palavras-Chave: Mecanismos alternativos de solução de controvérsias; Mediação; Insuficiência do Judiciário; Mediação pós-judicial; Pacificação dos conflitos.

Keywords: Alternative mechanisms on dispute resolution; Judicial decisions; Mediation; Post litigation mediation; Pacification justice.

1. Considerações iniciais:

O estudo dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, notadamente a mediação, vem despertando cada vez mais o interesse dos estudiosos do direito em todo o mundo, seja em virtude da constatação de que o Poder Judiciário não é infalível, não sendo necessariamente a instância solucionadora de todos os problemas da sociedade (visão historicamente disseminada entre os jurisdicionados), seja em decorrência da insuficiência das decisões judiciais, que, em muitas ocasiões, não são capazes de atingir a tão almejada pacificação social, ainda que proferidas de forma escoreita.

Diversos são os motivos que levam os autores a se debruçarem sobre o assunto em cotejo, evidenciando-se, com isso, a necessidade de reformulação de determinados conceitos já solidificados na sociedade, principalmente se considerarmos a existência de decisões proferidas pelo Judiciário que, em inúmeros casos, objetivam meramente por fim ao processo judicial sem qualquer comprometimento com os vieses emocional e psicológico inerentes a todo conflito de interesses. Diante dessa notória “limitação” das decisões judiciais, emerge a figura da mediação, cujas conseqüências são extremamente relevantes, especialmente no que concerne ao fato de que o recrudescimento da solução mediadora promove uma corporificação de todo o sistema de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Isso sem considerar que esse ganho de importância da mediação (bem como dos demais mecanismos alternativos) acaba fazendo com que muitos institutos e conceitos propedêuticos do direito passem a ser revisitados, conforme veremos adiante.

Questão que deve restar clara desde já, antes de qualquer debate mais aprofundado acerca do tema, reside no fato de que qualquer estudo sobre a mediação, seja ele qual for, deve sempre partir da premissa básica de que a sua função não é, de forma alguma, substituir a jurisdição estatal, mas, muito pelo contrário, o que se pretende é uma atuação conjunta e inteligente de tais mecanismos, com vistas a promover um desprendimento do conceito de jurisdição da figura do Estado, de forma a privilegiar, em casos específicos nos quais as decisões judiciais não sejam a melhor alternativa (como nos casos das relações continuativas, por exemplo), os órgãos e mecanismos de solução de conflitos alternativos.

Por esse motivo, é possível se afirmar que, de acordo com uma concepção contemporânea, a jurisdição é o espaço adequado para que, no caso concreto, possam ser aplicados os princípios constitucionais, fazendo com que surja, de um lado, a idéia de processo justo como mecanismo de aperfeiçoamento da qualidade da prestação jurisdicional e, de outro, a noção de que é possível compor os litígios de forma adequada fora do Judiciário¹.

Por outro lado, já é clichê afirmar que não se deve enxergar a mediação como uma forma utópica e genérica para a pacificação de todos os conflitos existentes, sendo inegável que a razão de ser do instituto reside nos conflitos surgidos a partir de relações duradouras². A partir dessa constatação que alguns questionamentos emergem: até quando a mediação pode servir como um importante instrumento de pacificação social? E mais: considerando que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário nem sempre atingem tal finalidade, seria possível viabilizar uma mediação pós-judicial? Tais indagações sintetizam a preocupação central desse estudo, qual seja, a de analisar a viabilidade da opção mediadora como verdadeiro mecanismo pacificador de conflitos, de forma a promover a restauração das relações sociais, ainda que tal pacificação se dê posteriormente à tomada de decisões judiciais.

Para que se torne possível efetuar uma correta investigação da problemática ora apresentada, faz-se imperioso o estudo de algumas questões prévias, a fim de que se evidencie o real alcance de uma eventual mediação após dado início o trâmite de um processo judicial, analisando-se a viabilidade de sua aplicação no direito

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 1-2.

² Idem.

brasileiro. No que tange à questão da viabilidade, urge salientar que o Projeto de Lei 517/11, proposto pelo Senador Ricardo Ferraço, foi responsável pela materialização da mediação pós-judicial, ao prever, em seu artigo 5º, a possibilidade de a mediação ser prévia, incidental ou posterior à relação processual eventualmente instaurada.

Tal previsão, reitera-se, faz com que seja necessária a revisitação de alguns conceitos fundamentais do direito processual civil, tais como o de jurisdição e o de acesso à justiça, bem como demanda um passar de olhos pelas problemáticas que envolvem a coisa julgada, já que o mencionado projeto de lei não impõe qualquer limitação temporal à instauração da mediação, falando tão somente em “mediação pós-judicial”, sem que se estabeleça como a opção pela via alternativa ocorrerá nesses casos, fazendo com que se questione acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada através da mediação.

2. Mediação e jurisdição:

A jurisdição se apresenta como instituto fundamental da Teoria Geral do Processo, sendo, classicamente, uma emanção do poderio estatal. Chiovenda, nesse sentido, afirmava ser a jurisdição uma função do Estado, que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares³. Tal conceito, inegavelmente, evidencia a existência de um elo entre a função jurisdicional e a atividade estatal, concepção esta que, hodiernamente, ainda se encontra arraigada na sociedade. Outrossim, a visão da jurisdição como monopólio do Estado nada mais é do que uma herança do próprio direito romano, onde se promoveu a retirada da possibilidade de fazer justiça privada das mãos dos particulares, vedando-se a autocomposição dos litígios.

Ocorre que, embora seja vista classicamente como uma função estatal, a visão de que a jurisdição é monopólio estatal não mais basta na atualidade. Com propriedade, assevera Leonardo Greco que a jurisdição não precisa ser necessariamente uma função estatal, pois a composição dos litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, e até por sujeitos privados⁴.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002, p. 08.

⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v.I. Rio de Janeiro: Forense, p. 65.

Inclusive, o próprio Chiovenda, embora enxergasse a jurisdição como função do Estado, já mostrava intensa preocupação com um processo de resultados efetivos e práticos, apregoando que o processo deve dar a quem tenha um direito, o quanto for possível, tudo aquilo que ele tenha direito de conseguir⁵.

Diante disso, sempre que se fala em mediação, deve-se optar pelo abandono da visão tradicionalista que encara a jurisdição como uma *longa manus* do Estado. E qual a relevância disso? Somente dessa forma tornar-se-á possível visualizar a mediação, não sob uma ótica de acessoriedade ou subordinação com relação à jurisdição estatal, mas como um instrumento que caminha ao lado do Poder Judiciário. Por esse motivo, diz-se que o conceito de jurisdição é um conceito em evolução⁶. Entretanto, muito embora no plano teórico tudo isso faça sentido, a verdade é que, na prática, o Brasil ainda não conseguiu, por completo, desprender o conceito de jurisdição do Estado e, por esse motivo, ainda existe uma certa resistência em encarar a mediação como jurisdição legítima.

Nessa esteira, consoante muito bem explicitado por Greco, o que deve ficar muito claro é que a jurisdição deve ser exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juízes. Ainda, realça o autor, a Convenção Americana de Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um tribunal imparcial⁷. Logo, a mediação seria jurisdição legítima, ainda que atípica.

Dessa forma, partindo da premissa de que a jurisdição engloba os mecanismos alternativos de solução de controvérsias, especialmente a mediação, questiona-se: seria possível um juiz extinguir um processo sem julgamento do mérito, remetendo as partes à mediação, por entender que o exercício da função jurisdicional típica, em um dado caso, não seria capaz de conferir os resultados mais práticos e efetivos? Ora, partindo da concepção de que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias também integram o conceito de jurisdição, ainda que “atípica”, parece ser extremamente plausível e viável que um juiz, por entender que a mediação seria mais proveitosa em um determinado caso, extinga um processo sem a resolução do mérito. Até porque, em nome da verdade real, o juiz deve sempre buscar a paridade de armas a

⁵ CHIOVENDA. Giuseppe. Op. cit. p. 67.

⁶ GRECO. Leonardo. Op. cit. p. 66.

⁷ Idem, p. 67.

fim de garantir a igualdade das partes em juízo. Logo, em princípio, nada obstará que um juiz entenda que a melhor forma de garantir a dita igualdade seria remetendo o caso para a mediação.

A questão mais tormentosa que se põe sobre tal possibilidade, a meu ver, relaciona-se a uma possível violação do princípio da indelegabilidade. Nessa linha, é indiscutível que a indelegabilidade representa a impossibilidade de qualquer órgão jurisdicional transferir o poder que lhe é atribuído, outorgado pela lei, para outro juiz ou órgão jurisdicional⁸. Nesse sentido, sendo a mediação espécie autêntica de jurisdição, remeter um determinado caso para a mediação não configuraria uma afronta a este princípio?

Ainda, outro problema que merece guarida refere-se à questão do consenso. É inegável que a mediação deve ser pretendida pelas partes envolvidas no conflito, pois se trata de técnica que visa a aproximação das pessoas interessadas na resolução de um problema, com o objetivo de induzi-las a encontrar soluções capazes de trazer ganhos mútuos. Logo, é pressuposto básico que as partes estejam interessadas na mediação. Sendo assim, permitir que um magistrado promova a extinção de um processo sem a resolução do mérito simplesmente por entender que o caso deve ser submetido à mediação não afrontaria a consensualidade? Nesse caso, o problema poderia ser resolvido com maior facilidade, já que o magistrado, ao optar pela mediação e extinguir determinado processo sem resolução do mérito, deve constatar a presença dos mesmos elementos a serem observados na mediação prévia e na incidental, quais sejam: no caso sob análise, a preservação das relações sociais deve se demonstrar tão importante quanto a obtenção de uma sentença; deve-se estar diante de um objeto negociável e; é imperioso que exista desejo de negociar, ainda que este não tenha sido exteriorizado. Sendo assim, constatada a existência de tais requisitos, entendo ser possível que o juiz, em vez de suspender o processo (caso em que ficaria limitado a um período máximo de suspensão, que poderia não ser suficiente), entenda pela extinção do mesmo sem julgamento do mérito, viabilizando que as partes possam, no futuro, caso não se chegue a um acordo, propor novamente a mesma ação.

Em síntese, ainda que se entenda pela possibilidade de um magistrado extinguir um processo sem julgamento de mérito para submetê-lo à mediação, não se

⁸ Idem, p. 121.

pode perder de vista o fato de que sempre se deve trabalhar com o conceito de filtragem dos conflitos, não devendo a mediação ser apresentada como uma forma utópica e genérica para a pacificação dos conflitos, já que a sua razão de ser reside exatamente nos conflitos surgidos a partir de relações duradouras⁹.

Outra questão que também precisa ser posta refere-se ao princípio da inafastabilidade, consagrado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. De acordo com este princípio, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. No tocante a esse aspecto, algumas observações devem ser realizadas. Preliminarmente, destaque-se que o Projeto de Lei 517/2011 não especifica como ocorrerá a mencionada “mediação pós-judicial”, razão pela qual devem ser analisadas todas as possibilidades. Assim, em um primeiro momento, tratando-se de um processo em curso no qual o juiz entenda que a mediação seja a via mais adequada, seria possível, conforme exaustivamente mencionado, que o mesmo procedesse a extinção do mesmo sem o julgamento do mérito. Nesse caso, não se estaria impedindo a questão *sub judice* de ser apreciada pelo Judiciário, mas tão somente estar-se-ia encaminhando a demanda para uma tentativa de mediação que, inclusive, poderia ser feita dentro do próprio Judiciário. E, se frustrada, nada impedirá que as partes retornem ao ponto de onde começaram, estando o acesso ao Poder Judiciário devidamente garantido.

Finalmente, cumpre destacar que a possibilidade de um juiz se “recusar” a proferir uma sentença de mérito com base em uma suposta insuficiência da jurisdição “típica” (ainda que momentânea) para resolver o conflito se coaduna com o conceito de Estado mínimo, noção esta que já encontra abrigo no Direito Penal brasileiro. Através de uma análise meramente perfunctória, é possível se afirmar que o minimalismo, embora não tenha qualquer previsão legal, se encontra assentado nas máximas garantias constitucionais e nos princípios basilares do direito, tais como: insignificância, adequação social da conduta, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, legalidade, dignidade humana, dentre outros.

Dessa forma, considerar a possibilidade de um juiz não julgar uma causa por entender que a mesma seria melhor resolvida através de um procedimento de mediação, configuraria uma verdadeira e autêntica aplicação do minimalismo no direito civil, resguardando o exercício da jurisdição “típica” (a *longa manus* do poderio estatal)

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit. p. 02.

para os casos realmente imprescindíveis, de forma a tentar preservar, ao máximo, os direitos fundamentais de ambos os envolvidos em um dado conflito. Conseqüentemente, o processo deixa de ser um mero conjunto de atos processuais para ser instrumento da pacificação social, inserindo-se em uma perspectiva constitucional, o que implica na necessária coordenação entre as duas diversas exigências de fundo: a existência de correção formal e a de justiça substancial¹⁰.

Com isso, pelo menos sob este viés, a mediação pós-judicial parece se revelar um poderoso instrumento de racionalização da jurisdição e de dosagem do poder estatal, possibilitando que os juízes se libertem das amarras que os impedem de concluir, em muitos casos, pela impossibilidade de proferir uma decisão. Permite-se, com isso, que a jurisdição seja enxergada de forma mais ampla (e por que não dizer mais humana?), já que visualizá-la como mera “função sentenciante” passa a não mais dar conta de todos os problemas submetidos ao Judiciário.

3. Mediação e acesso à justiça:

Consoante muito bem exposto por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a idéia e o significado da expressão *acesso à justiça* variaram no tempo em função de uma série de elementos, de influências de natureza política, religiosa, sociológica e filosófica¹¹. Por questões lógicas, não constitui objetivo do presente estudo analisar a evolução do acesso à justiça no decorrer dos anos. Entretanto, faz-se imprescindível observar de forma mais apurada o conceito de acesso à justiça na atualidade. Tal observância tem por intuito verificar como a mediação, em todas as suas formas, inclusive a pós-judicial, se coaduna com a noção de acesso à justiça.

A partir da segunda metade do século XIX, a influência marxista fez com que fosse realizada uma releitura do acesso à justiça, especialmente no campo do Direito do Trabalho, ponto de partida do verdadeiro acesso à justiça. Dessa maneira, a necessidade da intervenção do Estado ocorria para assegurar direitos, posto que não mais interessava assegurar aquela igualdade puramente formal. Por isso, a nova ordem resgata a dimensão social do Estado e todas essas mudanças refletem na própria postura

¹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 07.

¹¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 57.

dos magistrados, que deixam de simular a mera declaração do conteúdo da lei para efetivamente interpretá-la e aplicá-la¹².

Diante de todas essas mudanças, o valor justiça ganha muito mais importância com a superação do positivismo estritamente normativista. Nesse diapasão, superado o velho positivismo, o juiz deixa de ser “a boca da lei”, não mais sendo possível impedir a participação criadora dos juízes¹³. E é justamente essa alteração de postura dos juízes que faz surgir a noção atual de acesso à justiça, promovendo um fortalecimento do Poder Judiciário, que passa a ser visto como um verdadeiro “realizador de direitos”. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro chega a afirmar que o Judiciário se converte em uma instância de solução de conflitos de toda espécie, passando a haver uma demanda muito grande por justiça¹⁴.

Esse fortalecimento do Poder Judiciário, que passa a ser visto como único instrumento de concretização do acesso à justiça explica o por quê adotamos uma cultura judiciária tão forte. Entretanto, conforme exposto por Leonardo Greco, o acesso à justiça não pode ser visto apenas sob uma perspectiva processual, sendo indispensável a necessária associação da idéia de acesso à justiça à idéia de acesso ao direito. Note-se que, conforme Greco expõe, essa associação surgiu na Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu artigo 20, estabeleceu que “a todos é assegurado o direito de acesso ao Direito e à Justiça”. Logo, antes dos cidadãos terem assegurado o acesso à proteção judiciária, o Estado deve se dedicar à concretização dos direitos destes¹⁵.

Nessa lógica, resta evidente que a criação de mecanismos alternativos para a solução das controvérsias representa uma forma de concretização dos direitos e expectativas dos cidadãos, configurando uma verdadeira forma de se permitir um real acesso ao direito e à justiça, ainda que não haja propriamente um acesso à jurisdição típica.

Registre-se, ainda, que o acesso à justiça, na visão de Greco, é apenas um dos vieses do acesso ao direito, representando o acesso a um tribunal imparcial, previamente instituído pela lei como competente para a solução de qualquer litígio a

¹² Idem, p. 25.

¹³ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma que o juiz deve perquirir os fins sociais que informam a aplicação da norma no caso concreto, amoldando-a às exigências do bem comum. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit. p. 28.

¹⁴ Idem, p. 30.

¹⁵ GRECO, Leonardo, Op. cit. p. 12.

respeito de interesses que se afirme juridicamente protegidos ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial¹⁶.

Dessa feita, o acesso à justiça e, em uma visão mais ampla, o acesso ao direito, não se resume à possibilidade de ingresso aos órgãos jurisdicionais estatais típicos. Por esse motivo, falar em mediação pós-judicial, mais do que se coadunar com o acesso à justiça, fato que se evidencia com a terceira onde de Cappelletti, se revela compatível (em determinados casos) com as próprias necessidades e expectativas dos jurisdicionados. Portanto, se um juiz, no decorrer de um processo percebe que a jurisdição típica não será capaz de dar conta da questão que lhe é posta, ele poderia sim, em nome do acesso à justiça, remeter o caso à mediação (seja ela extrajudicial ou judicial). Sobre o assunto, há que se destacar que um dos princípios que informam o acesso à justiça, na visão de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, é justamente a utilidade. Chiovenda já afirmara (e mais uma vez repetimos) que o processo deve dar a quem tenha um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir. E mais do que isso, ressalta Paulo Cezar, o processo deve assegurar tal direito da forma mais rápida e proveitosa possível, com o menor sacrifício para o vencido. Sendo assim, se a jurisdição típica não é capaz de assegurar determinado direito nos moldes acima preconizados, por que não remeter o caso à mediação? Essa “transferência” seria uma concretização do próprio princípio da utilidade!

Da mesma forma, por que não pensar na possibilidade de uma mediação após a prolação de uma sentença definitiva? Não se está negando aqui que pensar em uma mediação após uma sentença definitiva é algo simples. A verdade é que isso traz em seu bojo inúmeras discussões, mas estas não constituem objeto imediato deste ensaio. Mas, o que precisa ser evidenciado é que, sob o prisma do acesso à justiça, permitir uma mediação pós-judicial em tais condições seria perfeitamente possível. E, mais uma vez, valendo-se do princípio da utilidade, a mediação pós-judicial estaria apta a assegurar determinados direitos sem que uma das partes tenha que suportar sozinha grandes sacrifícios.

Em suma, a mediação pós-judicial é a maior prova de que o acesso à justiça e ao próprio direito não se limita ao acesso dos cidadãos a órgãos jurisdicionais típicos. Ademais, determinado jurisdicionado pode vir a não ter o acesso à justiça

¹⁶ Idem, p. 17.

efetivado ainda que sua demanda seja submetida ao crivo da jurisdição típica se esta não for competente para encontrar uma resposta adequada (e ao falar em competência, não estou me referindo à competência como medida da jurisdição, mas como suficiente capacidade ou aptidão para a resolução de um conflito). Por esse motivo, a proposta da mediação pós-judicial, sem dúvidas, configura uma iniciativa corajosa e brilhante, trabalhando, ainda que de forma não explícita, no sentido de igualar o grau de importância dos diferentes tipos de jurisdição (típica e atípica), tornando nítido que a imprescindibilidade da mediação, em determinados casos, transcende o momento da prolação de uma decisão. Afinal, conforme Cappelletti afirmara, o acesso à justiça não se resume a proclamar direitos¹⁷. Sendo assim, torna-se forçoso concluir que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias, mais do que não irem de encontro com o princípio do acesso à justiça, encontram-se plenamente respaldados pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira, ou seja, o mesmo artigo que consagra este princípio.

Portanto, não se pode olvidar que os métodos de solução de controvérsias se justificam pela necessidade de segurança, estabilização das relações humanas e paz social. E, apesar de, entre as instituições, haver maior destaque para a função judiciária, a vida social é rica de atos e fatos que fogem à regulamentação pelas instituições estatais formais e é exatamente aqui que entre o papel das ADR's¹⁸. Sendo assim, é preciso parar de olhar para a mediação (e para os outros métodos alternativos de solução de controvérsias) com tanta desconfiança, como se a própria existência de mecanismos alternativos ferisse o próprio acesso à justiça. É preciso superar o modelo conflitual vigente caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, onde sempre há um ganhador e um perdedor, onde o Estado é chamado a dizer a quem pertence o direito¹⁹.

¹⁷ “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 e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça - tradução e revisão de Ellen Gracie*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.12.

¹⁸ GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos e WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 3-58.

¹⁹ MORAIS, José Luis Boldan de. Crise(S) da Jurisdição e Acesso à Justiça - Uma questão recorrente. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.). *Estudos sobre mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 76.

4. Objetivos e vantagens da mediação e como estes se coadunam com a mediação pós-judicial:

Questão preliminar digna de nota diz respeito ao papel que a chamada jurisdição “atípica” assume no cenário brasileiro. Um grande obstáculo ao enraizamento dos mecanismos de solução de controvérsias, sem dúvidas, é o olhar desconfiado lançado pelos jurisdicionados (e por muitos operadores do direito) quando o tema é mediação. Infelizmente, ainda há um certo ceticismo que incide sobre os mecanismos jurisdicionais não típicos, ceticismo este que deve ser atribuído, em grande parte, ao fato de as pessoas sempre enxergarem as “alternativas” que lhes são conferidas como substitutas daquilo que é tradicional, quando, na verdade, não existe um caráter substitutivo, pois não há que se falar em subsidiariedade, mas em duplo protagonismo (escolhe-se um ou outro). Inobstante, o que precisa ficar claro é que a função da mediação, assim como das demais espécies alternativas, é tão somente colaborar com a justiça. E, para que o instituto cumpra a sua função colaboradora, é necessário que o mesmo seja visto, conforme já mencionado oportunamente, como um mecanismo que caminha ao lado da jurisdição clássica estatal. Portanto, trata-se de um mecanismo alternativo e não, subsidiário!

Sobre o tema, Osvaldo Alfredo Gozáni destaca que cada um dos mecanismos alternativos é complementar à função judicial, remetendo aos juízes ordinários apenas as medidas de força e assecuratórias que se fizerem necessárias. Mas, destaca o autor, é inevitável notar que tais mecanismos geram um procedimento praticamente paralelo quando formam códigos adjetivos, de modo que a escolha dos indivíduos pelas vias não-judiciais podem significar uma opção contra aquilo em que já não mais se confia. Nesse caso, os mecanismos alternativos seriam, propriamente, substitutos do processo público²⁰. A meu ver, apesar de partir de uma premissa acertada, qual seja, a de existir uma complementaridade entre os mecanismos de solução de conflitos, o autor se equivoca ao afirmar pela possibilidade de encarar os mecanismos alternativos como substitutos do processo público, ainda que somente nos casos em que ocorra formação de códigos adjetivos. Acontece que, inegavelmente, é inerente aos

²⁰ GOZÁNI, Osvaldo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 09.

mecanismos alternativos, em específico a mediação, objeto deste estudo, a idéia de colaboração e complementaridade.

Portanto, a mediação possui como objetivo máximo a complementação da jurisdição típica, devendo a sua utilização ficar resguardada para os conflitos surgidos a partir de relações duradouras, casos em que a obtenção de uma sentença não seria a solução última buscada pelas partes. Assim, é possível se afirmar que a idéia de mediação pós-judicial se encaixa perfeitamente nesse escopo colaborador. O que se pretende, entretanto, é permitir que as partes e até mesmo o juiz não fiquem submetidos, de forma absoluta, à solução sentenciadora caso constatem que a mediação representa a melhor alternativa. Com isso, se após a prolação de uma sentença as partes descobrem que a mediação é o melhor caminho, porque não permiti-la?

Outro objetivo da mediação, consoante já adiantado, é a preservação das relações duradouras. O objetivo preservador em tudo tem a ver com a tão festejada cultura de pacificação. Até porque, a mediação parte do princípio de que não existe ninguém melhor do que as próprias partes para formularem os critérios que elas próprias reputam como mais justos para solucionar os seus próprios problemas²¹. Nessa toada, mais uma vez a idéia de uma mediação pós-judicial em nada afronta o objetivo pacificador, mas, muito pelo contrário, possibilita que esta seja alcançada mesmo após ser proferida uma sentença. Há de se reconhecer, dessa forma, que a necessidade de restauração dos relacionamentos prolongados pode ser superveniente à sentença.

Verdade seja dita, a sociedade brasileira está acostumada com a idéia de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida por um juiz. Todavia, não são raros os casos em que as partes, mesmo após a sentença, permanecem insatisfeitas. A mediação pós-judicial, nesse ínterim, possibilitaria que as partes pudessem alcançar a tão almejada justiça através do diálogo e do consenso. Além disso, possibilitar a ocorrência de uma mediação posterior ao processo judicial faria com que, pouco a pouco, a infalibilidade do Poder Judiciário passasse a ser vista como um mito, evidenciando-se que as sentenças não são capazes de resolver todos os problemas. Com isso, gradativamente, os jurisdicionados se desprenderiam da cultura judicialista,

²¹ LOPES, Vitor Carvalho. *A mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*. 206 fls. Dissertação. Mestrado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 53.

buscando os mecanismos alternativos de forma mais expressiva, o que, inclusive, proporcionaria maior estabilidade às decisões²².

Quanto às vantagens da mediação, muitos podem ser os benefícios provindos. Sem embargo, buscar-se-á, nesse momento, elencar alguns dos mais relevantes, sempre traçando um paralelo entre estes e a mediação pós-judicial, a fim de tornar possível aferir se a mediação posterior à instauração da relação processual será capaz de se coadunar com as vantagens já conhecidas da mediação pré-processual e incidental.

A primeira vantagem propiciada pela utilização da mediação (em suas modalidades pré-processual e incidental) é a celeridade advinda, principalmente em virtude da desburocratização procedimental. Ressalte-se, ainda, que a celeridade é extremamente atraente para os jurisdicionados, que, descontentes com a morosidade que impera no Judiciário - *os sem-número de recursos, as instâncias diversas, as sentenças ilíquidas a par de uma organização judiciária retida no tempo em descompasso com a realidade social hodierna, a deficiência na formação dos juízes, a precariedade das condições materiais e os métodos de trabalho obsoletos e minguados de utilização de recursos de tecnologia moderna são fatores que convergem para uma jurisdição que sai de sua inércia pela provocação, atua nos limites físicos e temporais dos atos do processo, mas não lhe extrapola os limites para atuar no conflito que a ensejou, afastando-o, ou atendendo prontamente a petição ou pretensão*²³ - acabam vendo na mediação a possibilidade de satisfação dos seus interesses de forma mais rápida.

Ademais, verifica-se que o processo de mediação não possui um procedimento rígido calcado em normas pré-estabelecidas, possuindo estruturas e regras procedimentais que advém da vontade das partes, o que propicia a criação de um procedimento especialmente destinado a resolver de forma mais satisfatória um determinado caso específico. Com isso liquida-se o inconveniente de ter um procedimento único, pouco adaptado às especificidades de cada conflito, como ocorre com o processo de uma forma geral²⁴.

²² “Uma decisão imposta por terceiros possui muito mais chances de ser impugnada pelas partes do que uma decisão consensuada entre elas próprias”. Idem.

²³ GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 87.

²⁴ LOPES, Vitor Carvalho. Op. Cit. p. 59.

Quando se trata de mediação pós-judicial, entretanto, não se eliminará o desgaste emocional e até mesmo financeiro que um processo traz em seu bojo, já que o processo judicial, de fato, existirá. Inobstante, parece-me que a mediação pós-judicial acaba por apostar em um outro ganho: o da mudança da cultura judicialista. Permite-se que as partes optem pela mediação mesmo após as mesmas terem se socorrido ao Judiciário. Assim, diante de determinado caso concreto, o Judiciário se mostra impotente ou insuficiente para o fim a que se propõe, fazendo cair por terra a falas idéia de que se trata de um poder infalível. O fato é que, embora a mediação possa não trazer ganhos em termos de celeridade, já que as partes podem optar pela solução em questão somente após todo o desenrolar do processo judicial, o cidadão passará, gradativamente, a entender que a justiça não se encontra umbilicalmente ligada aos juízes togados. O que se fará, portanto, é trilhar o caminho inverso: permite-se que a parte se frustre junto ao Judiciário e opte, posteriormente, nos casos em que for cabível, pela mediação. Abre-se mão de um resultado imediato (celeridade), para buscar resultados mediatos e duradouros.

Por outro lado, a opção pela mediação pós-judicial poderá trazer ganhos em termos de celeridade nos casos em que o próprio juiz, no início do processo, perceba que o caso deve ser submetido à mediação, extinguindo o processo sem julgamento do mérito e remetendo a causa para a solução alternativa. Nesse caso, embora o processo já esteja em andamento, impede-se todo trâmite processual rumo à prolação de uma sentença, privilegiando a tentativa de efetivação de um acordo mutuamente vantajoso para ambas as partes.

A segunda vantagem da mediação, por sua vez, é o controle exercido pelas partes sobre o processo. Na verdade, essa vantagem não deixa de ser um consectário da própria desburocratização, já que esta permite que as partes optem pelas regras que lhe parecerem mais convenientes ao longo do trâmite da mediação, a fim de que se chegue ao resultado almejado. Permite-se, com isso, uma manipulação procedimental a fim de permitir que o resultado alcançado seja realmente aquele desejado pelas partes.

Assim sendo, os sujeitos, ao se submeterem à mediação, não ficam atrelados ao princípio da inevitabilidade. Importante destacar que o princípio da inevitabilidade, na jurisdição típica, é aplicado em dois momentos distintos. O primeiro

diz respeito à vinculação obrigatória dos sujeitos ao processo judicial, já que, uma vez integrado à relação jurídica processual, ninguém poderá, por sua própria vontade, se negar a esse “chamado jurisdicional”. Essa integração obrigatória à relação jurídica processual coloca os sujeitos que dela participam em um estado de sujeição, o que significa dizer que suportarão os efeitos da decisão jurisdicional ainda que não gostem, não acreditem, ou não concordem com ela²⁵. Essa não ocorrência do princípio da inevitabilidade na mediação, faz com que a relação entre as partes e o mediador, no processo de mediação, não seja uma relação marcada pela sujeição, mas uma análise de perspectivas através de um panorama mais amplo de possibilidades onde não se precisa levar em conta somente o que a legislação determina²⁶.

Essa liberdade que as partes detêm na regência do processo é, sem dúvidas, muito importante e traz incontáveis ganhos, pois permite que se chegue a uma solução intermediária, não impositiva, capaz de agradar a ambos os envolvidos, fazendo com que a mediação cumpra o seu papel de restauração de relacionamentos prolongados. E note-se: essa necessidade de restauração das relações entre as partes pode restar evidenciada somente após a submissão destas à jurisdição típica. Então, por que não permitir, em nome da pacificação social, que se instaure uma mediação pós-judicial, permitindo às partes o reinício dos debates?

A jurisdição típica não é capaz de dar conta de todas as complexidades que a realidade social impõe e, por vezes, essa insuficiência do processo judicial só se evidencia após a sentença. Desta feita, permitir a utilização da mediação após o processo judicial, ainda que impostas algumas limitações, poderia trazer grandes ganhos não só para as partes envolvidas (insatisfeitas com o resultado de um processo judicial), mas também para a coletividade, que, gradativamente, deixaria de enxergar a via judicial como a solução de todos os problemas. Ademais, o processo judicial não pode ser considerado um fim em si mesmo, o que faz com que a afirmação de que o processo

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2^a ed. São Paulo: Método, 2011, p. 20.

²⁶ “Nesse sentido, pode-se dizer que a mediação devolve as partes um poder que a elas sempre lhe coube e que, com o passar dos tempos e com a intensa utilização e desenvolvimento da jurisdição, parece ter ficado meio esquecido das pessoas que necessitam solucionar as suas controvérsias: a de que cabe primeira e exclusivamente a elas próprias solucionarem as suas próprias disputas”. LOPES, Vitor Carvalho. Op. cit. p. 60-61.

é mero instrumento de exercício da jurisdição²⁷ passe a ser insuficiente. O processo judicial deve ser encarado como instrumento para que se chegue à real pacificação dos conflitos e, se ele não é capaz de cumprir o seu desiderato, nada mais justo do que permitir que a jurisdição alternativa venha a suprir essa deficiência.

Por fim, há que se elencar como vantagem da mediação o ganho de efetividade com os acordos obtidos, posto que a solução encontrada, sem dúvidas, virá a ser mais compatível com os reais interesses das partes. O grau de satisfação obtido por uma solução produzida pelas próprias partes envolvidas tende a ser muito maior do que aquele obtido por meio de uma solução imposta por um terceiro, o que diminui de sobremaneira comportamentos inadimplentes de ambas as partes²⁸.

E a mediação pós-judicial, como não haveria de ser diferente, também possui ganhos nesse sentido. Acontece que, inegavelmente, a justiça tem que dar ao titular de determinado direito material a máxima proteção deste direito, com o menor custo e no menor tempo possível, através de um processo regido pelas garantias fundamentais (garantismo). Em virtude disso, os direitos devem e necessitam ser protegidos integralmente, cabendo ao Poder Judiciário ser o guardião da eficácia dos direitos afirmados em sentença, sob pena de transformá-la em mera folha de papel.

Por outro lado, se o Judiciário não é capaz, em determinados casos, de dotar as suas ordens de eficácia, em virtude da própria natureza do direito *in casu*, deve-se sim permitir que as partes tentem, através da mediação (ainda que pós-judicial), cheguem a esse fim. Então, a chamada “justiça sentenciadora”, embora ponha fim aos litígios, nem sempre é pacificadora (até mesmo em virtude do fato de nela sempre haver um vencedor e um vencido) e, por não ter esse viés pacificador, acaba comprometendo, em muitos casos, a efetividade das decisões. A justiça sentenciadora, que age movida pela necessidade de “dar a cada um o que é seu”, nem sempre é capaz de enxergar a raiz do problema e, sem sombras de dúvida, a mediação visa a suprir tal deficiência. Nesse mesmo bojo surge a idéia da mediação pós-judicial, que também possui o objetivo de atuar como supridora da falta de efetividade de muitas decisões judiciais, especialmente aquelas que tratam de relações duradouras.

²⁷ “O processo é o instrumento de exercício da jurisdição, composto por um conjunto de relações ou vínculos jurídicos unitariamente direcionados a um único fim: a prestação jurisdicional em relação a determinada demanda”. GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 417.

²⁸ LOPES, Vitor Carvalho. Op. cit. p. 61.

5. ***Mediação: justiça restaurativa aplicada no âmbito do direito civil***

Sempre que se fala em direito, justiça e jurisdição, ecoam vozes em prol da tão conclamada pacificação social. Nesse sentido, parece ser lugar comum que o objetivo do processo é alcançar o sonho dourado da paz social. No entanto, ao tratarem do assunto, raramente os autores se manifestam a respeito do que, de fato, seria a pacificação social. Voltando os olhos para o direito penal, parece-me que a melhor forma de se alcançá-la seria através da justiça restaurativa, sendo a mediação um grande exemplo de como se fazer justiça do ponto de vista restaurativo. E, nesse interregno, muito embora comumente se fale em justiça restaurativa no âmbito penal, também seria possível vislumbrá-la no âmbito civil, especialmente nas hipóteses que envolvam relações continuativas, onde fazer justiça significa mais do que proferir uma sentença, mas, acima de tudo, restaurar, reconstituir e reconstruir.

A idéia da justiça restaurativa, portanto, é voltar-se para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, em vez de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. Diferentemente da justiça convencional, a justiça restaurativa indaga o que se pode fazer para restaurar os relacionamentos²⁹. É essa a idéia que gravita em torno da mediação. Nessa mesma linha, a previsão da mediação pós-judicial vem a consagrar, de uma vez por todas, esse novo paradigma, facilitando o diálogo e a construção de um acordo mesmo após instaurado o procedimento judicial.

Cumprе lembrar que esse paradigma de justiça restaurativa exige, para a sua concretização, a vontade das partes, havendo uma mudança de foco para os sujeitos do conflito, que deixam de ser objeto do tratamento jurídico do sistema convencional para se tornarem protagonistas do processo³⁰. Mas, embora se reconheça que este é o modelo ideal, posto que se permite a solução dos conflitos na origem, em detrimento da imposição de decisões, é sabido que o Brasil ainda possui uma cultura sentencialista muito forte. Conforme já abordado, o cidadão permanece vindo com muita desconfiança a utilização de mecanismos alternativos que visem à concretização da

²⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa - um novo caminho? In: POLIDO, Liliana Vieira, *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 47, dez.2007 / jan.2008, p. 190-202.

³⁰ “Tais procedimentos propiciam às partes a apropriação do conflito que originalmente lhes pertence, legitimando-os a construir um acordo e um plano restaurativo, alcançando o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração da vítima e do infrator”. *Idem*.

chamada justiça restaurativa, como se a presença do juiz fosse a única forma de salvaguarda de direitos. Repise-se, assim, que o instituto da mediação pós-judicial possibilita ganhos relevantes no tocante a esse aspecto, consagrando a insuficiência da jurisdição típica na resolução de determinadas questões. Por isso, exatamente em decorrência dessa limitação do Judiciário, permite-se, em alguns casos e preenchidos os requisitos necessários, a efetiva restauração das relações sociais através da mediação pós-judicial.

Não há dúvidas de que essa alteração de postura dos cidadãos demanda tempo, posto se tratar de uma longa caminhada a ser trilhada. Mas, como primeiro passo, é necessária a mudança de comportamento dos próprios operadores do direito, que são os primeiros personagens que precisam enxergar o processo judicial de forma não idealizada. O processo judicial não é infalível e, por esse motivo, não é capaz de resolver todos os problemas. Por isso, torna-se imprescindível investir nas alternativas (a mediação é uma delas) que realmente possibilitem a restauração da paz social. E, reitere-se, essa mudança precisa começar a partir dos próprios operadores jurídicos. A intervenção dos operadores jurídicos nas práticas restaurativas requer uma sensibilização e uma capacitação específica para lidar com os conflitos deontológicos e existenciais na sua atuação, pois estarão, por um lado, jungidos à sua formação jurídico-dogmática e a seus estatutos funcionais e, por outro, convocados a uma nova práxis, que exige mudança de perspectiva. Essa mudança exigirá deles o convívio com o pluralismo jurídico, com o senso jurídico comum e com o compartilhamento das decisões com os verdadeiros donos do conflito. Terão que transcender a “velha opinião formada sobre tudo” - e o receituário legal formal inscrito numa moldura afixada na sólida e velha parede do poder³¹.

Sob esse prisma, parece-me que o modelo de justiça restaurativa corrobora uma possível iniciativa do magistrado no sentido de extinguir determinado processo sem resolução do mérito sempre que entender que o processo judicial não representa o melhor caminho a ser trilhado. Assim, poderia o magistrado, em prol do encontro restaurativo, remeter um dado caso à mediação, sempre que entender que esta é a melhor saída. Mas, para isso, é necessário que os juízes sejam adequadamente capacitados, a fim de que a mediação pós-judicial não se torne um mero instrumento de

³¹ Idem.

desafogamento do Judiciário, acarretando extinções de processos sem julgamento de mérito descompromissadas com a restauração social.

6. Mediação pós-judicial e seus limites:

Ainda, torna-se necessário visualizar como ocorreria a mediação pós-judicial no âmbito civil. Ocorre que, apesar de o Projeto de Lei 517/11 prever a figura da mediação pós-judicial, não há qualquer disposição que estabeleça como esta ocorrerá e quais serão os seus limites. Sendo assim, considerando que não cabe ao intérprete distinguir o que a lei não distingue, deve-se pensar, pelo menos em um primeiro momento, na mediação pós-judicial sob uma perspectiva ampla. Em virtude disso, seria possível se valer da mediação pós-judicial tanto para os casos em que o processo se encerrar por meio de sentenças terminativas quanto para casos em que o encerramento se der através de sentenças definitivas.

No tocante às sentenças terminativas, a questão não gera grandes questionamentos, posto que, como não há resolução do mérito, não ocorre a formação de coisa julgada material, sendo possível, inclusive, propor novamente a mesma ação. Nesse sentido, em caso de extinção sem julgamento do mérito, a meu ver, não haveria qualquer óbice à solução mediadora (em detrimento da opção pela repropositura da demanda). A única dúvida que se põe aqui seria sobre a possibilidade de o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito por entender que a mediação seria a alternativa mais viável. Conforme oportunamente mencionado, destaque-se que esta possibilidade se coaduna com o escopo da justiça restaurativa. Inobstante, cumpre ratificar que deve haver muita cautela para que não seja criado um instrumento que sirva a interesses escusos (desafogamento inconseqüente do Judiciário, no qual o cumprimento de metas vale mais do que “fazer justiça”).

O problema, dessa forma, residiria na cogitação da mediação em processos judiciais que se encerram por meio de sentenças definitivas, ou seja, quando ocorre a efetiva resolução do mérito. Nesse caso, indaga-se: tendo o juiz proferido uma decisão de mérito, ainda que esta ainda não tenha transitado em julgado e caiba o manejo de alguma espécie recursal, seria possível optar pela solução mediadora? Parece-me que a resposta aqui não poderia ser negativa, posto que, conforme já

preconizado ao longo deste breve ensaio, em muitos casos, as sentenças são incapazes de atingir seus objetivos, notadamente naqueles processos em que a mediação teria sido a melhor alternativa desde o início. Portanto, considerando que o processo é instrumento para que se alcance um determinado fim, qual seja, a pacificação social, se este se mostra insuficiente para cumprir o seu desiderato, ainda que depois da prolação da sentença, não haveria qualquer problema em se permitir a opção pela mediação.

Configuraria, nesses termos, um excesso de formalismo entender que a mediação pós-judicial seria uma afronta à autoridade estatal, abrindo-se mão da própria efetividade do processo em prol da manutenção de decisões incapazes de atingir o seu fim. Conforme destaca José Roberto dos Santos Bedaque, processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material³². Note-se que, conforme muito bem ressaltado pelo autor, chegar ao resultado desejado pelo direito material constitui condição *sine qua non* para que o processo seja efetivo. Logo, de nada adianta garantir a segurança e a celeridade do processo se o resultado alcançado não se coaduna com o direito material envolvido. Por esse motivo, representaria solução razoável e plausível optar por uma mediação pós-judicial para que se pudesse restabelecer a paz social. Mas, por razões lógicas, conforme será mencionado adiante, alguns limites precisam ser observados. E são exatamente esses limites que precisam ser muito bem delimitados.

O principal limite que a mediação pós-judicial parece encontrar, em uma primeira análise, seria a coisa julgada material. Conforme se sabe, independentemente da espécie de sentença, proferida em qualquer espécie de processo, em um determinado momento, ocorre o trânsito em julgado e, como consequência, ocorre a formação de coisa julgada formal. Se todas as sentenças produzem coisa julgada formal, o mesmo não se pode dizer da coisa julgada material, pois esta seria uma projeção para fora do processo, tornando a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida³³. Através de uma breve análise dos conceitos acima expostos, poder-se-ia afirmar que a mediação pós-judicial somente poderia ocorrer até que houvesse a formação da coisa julgada material, momento a partir do qual não mais se pode discutir uma determinada decisão extraprocessualmente. Repise-se, nessa linha, que a coisa

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 530.

julgada material nada mais é do que um fenômeno panprocessual³⁴, o que significa dizer que a sentença não pode mais ser discutida ou modificada no processo em que foi proferida, bem como em qualquer outro, exceto por intermédio da utilização das ações rescisórias.

Sem embargo, apesar da coisa julgada material tornar as decisões emanadas pelo Judiciário indiscutíveis fora dos processos em que são proferidas, o que obstaria, inicialmente, a opção mediadora pós-judicial, entendo que restringir a utilização desse poderoso instrumento à formação da coisa julgada material seria prejudicial aos próprios interesses das partes em processos nos quais a mediação se afigura como a melhor solução das demandas. Com isso, indaga-se: por que não permitir a solução mediadora até a formação da coisa soberanamente julgada? Dessa forma, estar-se-ia conferindo um prazo maior para que as partes pudessem optar pela mediação, sem abrir mão da segurança jurídica, de sorte a impedir a eternização de algumas discussões. Na verdade, se permite que, em nome da pacificação social, as partes pudessem optar por soluções alternativas a qualquer tempo, até a formação da coisa soberanamente julgada.

Registre-se que a coisa soberanamente julgada nada mais é do que a coisa julgada material após o decurso do lapso temporal de dois anos, quando deixa de ser cabível a ação rescisória. Assim, caso se torne necessário o afastamento da coisa julgada dentro do período de dois anos, a parte pode se valer de um instrumento próprio para tanto, qual seja, a ação rescisória, devendo ser observadas as hipóteses de cabimento previstas em lei. Nesse sentido, por que não permitir que a mediação siga essa mesma lógica? Há que se destacar, ainda, que a mediação, assim como a ação rescisória, não serviria irrestritamente para todos os casos, mas somente para aqueles que tratassem de relações continuativas, nas quais a sentença judicial fosse incapaz de atingir o seu escopo pacificador. Dessa forma, não se transformaria a mediação em um mecanismo supra-recursal a ser utilizado sempre que as partes não ficassem satisfeitas com as decisões judiciais (o que acarretaria a eternização das discussões) e, por outro

³⁴ Nesse sentido, Luiz Machado Guimarães preceitua que o efeito preclusivo é de menor extensão nos casos de preclusão e de coisa julgada formal; inclui apenas no processo em que criado (efeito preclusivo endoprocessual); de maior extensão, no caso da coisa julgada substancial, porque opera não só no processo em que foi criado como também em futuros processos (efeito preclusivo panprocessual). GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969, p.84.

lado, permitir-se-ia que, a qualquer tempo, ainda que após o trânsito em julgado, as partes, voluntariamente, optassem pela mediação, sem qualquer prejuízo à tão conclamada segurança jurídica, que restaria consolidada com a formação da coisa soberanamente julgada.

Por último, vejamos como ocorreria a mediação pós-judicial em sentenças determinativas. O artigo 474 do Código de Processo Civil estabelece que o trânsito em julgado faz com que sejam repelidas todas as alegações e defesas não opostas. No entanto, deve ficar subentendido que tais alegações às quais o artigo 474 faz referência somente são concernentes à mesma causa de pedir, já que nada impede que a lide seja rediscutida se fundada em nova causa de pedir. Portanto, a regra prevista no Código de Processo Civil é a de que não se pode reapreciar os mesmos fatos e fundamentos jurídicos em face do mesmo pedido e das mesmas partes. Apesar disso, o artigo 471, em seu inciso I, estabelece que, em caso de relações continuativas, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, poderá a parte pedir revisão do que foi estatuído na sentença. Então, questiona-se: poderia a parte, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, optar pela solução mediadora? Para respondermos a tal indagação, devem ser expostos, ainda que brevemente, os 03 (três) entendimentos doutrinários que justificam a possibilidade de revisão das sentenças determinativas, apesar da formação da coisa julgada material.

O primeiro entendimento doutrinário, capitaneado por Humberto Theodoro Jr.³⁵, entende que as sentenças determinativas fazem coisa julgada material, mas com cláusula *rebus sic stantibus*. Tal cláusula, amplamente utilizada no direito contratual, respalda o que atualmente se conhece no direito civil como teoria da imprevisão, mitigando a antiga máxima do *pacta sunt servanda*. O segundo entendimento, adotado pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973, estabelece que ocorre a formação de coisa julgada material com autorização de revisão futura. Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara apregoa que a coisa julgada material nas sentenças determinativas se opera exatamente da mesma forma que se opera nas outras demandas.

³⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 481.

Entretanto, havendo pedido de revisão, existirá nova demanda, em decorrência do novo pedido e da nova causa de pedir³⁶.

Consoante se pode observar, independentemente de como se explique a possibilidade de revisão das sentenças determinativas, há o consenso de que estas fazem coisa julgada material. E, independentemente de qual corrente nos filiamos, parece-me que nada obstará a opção pela mediação, posto que não há como negar o fato de que tais sentenças poderão ser revistas ou, no caso do entendimento de Alexandre Câmara, tratar-se-á de uma nova ação, o que nos faz voltar à regra geral (e, podendo ser revistas, por que não permitir a mediação?).

7. Conclusão:

À guisa de considerações finais, cumpre registrar que o objetivo desse breve estudo apresentado não foi, nem de longe, impor conclusões a respeito do tema mediação pós-judicial e, nem tampouco, buscar prováveis soluções para as problemáticas que gravitam em torno do assunto. Ademais, as opiniões doutrinárias acerca da mediação pós-judicial ainda se apresentam incipientes, o que faz com que ainda seja necessário muito debate. De toda forma, apesar das discussões inerentes ao tema ainda serem muito embrionárias, fato é que, em um primeiro momento, não há como se negar que a mediação pós-judicial aparece como uma grande evolução dos mecanismos alternativos de controvérsias, representando um real ganho para a jurisdição “atípica” (pela primeira vez se enxerga a mediação com o mesmo grau de importância da jurisdição “típica”).

Além disso, a própria alteração da postura estatal frente aos indivíduos demonstra a adequação da mediação pós-judicial nesse cenário de mudanças. A alteração do perfil estatal nada mais é do que a análise da passagem de um Estado Liberal para um Estado Social e, posteriormente, para um Estado Gestor ou Gerencial. Em verdade, o que de fato nos interessa é a dicotomia entre o Estado Liberal e o Estado Gestor, a fim de que se acentue a alteração do relacionamento entre o Estado e os indivíduos. O Estado Liberal, em síntese, possuía uma estrutura pautada no soberano, o que fazia com que não fosse viável falar em diálogo entre Estado e indivíduos. Um dos

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: *Relativização da Coisa Julgada - enfoque crítico*. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p. 20.

pilares desse modelo estatal era o Princípio da Legalidade, o que justifica toda a rigidez e falta de flexibilidade da época, fato que fazia com que as decisões emanadas pelo Estado fossem intocáveis. O Estado Gestor, que nasce em um cenário de globalização, além de gerar uma pluralização das demandas, fazendo com que as mesmas deixem de ser individuais e passem a ser coletivas, traz em seu bojo uma espécie de parceria entre o público e o privado, passando a haver uma preocupação maior da Administração Pública com a eficiência em detrimento da legalidade.

Dessa forma, não sendo mais o Estado grandioso e infalível, amplia-se a possibilidade de diálogo deste com os indivíduos, fazendo com que deixe de existir uma relação verticalizada entre a autoridade estatal e a sociedade, passando ambas a atuarem como personagens de igual importância. Essa alteração da postura estatal acaba por justificar o próprio surgimento da mediação pós-judicial, já que o declínio do autoritarismo estatal também reflete nas decisões judiciais e na idéia de que os juízes são figuras sacrossantas.

Ora, reconhecendo-se que o Estado não é infalível, não mais se justifica considerar a decisão judicial, de forma absoluta, como a “última palavra”, já que esta nada mais é do que uma manifestação de vontade do próprio Estado. Passa-se a exigir, portanto, decisões que se coadunem verdadeiramente com a idéia de pacificação social, o que representa um rompimento com as arbitrariedades estatais. Então, diante de todas essas mudanças, torna-se inegável a consonância da mediação com os ditames contemporâneos, precipuamente a mediação judicial, que se afigura como um método alternativo de solução de controvérsias que põe em cheque a clássica superioridade da jurisdição típica. Assim sendo, se empregada de forma coerente e comprometida e, respeitando-se, ainda, determinados limites impostos, quem sabe a mediação pós-judicial não possa configurar um passo importante para o futuro da mediação no Brasil?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça - tradução e revisão de Ellen Gracie*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002.

GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v.I. Rio de Janeiro: Forense.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

LOPES, Vitor Carvalho. *A mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*. 206 fls. Dissertação. Mestrado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MORAIS, José Luis Boldan de. Crise(S) da Jurisdição e Acesso à Justiça - Uma questão recorrente. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.). *Estudos sobre mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC Editora, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2^a ed. São Paulo: Método, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. 1^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa - um novo caminho? In: POLIDO, Liliana Vieira, *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 47, dez.2007 / jan.2008.

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

A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO NO PLANO DO PODER JUDICIÁRIO

THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION PLAN OF THE JUDICIARY

Fabiano Gosi de Aquino

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor de prática processual cível na Universidade Estácio de Sá.

Resumo: A construção de uma verdadeira democracia deve ocorrer com uma efetiva participação dos seus destinatários. O Judiciário, eventualmente, é chamado para reconhecer direitos e para aferir a constitucionalidade de normas. Portanto crescente o papel do Poder Judiciário no fortalecimento do Estado Democrático. O trabalho propõe uma efetiva participação popular na discussão destas decisões. Aplicável as idéias do agir comunicativo como forma de legitimação dos julgados com repercussão ampla. Através de Jürgen Habermas e Robert Alexy, o artigo propõe uma integração entre a sociedade e o Judiciário na construção das decisões não cingidas ao plano procedimental, mas de reconhecimento de direitos.

Abstract: The construction of a true democracy should occur with an effective participation of the recipients. The Judiciary, eventually is called to recognize rights and to measure the constitutionality of rules. So, it is growing the Judiciary role in strengthening of democratic. The paper proposes an effective public participation in the discussion of the decisions. Applicable the ideas about theory of the communicative

action as the way for legitimation of the decisions with wide repercussion. By Jürgen Habermas and Robert Alexy, the paper proposes an integration between society and Judiciary in the construction of the decisions non restricted to plan procedural but recognize rights.

Palavras-chave: Democracia. Sociedade. Judiciário. Agir. Comunicativo.

Keywords: Democracy. Society. Judiciary. Action. Communicative.

Sumário: 1. Introdução 2. A construção da democracia verdadeiramente participativa. 3. O papel do poder judiciário na formação de uma democracia e como o discurso democrático pode contribuir nas suas decisões. 4. Casos de utilização da participação popular nas cortes brasileiras. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1) **Introdução:**

Na manutenção do Estado Democrático, como se pretende, a participação popular deve ser constante e efetiva, sendo o caminho para a legitimação do poder do Estado em relação aos cidadãos.

Criticável a atual concepção de legitimação do poder político pelo princípio da representatividade e pelo princípio majoritário, surgindo, como perspectiva factível, a introdução da teoria do agir comunicativo na construção de um ordenamento jurídico realmente fruto da soberania popular.

Mas importante afirmar que a construção de um Estado democrático deve ser feita com a afirmação de todos os Poderes igualmente e no respeito às suas correspondentes funções.

Inicialmente caberia ao Legislativo a função de construção de normas a serem aplicadas pelo Executivo e pelo Judiciário. Logo, perfeitamente aplicável a proposta de legitimação das normas com base na discussão proporcionado pelos agentes sociais no âmbito do Poder Legislativo.

Todavia, não são raros os casos em que o Poder Judiciário é chamado para contribuir com a formação e afirmação de normas e, portanto, igualmente necessária a busca pela legitimidade.

Propõe o trabalho a busca pela legitimidade destas normas oriundas do Poder Judiciário que impliquem em reconhecimento de direitos ou da retirada de leis em confronto com o texto constitucional pela natureza de generalidade e abstração, próprias das leis oriundas do Poder Legislativo.

2) A construção da democracia verdadeiramente participativa:

O conceito de democracia, tal como constituído hoje, está assentado na idéia de poder da maioria sobre a minoria. Os preceitos adotados são aqueles oriundos da vontade da maioria. Apelando-se para a idéia de bem comum e vontade da coletividade a ordem prevalente é aquela que encontra apoio no maior número do total de participantes do processo de construção.

Essa linha de pensamento é construída com base nas idéias de equidade, pois os indivíduos possuem igualdade nas tomadas de decisões. São considerados no mesmo plano em relação aos demais e, essa concepção, acaba por permitir que a vontade da maioria se sobreponha à vontade da minoria. No sentido em que todos são iguais a legitimação ocorre pelo poder majoritário.

Para Habermas trata-se de uma perspectiva liberal, não representando efetivamente os ideais republicanos onde a formação democrática da vontade encontra assento em um entendimento ético-político buscado no consenso entre os sujeitos privados.

Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios,

etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais.¹

Tal como concebida hoje, a democracia representa apenas uma forma de legitimação do poder político. A vontade da maioria tem o objetivo de legitimar o poder pelo governo bem como o uso desse poder, sem se preocupar com o seu verdadeiro e legítimo senhor que é a sociedade. Neste sentido desejável um transbordamento da restrita idéia de legitimação de um poder para abranger seus reais destinatários.

A democracia suportada, exclusivamente, na prevalência da vontade da maioria mostra-se frágil, pois seu único fundamento de manutenção é a idéia, ou anseio, da minoria tornar-se maioria depois de um período de predomínio do grupo oposto. Isso não seria suficiente para se alcançar os reais ideais democráticos, pois o povo vê-se excluído do processo de construção jurídica. A maioria reveste-se da “legitimidade” de defesa do interesse prevalente e tenta impor suas vontades excluindo os anseios da minoria e, por vezes, até mesmo da maioria que diz representar.

Outros autores criticam esta base majoritária de legitimação do processo como John Dewey que prevê uma maneira de construção de uma decisão com base no debate e ponderações acerca de concepções que podem levar em conta pontos de vista da minoria. Verifica-se a construção de uma tese que considera a necessidade de integração entre os partidos.

Os críticos têm razão em afirmar que a regra da maioria, enquanto tal é absurda. Porém, ela nunca é pura e simplesmente uma regra da maioria... É importante saber quais são os meios através dos quais uma maioria chega a ser maioria: os debates anteriores, a modificação dos pontos de vista para levar em conta as opiniões das minorias... Noutras palavras, a coisa mais importante consiste em aprimorar os métodos e condições do debate, da discussão e da persuasão.²

Robert Alexy também defende uma concepção de democracia fundada num procedimento de decisão pelo argumento, realizando uma crítica parecida com a de Habermas acerca da afirmação democrática na vontade da maioria. Para Alexy o

¹ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, pag. 27

² Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro, 1997 pag. 43

modelo democrático ideal é aquele construído no conceito de argumento, tornando-se deliberativo.

Existem idéias extremamente diferentes de democracia. O princípio do discurso exige a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é mais que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses abaixo do limite da ditadura ou da guerra civil. Nela o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, desse modo, a possibilidade de racionalidade discursiva.³

Criticável também a construção de um sistema de direitos com caráter individualista. Preferível a utilização de atores coletivos, pois isso permite uma maior proteção dos bens coletivos da sociedade contra os riscos do subjetivismo. É o ideal que a construção ocorra coletivamente tendo em vista a maior abrangência dos efeitos e benefícios das decisões que são dissociadas do caráter individualista. Por isso a crítica feita por Habermas, partindo-se das lições de Willke.

Tal reestruturação do direito não pretende, no entanto, abandonar a idéia do Estado de direito, apenas interpretá-la de outra maneira. Sob essa premissa, uma legalização dos sistemas de negociação é suficiente para garantir sua legitimidade: Sociedades altamente complexas podem ser tidas como democráticas quando essa idéia (do Estado de Direito) é estendida à sociedade como um todo e quando a estruturação específica da sociedade permite garantir e promover a autonomia e a diferenciação de seus sistemas. Isso não constitui apenas um fim em si mesmo para a manutenção do grau de diferenciação funcional atingido, mas serve para a generalização da proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos privados.⁴

³ Constitucionalismo Discursivo. ALEXY, Robert. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pag. 35

⁴ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, pag. 81

Por isso altamente recomendável, em benefício da sociedade, que a integração da sociedade seja realizada através do poder comunicativo dos cidadãos. A formação da opinião precisa socorrer-se dos meios de comunicação informal da esfera pública, das associações e da esfera privada. Os atores da sociedade civil, de certa forma negligenciados, devem assumir uma função ativa em razão das conseqüências de uma situação de crise.

É neste contexto que Habermas defende a idéia do agir comunicativo como ferramenta para a legitimação das decisões e na própria criação do poder político, criticando a oposição atual entre partidos e idéias confrontantes onde a maioria prevalece sobre a minoria e o respeito a esse pacto entre os partidos reside exclusivamente na possibilidade de inversão do jogo, ou seja, na possibilidade da maioria atual tornar-se uma minoria no futuro.

Por isso a tese de se construir uma verdadeira democracia com base na participação de todos os integrantes, com a inserção de teses e na adequação do caso concreto à vontade de todos. O consenso é o pretendido para a construção de uma ordem justa e adequada para todos.

Segundo Habermas as esferas públicas são campos de debate acerca de temas de relevância social. As discussões intersubjetivas, decorrente das relações interpessoais, de pessoas atingidas, permitem a tomada de posições em confronto com as idéias apresentadas por outros, superando a posição de meros observadores, possibilitada pela liberdade comunicativa recíproca através da linguagem. O surgimento de idéias qualificadas é decorrência dessa “comunicação pública”.

Embora a tese defendida por Habermas possa sofrer crítica sobre a possibilidade dessa esfera pública tornar-se alvo de influências sobre os agentes coletivos e, de certa forma, desvirtuar o real objetivo pretendido pela sociedade, ou até mesmo provocar mudanças de orientações por parte dos agentes, deve-se na verdade, entender que essas influências devem ser recebidas como um fator de enriquecimento do discurso. São, exatamente, essas influências as molas da formação da convicção de seus membros autorizados, capaz de transformá-la em poder político, ou seja, capaz de levar a decisões impositivas. Aqueles que pretenderem exercer sua influência para obtenção de interesses ocultos e contrários ao interesse coletivo serão vítimas do insucesso posto que

em algum momento essa manipulação estará sujeita a algum tipo de crítica e a posterior perda de credibilidade. Ainda assim o discurso restará enriquecido.

Na esfera pública luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera. Nessa luta não se aplica somente a influência política já adquirida (de funcionários públicos comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como o Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo a autoridade de membros de igrejas, a notoriedade de literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, do showbusiness, etc.).⁵

Pela Teoria do Discurso existe a possibilidade de construção de uma verdadeira democracia assentada na vontade pura da sociedade. A força legitimadora passa a ser a dos reais destinatários. O processo democrático constitui-se no caráter discursivo, e este, por sua vez é alimentado com informações e argumentos, permitindo a formação da vontade política coletiva.

Na visão de Habermas o processo democrático carrega o fardo da legitimação, pois ele precisaria assegurar simultaneamente a autonomia pública e privada dos sujeitos de direito. Para a criação de direitos subjetivos privados e para fazer impor estes direitos os afetados deveriam esclarecer, em discussões públicas, a opção por determinada posição. Somente com a utilização do poder comunicativo seria possível a formação democrática da vontade, verdadeira fonte da legitimação das decisões políticas. Os cidadãos devem deixar de lado a posição de sujeitos privados do direito para assumir o papel de participantes do processo de entendimento e na formulação de regras de convivência.

Por seu turno o princípio da teoria do discurso introduz um elemento realista, na medida em que desloca as condições para uma formação política racional da opinião e da vontade: ele as retira do nível das motivações e decisões de atores ou grupos singulares e as transporta para o nível social de processos

⁵ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, pag. 95 e 96

institucionalizados de resolução e de decisão. E aqui emerge o ponto de vista estruturalista: processos democráticos e arranjos comunicativos podem funcionar como filtros que selecionam temas e contribuições, informações e argumentos, de tal modo que somente ‘contam’ os que são válidos e relevantes.⁶

Pretende-se superar a idéia simplista de que o direito encontra legitimação em um direito superior ou que encontra esteio na vontade do legislador.

A proposta apresentada por Habermas pode ultrapassar o plano de criação do direito legislado e ser aplicada no âmbito das Cortes, pois não raros são os casos onde o legislador não atingiu a regulamentação plenamente com a previsão de uma norma. E nesse aspecto, diante da necessidade de resposta aos jurisdicionados, o Poder Judiciário, após o amadurecimento da questão, permitido pelos debates daqueles virtualmente atingidos pela decisão, poderá proferir decisão que se ajuste aos anseios de todos.

Para Robert Alexy, analisando outra perspectiva, as normas oriundas do legislativo podem afrontar direitos fundamentais ou conflitar com princípios democráticos. Nesses casos a jurisdição constitucional estaria apta a refutar as violações, excluindo o risco de eventuais proteções também no âmbito das cortes com a efetivação de uma representação argumentativa por parte dos cidadãos.

Se o processo de formação da vontade política dá bom resultado, a maioria parlamentar irá regar exigências da democracia deliberativa, como as duas antes mencionadas, em forma de leis. As leis irão, então, também respeitar e concretizar direitos fundamentais. Mas o que é, quando leis são aprovadas, que violam direitos fundamentais ou destroem a democracia deliberativa? Pode-se, então, ou confiar na força de cura espontânea da democracia ou receitar o medicamento da jurisdição constitucional. A favor do último fala que, em caso contrário, déficits crônicos podem ameaçar e crises levar a um fim mortal, embora isso devesse ter sido impedido. Assim, as maiorias são propensas a isto, preservar em privilégios e costumes agradáveis, também quando elas violam direitos das

⁶ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, posfacio, pag. 324

minorias, e nunca pode ser excluído que forças obtenham a maioria, que querem eliminar a democracia deliberativa. A jurisdição constitucional, todavia, não é um remédio universal. Se não mais existe o suficiente que quer a democracia, então ninguém pode salvá-la. Além disso a democracia também pode desenvolver efeitos negativos. Cada jurisdição contém o perigo do paternalismo. Esse, somente então, pode ser conjurado, se a jurisdição constitucional, como uma representação argumentativa dos cidadãos, primeiro, está claramente mais próxima de ideais discursivos que levou à lei anulada, e se, segundo, no processo político posterior, a decisão do tribunal constitucional é reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria.⁷

Logo, a defesa da legitimidade do direito também ocorre no plano do Tribunal Constitucional, pois, repita-se, em muitas ocasiões o julgador deve manifestar-se acerca de determinada situação levada ao Judiciário onde o legislador não alcançou de maneira detalhada ou, ainda que previsto ordinariamente, pode confrontar princípios ou normas de índole constitucional.

3) O papel do poder judiciário na formação de uma democracia e como o discurso democrático pode contribuir nas suas decisões:

Sempre se firmou o entendimento de que o Poder Judiciário é parte fundamental na construção de uma sociedade democrática e que essa participação, numa visão reducionista, consistiria na observância dos preceitos constitucionais e na aplicação da lei ao caso concreto. Todavia a sociedade espera uma postura mais ativa por parte do Poder Judiciário. Não há mais como admitir um Judiciário distante dos debates sociais, pois deve assumir o seu verdadeiro papel de partícipe na evolução social. O Judiciário precisa democratizar-se em seus procedimentos internos bem como buscar legitimidade no povo.

⁷ Constitucionalismo Discursivo. ALEXY, Robert. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pag. 36

O Poder Judiciário, principalmente no plano dos tribunais superiores, vem sendo invocado a decidir sobre questões onde o legislador não alcançou, e também não raro, vem proferindo decisões que não estão restritas ao aspecto procedimental. Questões no plano do direito material são decididas todos os dias pelas cortes com base na aplicação de princípios, costumes e analogia com o direito comparado. Tudo isso por conta de uma atuação ineficiente do legislativo que acaba por deixar sem proteção direitos fundamentais dos indivíduos.

O juiz não pode escusar-se de julgar por faltar norma a respeito de determinada pretensão do indivíduo. Mas o que fazer quando o direito invocado não encontra amparo no ordenamento jurídico através de uma norma expressa? O *non liquet* é vedado e, portanto, caberá ao Judiciário o amparo pretendido.

Recentemente, vimos, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento das questões ligadas à união homoafetiva e suas repercussões. Trata-se de exemplo claro de omissão do legislador em regular adequadamente os reflexos patrimoniais e sociais das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Por diversas vezes ouvimos as justificativas dos representantes do povo no sentido de que a regulamentação só não ocorria por que a sociedade ainda não estava madura para reconhecer a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo bem como suas repercussões.

Diante desta situação coube ao Judiciário decidir se estas uniões seriam passíveis de reconhecimento e, por via de consequência, quais seriam os efeitos sobre questões conexas destas relações.

Por outro lado, o judiciário também é chamado para decidir acerca da justa adequação de normas infraconstitucionais em relação aos preceitos da Constituição Federal, através dos instrumentos de controle de constitucionalidade.

O papel da Suprema Corte é o de vigiar a manutenção e respeito à Constituição bem como atentar aos procedimentos e normas organizacionais das quais depende a validade legislativa dentro do processo democrático.

Esse controle pode ocorrer no plano procedimental bem no aspecto da justa adequação da lei aos direitos previstos na Constituição, ou seja, tanto o aspecto procedimental quanto o substancial devem estar em consonância com a ordem constitucional.

Tanto no reconhecimento de direito sonogados pelo legislador quanto na aferição de adequação da lei com a Constituição os tribunais vêm decidindo de maneira solitária ou isolada dos seus reais destinatários. Sem o adequado amadurecimento do debate como forma de tornar mais democrática possível a decisão.

O crescimento do âmbito de atuação do Poder Judiciário não é contrário à democracia, na verdade, está em consonância com ela. As relações entre o Direito e a Política no plano constitucional proporcionam um ativismo de agentes na construção da cidadania. No Estado verdadeiramente democrático, o Judiciário deve contribuir apresentando-se como um novo espaço público no qual participam os agentes através do processo e que poderão participar abertamente na interpretação dos valores constitucionais.

A ampliação da função política do Judiciário, onde formas de ação devem estar à disposição do cidadão para participar da elaboração do direito. Neste sentido a legitimidade discursiva dentro do Judiciário contribuiria para a afirmação de uma democracia constitucional e que poderia ser construída a partir de algum nível de consenso.

Peter Habermas, na obra *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*, vê na construção coletiva uma maneira de se aproximar dos objetivos constitucionais atribuindo aos indivíduos a tarefa de levar os argumentos às cortes, enriquecendo o discurso e a mais acertada decisão.

Existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo, a respeito da concepção tradicional de Democracia. Alcança-se uma parte considerável da Democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos ‘sobre’ e ‘sob’ as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (...) A sociedade tornou-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação

constitucional. (...) os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição.⁸

Hoje percebemos que o Judiciário deixou de ter apenas a função de reguladora de conflitos intersubjetivos e passou a representar um local de discussão de questões de interesse social do Estado Democrático. A participação social atribuiu um cenário político, pois a jurisprudência deixou de representar mero fruto do labor individual do juiz e passou a ser construída com base no esforço coletivo.

Neste sentido o Poder Judiciário afirma-se como poder político e em suas cortes cresce a produção política, através da representação discursiva.

Ademais a citação feita por Habermas sobre a importância da participação coletiva nos casos de controle abstrato de normas, isso porque o Judiciário atua como verdadeiro legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico norma em confronto com a Constituição.

Com relação a tarefa de controle abstrato de normas, Frank I. Michelman, parte, do mesmo modo que Ely, da premissa segundo a qual o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. E, nesse processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo – como origem de todas as

⁸ Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição. HABERLE, Peter. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997. pag. 39

autorizações de normatização – no quadro de uma compreensão procedimental.⁹

Todavia, embora conste do texto constitucional a função precípua do Supremo Tribunal Federal, a guarda da constituição, não se pode verificar a participação da sociedade neste processo.

Indiscutível, portanto, o papel de destaque do Poder Judiciário na afirmação de um Estado Democrático. A bem da verdade essa função nunca foi questionada, mas ficava restrita à qualidade de aplicador do direito positivado e fiscal e guarda dos preceitos constitucionais.

Todavia o plano de atuação vem sofrendo uma reformulação para atribuir um cunho político nas suas instâncias, pois com as crescentes ações dos indivíduos, trazendo para o campo de discussão do processo, idéias e argumentos capazes de enriquecer as decisões judiciais, houve um alargamento da função jurisdicional. Os discursos passaram a integrar fonte de construção da jurisprudência.

4) Casos de utilização da participação popular nas cortes brasileiras:

Na esteira daquilo que foi sustentado, isto é, na importância do Poder Judiciário na formação de uma verdadeira democracia participativa, passa-se à análise das normas em vigor no ordenamento jurídico que permitem uma participação popular, alargando os argumentos das partes da relação processual.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se uma tímida possibilidade de participação popular na discussão de temas de relevância nas nossas cortes.

Inicialmente tem-se a figura do *amicus curiae* previsto nos arts. 7º parágrafo 2º da Lei 9868/99 que regula o procedimento da Ação direta de inconstitucionalidade e Art. 6º parágrafo 1º da Lei n. 9882/99 que cuida da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Segundo os dispositivos, o relator, no curso do procedimento da poderá, mediante decisão irrecorrível, admitir a manifestação de órgãos ou entidade interessados no desfecho da questão.

⁹ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997. pag. 330

Nas lições de Luis Roberto Barroso, figura do *amicus curiae* permite a utilização, no processo, de outras concepções e pontos de vista parciais, orientados por valores e princípios de ordem moral, religiosa, filosófica, política, entre outros. Esta atuação divorciada da neutralidade permite o enriquecimento e amadurecimento das questões que resultarão em uma decisão que terá eficácia genérica.

A expressão significa, literalmente, “amigo da corte”, designação dada a pessoas ou organizações, distintas das partes do processo, admitidas a apresentar suas razões, por terem um interesse jurídico, econômico, ou político no desfecho do julgamento. A prática é mais comum em casos apreciados pela Suprema Corte, normalmente aqueles envolvendo liberdades públicas, como o fim da segregação racial nas escolas, discriminações no emprego e aborto.¹⁰

A figura originária do direito norte americano possui atuação muito restrita no Brasil, pois a admissão fica subordinada à decisão do relator que poderá indeferir seu ingresso sem que, contra essa decisão, caiba qualquer recurso.

Percebe-se que a figura, suficiente para o enriquecimento do discurso no âmbito da Suprema Corte, capaz de proporcionar uma efetiva participação popular como forma de assegurar o pleno exercício da democracia argumentativa ainda é um elemento com eficácia contida, colidindo com a desejável discussão e amadurecimento das idéias.

Em vigor atualmente no ordenamento jurídico temos alguns instrumentos processuais onde se verifica a possibilidade de participação de pessoas estranhas à relação processual como forma de contribuir para a formulação da decisão. Cite-se, somente a título de ilustração, o disposto no Art. 543-C parágrafo quarto do Código de Processo Civil.

Em todas as situações em vigor, onde se percebe a possibilidade do amadurecimento da discussão através da participação coletiva, há limitações quanto à sua efetivação. Afirma-se isso pois na maior parte dos casos cabe ao relator a verificação da relevância e do cabimento da participação de terceiros estranhos à relação processual e, ainda, o indeferimento quanto à participação de terceiros é irrecurável.

¹⁰ Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Barroso, Luiz Roberto, 2ª Ed., Ed. Saraiva, 2008, pag.

A democratização do julgado, pelo amadurecimento da discussão, fica relegada à decisão “tirânica” do relator designado no feito. O indeferimento quanto à pretensão de participação de terceiros fica conferida a uma única pessoa em que o legislador atribui a função de, *sponte sua*, aferir se há necessidade de ouvir terceiros ou não.

Tem-se também o registro de utilização das consultas públicas realizadas pelos Tribunais Superiores quando do amadurecimento acerca de temas de repercussão. Medida salutar e de eficácia importante para o amadurecimento pelo discurso dos agentes interessados.

Neste aspecto especificamente há o reflexo da real intenção do agir comunicativo, pois se permite a concretização de um entendimento através da reflexão dos diversos pontos de vista.

Outra hipótese de participação coletiva há de ser inserida no ordenamento jurídico com a aprovação do projeto de Código de Processo Civil, em trâmite atualmente no Congresso Nacional, que traz a inovação do incidente de resolução de demandas repetitivas onde no seu artigo 901 estabelece a participação das partes e dos interessados nas decisões que servirão de parâmetro para todas as demandas propostas acerca de temas idênticos.

Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.¹¹

Significa a utilização de instrumento capaz de proporcionar o julgamento conjunto de causas idênticas partindo-se de entendimento firmado pelo tribunal através do incidente processual. Neste caso, o dispositivo, tal como está, parece não padecer das limitações dos atuais dispositivos em vigor.

¹¹ BRASIL. Projeto de Lei na Câmara dos Deputados n. 8.046/2010. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

Todavia, o dispositivo, ainda objeto de discussão nas casas legislativas da União, poderá ser alvo de uma limitação se for aplicada uma interpretação restritiva do dispositivo. Afirma-se isso pelo fato de o novel artigo traz a referência dos interessados na solução. É justamente este ponto que a limitação pode existir, tudo a depender da fixação do entendimento dos Tribunais.

O fato é que a participação popular no âmbito das cortes brasileiras ainda é muito tímida, deixando de lado a participação dos reais detentores da força legitimadora das normas e do processo democrático.

5) Conclusão:

Verifica-se, portanto, que a participação popular é a real força legitimadora das normas que orientarão os indivíduos nas suas relações.

Para Habermas a construção da democracia deve partir de um processo de construção coletiva onde os indivíduos são chamados para uma integração e a participação na construção da democracia deve ser feita pelos seus agentes.

Há a exclusão da idéia de maioria por não justificar a construção democrática, sendo um fundamento frágil que não se coaduna com os propósitos pretendidos de legitimidade.

Todavia a construção da legitimidade deve ser buscada também dentro do Poder Judiciário, pois, como apresentado, não são raros os casos em que uma decisão judiciária pode transbordar seus efeitos para além das relações subjetivas restritas, inicialmente, às partes.

Isso vem ocorrendo pelo fato da crescente adoção dos precedentes judiciais como parâmetro para a solução de situações de conflitos colocadas para o crivo pacificador do Judiciário. Repita-se que esta atuação ocorre pelo respeito à função típica de solucionar conflitos no âmbito intersubjetivo ou na atuação de legislador negativo.

Mas a repercussão ampla de decisões devem ser precedidas de uma força legitimadora popular, sob pena de instabilidade do processo de construção da democracia.

E a questão vem se tornando relevante pelo crescente papel do Judiciário, através de suas cortes superiores, e das decisões por elas proferidas ganhando contornos de orientação para os demais Tribunais e juízos monocráticos.

A utilização dos precedentes, como fórmula de composição de questões repetidas, reclama um amadurecimento da discussão sob pena de se criar uma decisão desprovida dissociada da natureza democrática.

A democratização das decisões judiciais de repercussão ampla deve ser buscada. A introdução dos diversos enfoques dos indivíduos, movidos por convicções políticas, sociais, religiosas podem servir de mola para impulsionar um precedente judicial realmente alicerçado em bases democráticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BRASIL. Projeto de Lei na Câmara dos Deputados n. 8.046/2010. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em :

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

BARROSO, Luiz Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

HABERLE, 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: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade**, Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997.

Habermas, Jurgen. **Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade**, Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DO
PRINCÍPIO DO ACESSO UNIVERSAL À JUSTIÇA. UMA ANÁLISE FEITA À
LUZ DO PLS Nº 166/2010 QUE INSTITUI O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL.**

Gabriela Pellegrina Alves

Discente da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), *Campus* de Franca/SP e membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado (NUPAD).

Júlio Camargo de Azevedo

Bacharel e Pós-Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), *Campus* de Franca/SP, Advogado e membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado (NUPAD).

Resumo: O sistema processual brasileiro vive notável evolução. Emendas Constitucionais, Pactos Republicanos, Projetos de Códigos Processuais, Resoluções do Conselho Nacional de Justiça, enfim, empreendem-se diversos esforços visando o aprimoramento do chamado Estado Democrático de Direito. Busca-se, sobretudo, alcançar o ideal de um processo justo, tempestivo, adequado e efetivo. Fazendo coro a estas perspectivas, o presente estudo investiga a possibilidade de concretização do princípio do acesso à justiça por meio das chamadas tutelas de urgência (antecipatórias e cautelares), conferindo especial enfoque à polêmica ponderação entre tempestividade e segurança. Por fim, almeja-se traçar perspectivas ao futuro das tutelas de urgência,

especialmente no que pertine às modificações trazidas pelo Projeto que institui o novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010), avaliando se a inédita sistemática aplicada ao tema poderá contribuir efetivamente à consecução do acesso à justiça.

Palavras-Chave: tutela de urgência; amplo acesso à justiça; tutela cautelar; tutela antecipada; novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010).

Sumário: 1. Noções Introdutórias. 2. Princípio do amplo acesso à justiça. 3. Os reflexos do tempo e a problemática social enfrentada pelo princípio do acesso à justiça. 4. Tutelas de urgência: tutela cautelar e tutela antecipatória. 5. A tutela de urgência como forma de realização da garantia constitucional de acesso à justiça. 6. Tutelas de urgência e o novo CPC. 6.1. Tutela da evidência. 6.2. Tutela cautelar e tutela antecipada. 7. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Noções introdutórias:

Evidente consignar que o processo civil brasileiro passa por um momento de densa modificação. A moderna concepção processual almeja propiciar às partes que recorrem ao Judiciário uma prestação jurisdicional ampla, eficiente, célere, módica, e simplificada.

Para tanto, reuniram-se em 2004, após a edição da Emenda Constitucional nº. 45, as três esferas de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) no que ficou conhecido como I Pacto Republicano, impulsionando um movimento de reforma do sistema de justiça processual em favor de um Judiciário mais rápido, democrático e eficaz. Este célebre episódio da história jurídica nacional procurou não só ampliar o acesso à Justiça, como também realizá-lo de maneira concreta e efetiva.

No entanto, apesar do esforço republicano, o I Pacto não surtiu todos os efeitos sociais desejados, isso porque os obstáculos imbricados à Justiça brasileira dificultavam a concretização dos direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, impediam a realização de um Estado Democrático de Direito. Assim, no dia 13 de abril de 2009, compuseram-se novamente os Presidentes da República, Senado Federal, Câmara dos Deputados e Supremo Tribunal Federal, no Palácio do Buriti, em Brasília, para a

assinatura do então II Pacto Republicano de Estado.

Neste segundo momento, os signatários pretenderam aprimorar os instrumentos dispostos à consumação daqueles objetivos previstos no I Pacto Republicano, qual seja, um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. Assim ficou estabelecido, na apresentação preliminar de motivos do pacto supracitado: *“considerando que a efetividade das medidas adotadas indica que tais compromissos devem ser reafirmados e ampliados para 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”*.¹

Fazendo coro a esta perspectiva, delineou-se, em seguida, o rol de objetivos previstos para o fiel cumprimento do pacto, destacando-se, dentre as metas traçadas, o *“acesso universal à justiça, especialmente dos mais necessitados”* e o *“aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos”*.²

Nessa linha, a última reforma republicana pautou-se pela busca incessante daquilo que se convencionou chamar de acesso universal à Justiça, procurando realizá-la não só em sua acepção formal, como também em seu sentido material (justiça efetiva).

Diante deste quadrante, a fim de atender aos objetivos republicanos projetados ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, importante destacar o papel das tutelas de urgência, enquanto procedimentos processuais especiais que visam acautelar ou satisfazer, tempestivamente, direitos sob perigo iminente, sem a qual não se permitiria falar em um acesso universal à justiça.

2. Princípio do amplo acesso à justiça:

Ab initio, é curial estabelecer que os vetores principiológicos constitucionais devem guardar estreita conexão com a evolução do pensamento processual. Nesta esteira, faz-se necessário, à sua plena realização, que estas balizas sejam aplicadas de

¹ BRASIL. II Pacto Republicano. 13 de abril de 2009. Dispõe sobre as orientações por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. Arquivo digital do Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PactoRepublicano.pdf>> acesso em 09/03/2010.

² Idem.

forma conjunta e harmônica, sob pena de, se assim não o fizer, depararmos com a mesma isolabilidade e inoperância fincada durante anos de prestação jurisdicional inefetiva.

Assim, ao analisarmos o princípio do acesso à justiça, prudente verificarmos lapsos de incidência de outros versículos constitucionais impulsionadores da evolução do pensamento processual, quais sejam, o devido processo legal, a celeridade processual, a economia processual, a efetividade, a instrumentalidade das formas, a adequabilidade, enfim, todos os instrumentos dispostos à plena e efetiva celebração da justiça, hoje considerados.

Postas estas necessárias premissas, tem-se que o princípio do amplo acesso à justiça – também denominado *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, *princípio da proteção judiciária* ou *princípio do direito de ação* – adaptou-se a partir de uma formulação elementar, de direito natural, para só depois avançar a um direito público subjetivo individual. Com o passar do tempo, o princípio em comento logrou ares de garantia fundamental, assumindo um papel político e social de instrumento à consecução de uma ordem jurídica justa.

Tal princípio encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estampa tanto a apreciação de lesão a direito em via repressiva (quando já constatada a violação do direito), como também a chancela em via preventiva, diante de qualquer ameaça que possa por em cheque um direito subjetivo. Reza o supracitado artigo “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Para José Roberto dos Santos Bedaque

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o

processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, justo.³

Como ensinam os professores Cintra, Grinover e Dinamarco, temos

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.⁴

Reforçando que a tutela jurisdicional deve ser prestada de maneira adequada, ensina Nelson Nery Junior

Pelo princípio constitucional do direito de ação todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*, não é suficiente o direito a tutela jurisdicional. É preciso que esta tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.⁵

Ressaltando a importância do axioma em comento, vem a pelo os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª e. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.⁶

Complementa ainda, citando Kazuo Watanabe

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.⁷

Na linha das lições suso ofertadas, deduz-se que o princípio do acesso à justiça somente realiza-se plenamente quando aplicado em consonância com outros princípios jurídicos – *da máxima efetividade; da celeridade processual; da adequabilidade; da instrumentalidade das formas etc* – os quais, se somados e empregados harmonicamente, conjugam esforços à realização da efetiva tutela jurisdicional.

Importante consignar, a título de esclarecimento, que o axioma ora analisado não se caracteriza como uma manifestação positiva do Estado com relação à pretensão formulada pela parte. Ter acesso à justiça não significa obter a procedência do pedido trazido ao Judiciário. Em verdade, significa bem mais que isso.

Quando o cidadão formula uma pretensão e impulsiona o Judiciário,

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª e. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 372

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª e. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 114-115.

automaticamente lhe é assegurado o direito da obtenção de uma resposta do Estado afeta ao direito discutido na lide. Ou seja, cumpre ao Estado a obrigação inafastável de dizer o direito, na hipótese do caso concreto. Daí falar-se em *inafastabilidade de jurisdição*. Desacertado é supor que essa resposta do Judiciário deva ser favorável a pretensão do indivíduo. Neste sentido, Marcos Destefanni

O cidadão tem, portanto, um poder de movimentar a máquina judicial e de obter do Estado a prestação jurisdicional. Porém é de frisar que não há qualquer obrigação quanto ao resultado do processo. A obtenção ou não do direito pleiteado em juízo diz respeito ao mérito. Aliás, o próprio réu, que pode ser vencido na ação, tem direito à tutela jurisdicional, mesmo porque, além de gozar dos mesmos direitos e das mesmas garantias constitucionais de que goza o autor, não será privado de seus bens ou de sua liberdade sem que se observe o devido processo legal.

O reconhecimento da garantia de tutela jurisdicional ao cidadão, a nível constitucional, reforça a ideia da existência de um dever do Estado para com aquele que demanda em juízo.⁸

Assim, o princípio do amplo acesso à jurisdição consubstancia-se em uma verdadeira busca à realização da justiça, contrapondo-se a todos os obstáculos formais ou materiais que impeçam o cumprimento das garantias fundamentais previstas em um Estado Democrático de Direito.

3. Os reflexos do tempo e a problemática social enfrentada pelo princípio do acesso à justiça:

O princípio da inafastabilidade de jurisdição, como garantia fundamental exposta na Carta Magna, enfrentou – e ainda enfrenta – diversos obstáculos à sua plena

⁸ DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 283.

realização. Isto decorre da vasta gama de empecilhos estruturais, sociais e temporais, que afetam o sistema da Justiça nacional, impedindo a plena obtenção da tutela jurisdicional.

Destarte, embaraços como a insuficiência da estrutura do Poder Judiciário para lidar com o enorme volume de demanda que recebe diariamente; a baixa informatização dos procedimentos judiciais; a burocracia da máquina estatal, enfim, todas as dificuldades de se cumprir às promessas do acesso à justiça, passam a vivenciar a necessidade de aperfeiçoamento, de medidas que visem o reequilíbrio entre as garantias processuais e a efetividade da jurisdição.⁹

Em tom professoral, ensina Kazuo Watanabe

[...] o acesso à justiça é fundamentalmente o direito de acesso à ordem jurídica justa. Esse direito certamente inclui: 1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; 2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e, por derradeiro, 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.¹⁰

A propósito, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sucinta obra datada de 1988¹¹, já apresentavam estes entraves ao princípio do acesso à justiça, separando-os em

⁹ Dentre estas medidas citam-se, a título de ilustração: a) a simplificação dos atos judiciais; b) a flexibilização procedimental; c) a regulamentação dos meios eletrônicos para documentação e prática jurídica; d) a ampliação da efetividade das decisões de primeira instância restringindo as hipóteses de cabimento de recursos procrastinatórios; e) a regulamentação e fortalecimento dos mecanismos extrajudiciais; f) a criação de Juízos, Câmaras e Turmas especializadas etc. BRANDÃO, Raimundo dos Reis. *O acesso à justiça como direito fundamental*. Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça (BDJUR). Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> acesso em 31/06/2009.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Participação e processo*. 1ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

¹¹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

três classes distintas, que o autor denominou como “*as três ondas*” de barreiras contra o acesso à justiça.

Concisamente, os autores atribuíam à *primeira onda* de obstáculos, os empecilhos econômicos enfrentados pela sociedade de baixa renda, no acesso à prestação jurisdicional. O acesso à justiça era, sobretudo, demasiadamente custoso.

A barreira supraindicada não mais representa o principal problema do Judiciário brasileiro, eis que vem paulatinamente sendo solucionada a questão do custo do processo. A atuação da Assistência Judiciária gratuita e, mais recentemente, a consolidação das Defensorias Públicas, estão a desempenhar importante papel no combate ao elitismo econômico que assolara nosso Judiciário em outras épocas. Além disso, procedimentos especiais foram criados para solucionar a insuficiência de recursos da parte economicamente debilitada no processo. Citam-se aqui as Justiças especializadas (Juizados Especiais).

Neste passo, ainda que não plenamente solucionada, a barreira econômica caminha rumo a melhoras, vez que diversos instrumentos vêm sendo disponibilizados à sociedade a fim de possibilitar o acesso de todos à justiça.

Por sua vez, a *segunda onda* foi conceituada como o obstáculo à identificação e representação de alguns direitos emergentes à realidade social. O instituto refere-se aos direitos metaindividuais, gênero do qual são espécies os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Tais direitos evidenciaram-se ao contexto jurídico antes mesmo de delimitado seu conceito e extensão, motivo pelo qual se demonstrou árdua a tarefa de classificação e defesa destes direitos, até então carentes de proteção.

Com o esforço de uma parcela da doutrina, o direito coletivo, e conseqüentemente o processo coletivo, galgou ares superiores, a ponto de estar-se falando atualmente em um Código Brasileiro de Processo Coletivo,¹² com principiologia própria, capaz de libertá-lo das amarras tradicionais do direito privado, ramo este insuficiente enquanto instrumento à tutela metaindividual.

Por derradeiro, e aqui consiste o ponto sobre o qual este trabalho se debruça com maior energia, a *terceira onda* forma-se em procura da superação das barreiras ditas processuais, ou seja, intenta-se alcançar os valores materializados como direitos e

¹² Projeto de Lei 5.139/09. Dispõe sobre o processo coletivo e as ações coletivas.

garantias fundamentais, porém de maneira efetiva, concreta, não mais fazendo destes pressupostos essenciais verdadeiras “letras mortas” contidas em lei.

Nesta senda, a preocupação fulcral concernente à concretização do princípio do acesso à justiça, paira, modernamente, sobre a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Como ilustrado anteriormente, esta tutela deve ser prestada de maneira adequada e, mais do que isso, dentro de um prazo razoável.

Luis Guilherme Marinoni estampa claramente a importância da aplicação conjunta do princípio da efetividade, na lição a seguir destacada

O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.¹³

Fernando da Fonseca Gajardoni acrescenta, com a devida propriedade, o mérito da tempestividade na prestação da tutela jurisdicional

Com efeito, ao lado da efetividade do resultado, imperioso é também que a decisão do processo seja também tempestiva. É inegável que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória, pois um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial do direito; e transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 01 out. 2009.

decisão. Conforme já se assinalou no passado, para que a justiça seja injusta, não é necessário que atue equivocadamente. Basta que não julgue quando deva.¹⁴

Afinado neste diapasão, conclui-se que o princípio do acesso à justiça deve ser condicionado a surtir efeitos em harmonia aos princípios da duração razoável do processo, da adequação e da tempestividade, a fim de efetivamente permitir que as lides levadas ao órgão julgante sejam analisadas convenientemente, e dentro de um lapso temporal aceitável às condições do processo.

4. Tutelas de urgência: tutela cautelar e tutela antecipatória:

As tutelas de urgência são evocadas quando há um risco plausível de que a tutela jurisdicional possa não se efetivar. Assim, visando evitar o comprometimento da prestação jurisdicional, deve-se promovê-las para que garantam a execução ou antecipem os efeitos da decisão final, sob pena da impossibilidade de execução futura e da composição do direito em lide.

Tal instituto apareceu com o intuito de evitar a perda ou deterioração do direito do demandante, tanto pelo decurso do tempo, quanto por qualquer outro meio lesivo, uma vez que o vagaroso trâmite do procedimento comum poderia causar danos irreparáveis à prestação pretendida pelo autor.

Diante deste quadro, infere-se serem as tutelas de urgência o remédio jurisdicional apto à regular o tempo necessário para que a prestação jurisdicional opere de maneira efetiva, visando o não esvanecimento do direito pretendido. Atuam estas tutelas através de procedimentos de ritos especiais, mais ágeis e adequados a antecipar o objeto mediato da ação ou acautelar o seu provimento final.

O gênero tutela de urgência subdivide-se em duas espécies distintas: a tutela antecipatória e a tutela cautelar. Apesar de apresentarem pontos convergentes, assentado é que ambas não se confundem.

Segundo ensinamentos de Ovídio Baptista, a tutela cautelar se define da seguinte forma,

¹⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 47.

A tutela cautelar é uma forma particular de proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, sempre que eles estejam sob ameaça de sofrer algum dano iminente e de difícil reparação, desde que tal estado de perigo não possa ser evitado através das formas normais de tutela jurisdicional.¹⁵

Marcelo Lima Guerra perfilha

A tutela cautelar se deixa definir, de uma perspectiva funcional, como aquela forma de tutela jurisdicional que visa a eliminar ou neutralizar um *periculum in mora*, ou seja, que se destina a garantir a prestação efetiva de outra forma de tutela jurisdicional, evitando ou neutralizando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez verificadas, obstariam à efetividade de tal prestação.¹⁶

Por sua vez, define Humberto Theodoro Jr.,

Consiste, pois, ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.¹⁷

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª e. São Paulo: RT, 2000, p. 339.

¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14.

¹⁷ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 362.

Há de se considerar ainda, que a tutela cautelar possui particularidades intrínsecas, próprias a distingui-la de outros procedimentos. Marcos Destefenni elenca, *a exempli gratia*, as características da tutela cautelar: *a preventividade, a instrumentalidade, a urgência, a hipoteticidade, a revogabilidade, a modificabilidade, a provisoriedade, a fungibilidade e a sumariedade*.¹⁸

Assim sendo, a medida cautelar, como produto do processo cautelar, é o provimento jurisdicional provisório e iminente, que deve ser concedido quando caracterizada a urgência (*periculum in mora*) e a aparência do direito invocado (*fumus boni iuris*), de maneira a conservar o pleno desenvolver do pleito principal.

Por sua vez, o instituto da tutela antecipada foi introduzido no Direito Brasileiro com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, que a regulamentou em seu artigo 273.

Pedro Barbosa Ribeiro, conceituando a tutela antecipada, ensina

O ato pelo qual o juiz, ante a prova inequívoca dos fatos articulados pelo autor, na peça exordial, e ante à verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido, concede o adiantamento da tutela jurisdicional pedida, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou que fique caracterizado, pelo comportamento do réu, o abuso do direito de defesa ou de seu manifesto propósito procrastinatório.¹⁹

Neste sentido, a tutela antecipada nasce como um instrumento visando à obtenção, por intermédio de técnica de cognição sumária, daquilo que a parte viria a conseguir somente no final do procedimento cognitivo normal. Com efeito, a tutela antecipatória trará à parte os efeitos da sentença de mérito pretendida: o objeto mediato pretendido pelo autor.

¹⁸ DESTEFENNI, op. cit., p. 215.

¹⁹ RIBEIRO, Pedro Barbosa. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica*. Instituição Toledo de Ensino - Bauru-SP. Abril a Julho de 1999. n. 25, p. 243.

Pertinente apontar os fundamentos presentes no artigo 273 do CPC, que versam sobre a possível utilização da tutela antecipada. É necessário que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), ou ainda, que se caracterize o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Necessária também a existência de uma ação em curso; da figura da prova inequívoca (representação cabal da situação narrada); da formulação de pedido da parte; e, por fim, que haja possibilidade de reversão do *decisum* concedido, em virtude daquela situação fática (*reversibilidade*).

Desta forma, para que o magistrado se convença acerca da verossimilhança do pedido da parte, é premente que esta demonstre a ocorrência de todos estes requisitos, a fim de obter a concessão da medida antecipada.

Com isso, nota-se que a tutela antecipatória, diferentemente da cautelar, nasce com espírito voltado ao pedido principal, já que o antecipa. Além disso, possui natureza satisfatória ao passo que traz de imediato o objeto final da sentença. Tal satisfação, entretanto, é parcial, uma vez que se encontra vinculada ao provimento que ainda virá a ser fixado definitivamente pelo magistrado.

Confirme leciona a diferenciação, os professores Nelson e Rosa Nery

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objeto conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).²⁰

²⁰ NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo: RT, 2002, p. 613.

Analisando o tema, Victor Bonfim Marins perfilha que

A antecipação de tutela tem o escopo de implementar desde logo os efeitos práticos da sentença de procedência, enquanto que a cautelar tem por função assegurar a idoneidade do processo, complexivamente considerado.²¹

Espancando qualquer dúvida restante, insta salientar que a tutela antecipada tem sempre natureza satisfativa, ao passo que, a tutela cautelar possui natureza assecuratória, mediante a qual o Juiz não satisfaz a alegação, apenas protege os meios para garantir a prestação da jurisdição. Famoso o brocardo baseado em Pontes de Miranda acerca das espécies de tutela de urgência: “*enquanto as cautelares garantem para satisfazer; as antecipatórias satisfazem para garantir*”.²²

5. A tutela de urgência como forma de realização da garantia constitucional de acesso à justiça:

Como já pontuado outrora, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Além do princípio do acesso à justiça, permite-se também inferir que essa prestação jurisdicional deve ser prestada de maneira efetiva, incidindo aí o princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Para que o cidadão possa exigir a prestação jurisdicional do Estado, mister que ele impulse, através do exercício de seu direito de ação, a máquina judiciária. Com efeito, o direito de ação é um direito público subjetivo reconhecido pelo Estado, o qual não pode ser restringido, a menos que exorbite excessivamente seu campo de aplicação. Em outras palavras, o princípio do acesso à justiça, por revelar-se como axioma

²¹ MARINS, Victor Bonfim. *Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*. Juruá: Curitiba, 1996, p. 567-570.

²² Para diferenciar os institutos da Tutela Cautelar e da Tutela Antecipada, Pontes de Miranda, muito convenientemente, diz tratar-se da “diferença entre ‘Segurança da Execução’ e ‘Execução para Segurança’ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, Tomo V.

constitucional, ostenta também limitações, obedecendo ao sistema hermenêutico da ponderação, como regra de convivência dos cânones jurídicos fundamentais.

Nesta perspectiva, o caminho perseguido pelo princípio do acesso à justiça encontra limites quando invade a órbita de efeitos de outro princípio constitucional: o *princípio da segurança jurídica*.

Nesta esteira, a segurança e a certeza obtidas pela regra da cognição exauriente só podem ser sacrificadas quando premente a necessidade de uma prestação tutelar urgente. Logo, verifica-se que a tutela de urgência será sempre exceção ao modelo processual esquadrihado para a maioria das pretensões deduzidas em juízo.²³

No entanto, apesar de seu caráter excepcional, uma vez observado seu requisito autorizador, qual seja, a urgência, tal espécie de tutela deve *obrigatoriamente* ser prestada. Mais do que isso, deve ser prestada de maneira efetiva, sob pena de estar-se incorrendo em gritante inconstitucionalidade, por violação ao princípio do acesso à justiça.

Desta forma, não pode o magistrado impedir, a pretexto do princípio da segurança jurídica, a manifestação de um direito dito iminente. Tal impedimento sacrificaria o direito público subjetivo do cidadão de obter a prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil à manutenção de sua pretensão.

Mais do que meios à consecução do acesso à justiça, as tutelas de urgência ostentam papel de destaque na busca pelo desenvolvimento do Estado, porquanto permitem sejam levados ao Judiciário litígios fugazes, que devem ser analisados sob a ótica de uma cognição revogável e provisória.²⁴

Com efeito, o tempo exerce influência direta sobre as tutelas de urgência. Como elemento fático que é o tempo pode vir a desequilibrar a conformação entre a tutela jurisdicional prestada e o direito pretendido na lide. O princípio da celeridade exerce, portanto, um importante norte a ser seguido pelo magistrado quando da aplicação das

²³ A coexistência de ambas estas matrizes constitucionais é medida que se impõe, sendo a ponderação de seu uso a pedra de toque da convivência hierárquica de princípios jurídicos, matéria que, apesar de muito rica para a Teoria Geral do Direito, foge ao proposto neste artigo.

²⁴ Sobre a provisoriedade, Arruda Alvim: “Se a situação criada pela concessão da tutela fosse irreversível, essa tutela concedida seria definitiva, no sentido de não poder mais vir a ser desfeita, ainda que, em tal hipótese, se pudesse pensar em dever o autor vir a pagar perdas e danos ao réu. A reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da Constituição, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado “sem o devido processo legal” e, ainda, teria sido esse alguém, privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF, Art. 5º, LV)”. *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 107.

tutelas de urgência como meio de permitir o amplo acesso à justiça.

Gajardoni oferece, com a devida propriedade, o equilíbrio entre a celeridade e a segurança das decisões judiciais, quando dispõe que “*celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização*”.²⁵

Afinado neste diapasão, o princípio da adequação estampa-se como instrumento auxiliar para que o magistrado consiga prestar a tutela jurisdicional em tempo hábil, garantindo que ela surta os efeitos esperados sem se desviar da forma.²⁶

6. Tutelas de urgência e o novo CPC:

Por derradeiro, sem pretender esgotar o tema, o que seria impossível dada à abrangência e o dissenso que paira sobre o assunto, cabe tecer algumas projeções sobre o projeto que institui o novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010), sem perder de vista o objetivo cerne deste trabalho: a concretização do acesso à justiça por meio das tutelas urgentes.

Consoante à exposição de motivos do referido Projeto – presidido pelo ministro Luiz Fux e sob a relatoria da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier – o novo diploma processual visa um sistema mais coerente de aplicação da justiça, buscando dotar o processo civil individual de procedimentos mais eficazes e menos complexos à efetivação do direito material.

Para tanto, o Projeto procurou atualizar diversos institutos considerados ultrapassados pela doutrina processual, bem como incluir regras novas, a fim de melhor tutelar o direito entre as partes.

Nas palavras do Presidente da Comissão,

Nós vamos esgotar na parte geral do código uma forma específica de justiça para esses casos de tutela jurisdicional, que

²⁵ GAJARDONI. op. cit., p. 41.

²⁶ Conforme já ponderado outrora: “*O processo “adequado” seria, portanto, aquele capaz de cumprir efetivamente com sua finalidade, promovendo, em tempo hábil e mediante os atos processuais mais recomendáveis, a prestação jurisdicional, em cada caso concreto*”. AZEVEDO, Júlio Camargo de. *Princípios do processo coletivo aplicáveis à tutela dos interesses metaindividuais (análise feita à luz do Projeto de Lei 5.139/09)*. São Paulo: Ed. UNESP, 2009. p. 115. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2009.

vai ser a tutela jurisdicional de urgência. Haverá uma previsão da possibilidade do juiz prover de forma urgente e ele vai dar a solução sob a medida que o caso reclama. Nós vamos acabar com o livro de processo cautelar. Isso passa a ser um poder que o juiz tem de defesa da jurisdição. Ele tem de prestar a Justiça, então não pode deixar que a justiça se frustrate. Ele tem de dar uma solução que permita evitar que quando ele for decidir não haja mais possibilidade de obter-se um resultado útil.²⁷

Nesta toada, sob a perspectiva deste trabalho, qual seja, a concretização de um efetivo acesso à justiça através de tutelas urgentes, verificam-se duas modificações específicas estabelecidas pelo Projeto do novo Código: a) a simplificação e a manutenção das chamadas tutelas urgentes (tutela antecipada e tutela cautelar), priorizando o princípio da fungibilidade entre tais institutos, bem como a liberdade procedimental; b) a instituição de uma nova modalidade de tutela, até então inexistente, chamada “*tutela da evidência*” ou “*tutela dos direitos evidentes*”.

Desta forma, ao invés de trazer mudanças substanciais aos já conhecidos institutos da tutela de urgência, verifica-se que o Projeto pautou-se por uma reforma pontual, relativa à forma e ao procedimento da tutela cautelar e da tutela antecipatória. Por outro lado, ampliou os instrumentos de efetivação de direitos ao incluir uma nova modalidade de tutela, denominada tutela da evidência.

Todavia, muito embora recheado de boas intenções, o Projeto parece não ter sido plenamente acolhido na academia jurídica, eis que alguns processualistas, como o Professor Antônio Cláudio da Costa Machado, demonstraram repúdio público à sua aprovação. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, inclusive, divulgou um “Manifesto contra o novo CPC” de âmbito nacional, onde alega o retrocesso processual, a desnecessidade de um novo código, a ausência de discussão democrática em torno de sua escolha, dentre outras críticas.²⁸

²⁷FUX, Luiz. *Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único e fim da ação cautelar*. [fev. 2010]. Brasília: Revista Consultor Jurídico. Entrevista. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> acesso em 17/03/2010.

²⁸ Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-nov-03/oab-sp-faz-manifesto-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em 15/10/2011.

Sem pretender tomar partido nesta contenda, dada à objetividade acadêmica do presente ensaio, cabe consignar que os autores deste trabalho enxergam com bons olhos o Projeto do novo CPC, ponderando que, apesar de existirem alguns pontos dignos de críticas (assim como em todo e qualquer *códex*), as mudanças destinam-se, sobretudo, a aperfeiçoar nosso sistema de justiça, trazendo à comunidade jurídica mais contribuições positivas do que negativas, haja vista a simplificação e reforma de alguns institutos que não colaboravam com o intuito evolucionista, tampouco com o alcance do amplo acesso à justiça.

Na linha do exposto pelo Professor Cássio Scarpinella Bueno, membro da Comissão Revisora do Projeto do novo CPC no Senado Federal, o Projeto de um novo Código deve servir, antes de qualquer coisa, ao jurisdicionado, por ser ele o destinatário final do serviço que presta a Justiça. Além disso, deve servir aos operadores do Direito, neste sentido, juízes, advogados, promotores, enfim, sujeitos que lidam com o processo no seu dia-a-dia. Segundo o prestigiado processualista da PUC/SP: “*o escopo de um novo código de processo é aperfeiçoar o sistema de justiça, e não agradar a academia jurídica*”.²⁹

6.1 Tutela da evidência:

Como ideia central, é curial estabelecer que a tutela de evidência diferencia-se da tutela de urgência, não estando abrangida como espécie desta. Ao revés, constitui-se como tutela *sui generis*, própria, desvinculada das tutelas urgentes, embora em muitos aspectos se pareça com ela.

A tutela da evidência³⁰ colima trazer a chamada “justiça adequada” para o direito processual civil, aproximando-o de diversas garantias fundamentais expressas na Constituição Federal, tais como o acesso à justiça, a celeridade, a duração razoável do processo, a adequação, a efetividade, dentre outros princípios fundamentais.

Esta nova modalidade de tutela parte de uma premissa de que alguns direitos, em virtude de serem mais evidentes que outros, ou seja, em razão de apresentarem maior

²⁹ Evento especial promovido e transmitido pelo Instituto de Ensino Luis Flávio Gomes – LFG: “*Debate com especialistas sobre o novo Código de Processo Civil*”. Coordenação: Fernando da Fonseca Gajardoni. São Paulo. Exibido em 26 e 27 de outubro de 2011.

³⁰ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

comprovação de certeza logo que intentada a demanda, merecem uma tutela imediata, prescindindo de uma cognição exauriente para conferir o direito a quem lhe pleiteia.

Assim, os direitos evidentes aproximam-se da processualística aplicada à ação monitória, que exige prova documental da existência do crédito, bem como a do mandado de segurança, que exige prova cabal do direito líquido e certo alegado.

A pedra de toque está no reconhecimento da evidência de um direito, que merece ser deferido de plano, sem a necessidade de demonstração de qualquer perigo ou urgência que permeia àquela relação processual.

Sob este prisma, fica clara a distinção entre ambas as espécies de tutela: enquanto as tutelas de urgência (cautelar ou antecipatória) necessitam, inevitavelmente, da demonstração de um perigo imbricado ao direito material para que assim possa surgir à urgência da prestação jurisdicional, a tutela da evidência prescinde de tal necessidade, podendo ser deferida independentemente da demonstração do *periculum in mora*, bastando ao autor que demonstre a evidência de seu direito.

A reforçar o asseverado, reza o artigo 278, “caput”, do substitutivo do PLS nº 166/2010 apresentado à Câmara dos Deputados Federais, em 22 de dezembro de 2010: “a tutela da evidência será concedida independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Neste sentido, é a evidência do direito material que irá condicionar esta forma específica de prestação jurisdicional, fato que, segundo o artigo 269, “caput”, do Projeto do novo CPC, poderia ser postulado inicialmente ou também no curso do processo.³¹

Por fim, cabe relatar, apenas por amor ao debate, que o Projeto do novo CPC parece ter operado uma correção de rumos na sistemática das tutelas de urgência, eis que retirou do âmbito da tutela antecipada, a chamada “tutela antecipada sanção”, concedida quando “*caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido*” (artigo 273, inciso II, CPC/1973).

Tal instituto não obedece à regra natural das tutelas urgentes, constituindo-se mais como uma sanção processual, do que propriamente como uma situação que delinieie urgência. Segundo a atual sistemática, diante do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, poder-se-ia deferir a tutela antecipada ainda

³¹ Art. 269 do projeto de novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “As medidas de que trata este Título podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas”.

que inexistente o *periculum in mora*, renegando-se com isso a própria natureza conceitual do instituto, eis que ausente à urgência a permear o caso concreto.

Segundo o texto do Projeto do novo CPC, tal situação passa a ser prevista muito mais adequadamente, haja vista sua acomodação na Seção III, destinada à Tutela da Evidência, a qual, conforme aduzido em linhas anteriores, prescinde do preenchimento do *periculum in mora* para sua configuração.³²

6.2 Tutela cautelar e tutela antecipada:

Já no que toca às tutelas de urgência – *tutela antecipada e tutela cautelar* – não há que se falar em mudanças substanciais, vez que, segundo o esposado, persiste sua essência processual de gênero do qual são espécies ambas as tutelas indicadas. Permanece, portanto, a título do já exposto, a natureza conservativa (tutela cautelar) e satisfativa (tutela antecipada) destes procedimentos especiais.

Todavia, quanto ao procedimento, o Projeto parece estabelecer densa modificação na sistemática de ambos os institutos, principalmente o da tutela cautelar, conquanto elimina o Livro III de Processo Cautelar e instaura um procedimento comum para todas as medidas cautelares. Com isso, as medidas cautelares específicas como o arresto, sequestro, caução, arrolamento de bens, etc. passam a seguir um rito único, sem as nuances outrora estabelecidas.

De certa forma, analisando sob um ângulo positivo, a mudança opera a correção de vários procedimentos específicos que sequer constituíam verdadeiros procedimentos cautelares, como por exemplo: *o protesto, a justificação, da posse em nome do nascituro, apreensão de títulos etc.*

Quanto aos requisitos da tutela de urgência, dá-se também à impressão de que nada de específico mudou. Depreende-se do artigo 276, “caput”, do Projeto que a comissão elaboradora preteriu o uso de uma disposição genérica – **Plausibilidade do**

³² Art. 278 do PLS nº 166/2010 (novo Código de Processo Civil), *in verbis*: “Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido”.

direito – para englobar a *verossimilhança das alegações* (tutela antecipada) e o “*fumus boni iuris*” (tutela cautelar).³³

Na verdade ambos os institutos possuem o mesmo objetivo que é justamente demonstrar a plausibilidade do direito invocado. Todavia, diferem no tocante a sua intensidade. Fernando da Fonseca Gajardoni assim explica a diferença entre ambas,

Sendo admitida a gradação de graus de probabilidade (da mais intensa para a menos intensa), tem-se que o grau de convencimento para a concessão da tutela antecipada é maior do que o exigido para a concessão da tutela cautelar, pois enquanto a primeira exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação (maior intensidade), a outra se contenta com *fumus boni iuris* (menor intensidade).³⁴

Assim, ao que parece, os requisitos para a concessão das medidas urgentes persistem, mudando-se apenas a terminologia adotada, agora englobando tanto a verossimilhança das alegações, quanto à fumaça do bom direito, na expressão “plausibilidade do direito”, cabendo ao juiz distinguir, à luz do caso concreto, o grau de probabilidade para a concessão da tutela.

José Miguel Garcia Medina chama ainda a atenção para outras duas modificações abrigadas no novo CPC, as quais merecem ser descritas neste trabalho:

- O pedido “principal” não precisará mais ser apresentado em novos autos, isto é, concedida a cautelar preparatória, o autor poderá, nos mesmos autos, apresentar o pedido principal, independentemente de novas custas.

- Concedida medida de urgência antes da veiculação do pedido principal, se a liminar não for impugnada, o autor não precisará

³³ Art. 276 do PLS nº 166/2010 (novo Código de Processo Civil), *in verbis*: “Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito Processual Civil IV – Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2006. V. 12, p. 36.

apresentar o pedido principal (ocorre o fenômeno conhecido como “ultratividade” dos efeitos da tutela de urgência), nada impedindo que o réu ajuíze ação contra o autor, para discutir a questão.³⁵

Na linha do que expõe o processualista, verifica-se que o Projeto favorece os princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, eis que simplifica o procedimento anteriormente adotado, prevendo a possibilidade de conversão do pedido principal nos autos da cautelar preparatória, bem como a ultratividade dos efeitos da medida de urgência concedida antes do pedido principal, modificações que denotam coerência com as propostas formuladas na exposição de motivos do referido Projeto.

Em suma, diante das breves notas tecidas a respeito do tema, aparenta-se que o Projeto do novo CPC caminha no sentido de contribuir favoravelmente à consecução da amplitude do acesso à justiça, isto porque acolhe diversas balizas constitucionais relacionadas ao pensamento evolutivo do processo, fato que, consoante o já exposto, é medida indispensável à realização do princípio da inafastabilidade de jurisdição, enquanto garantia fundamental expressa no art. 5º, inc. XXXV, da Carta Maior.

7. Conclusão:

À guisa de desfecho, é crível asseverar que a tese aqui debatida encontra pleno supedâneo na doutrina que prega o processo civil constitucional, o qual inclui, dentre as finalidades do processo, a de realizar o direito material sem se descuidar das garantias processuais constitucionais.

Neste passo, o princípio do acesso à justiça, enquanto instrumento a consecução dos direitos fundamentais, revela-se como norma de aplicabilidade imediata sobre a relação jurídica de direito processual, a qual não pode deixar de ser observada pelos aplicadores do Direito, especialmente no que atine a tutela de direitos que demandem uma resposta urgente.

Sob este prisma, as tutelas de urgência (e também a tutela da evidência, se for

³⁵ Disponível em: <<http://professormedina.com/2011/06/04/tutelas-de-urgencia-no-projeto-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 15/10/2011.

aprovado o Projeto do novo CPC) agem como remédio jurisdicional apto a regular o tempo necessário para que a prestação jurisdicional opere de maneira efetiva.

Consubstancia-se, portanto, como meio de realização da justiça e de efetivação do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, porque garantem ao jurisdicionado que a tutela seja prestada em tempo hábil, assegurando ora o acautelamento de um direito, ora a própria satisfatividade deste.

Tendo em vista que o Projeto do novo Código de Processo Civil objetiva a realização da justiça por meio de um processo mais adequado, célere e efetivo, que valorize a simplicidade da forma em detrimento da burocracia processual, tem-se que seus objetivos encontram-se perfeitamente alinhados às garantias e princípios fundamentais expressos na Constituição Federal, fato que, segundo a exposição realizada neste trabalho, contribui para a consecução do acesso à justiça, inclusive, por meio do aperfeiçoamento das tutelas urgentes.

É com esta expectativa que os autores deste trabalho festejam a chegada de um novo Código de Processo Civil. Não com a certeza de que todos os obstáculos à plena realização do acesso à justiça irão ser transpostos. Isto seria um pensamento de todo utópico. Ao revés, é preferível crer que a reformulação dos institutos processuais, quando acompanhada da previsão dos principais cânones fundamentais podem levar ao amadurecimento do direito processual brasileiro, aperfeiçoando o modo de se aplicar e pensar o processo enquanto instrumento a realização do direito material pleiteado pelas partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AZEVEDO, Júlio Camargo de. *Princípios do processo coletivo aplicáveis à tutela dos interesses metaindividuais (análise feita à luz do Projeto de Lei 5.139/09)*. São Paulo: Ed. UNESP, 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Raimundo dos Reis. *O acesso à justiça como direito fundamental*. Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça (BDJUR). Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>> acesso em 31/06/2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª e. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª e. Salvador: Juspodivm, 2008 v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª e. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4ª e. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUX, Luiz. Entrevista: *Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único*, em 24/02/2010. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> acesso em 17/03/2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003

_____. *Direito Processual Civil IV. Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. V. 12.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1995

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 01 out. 2009.

MARINS, Victor Bonfim. *Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*. Juruá: Curitiba, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, Tomo V.

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

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo: RT, 2002.

RIBEIRO, Pedro Barbosa. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica*. Instituição Toledo de Ensino - Bauru-SP. Abril a Julho de 1999. nº 25.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª e. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo: Malheiros, 1995.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Participação e processo*. 1ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

**NEOPOSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E O
NEOPROCESSUALISMO: O QUE HÁ REALMENTE DE NOVO NO
DIREITO?**

Gisele Leite

Mestre em Direito pela UFRJ, Mestre em Filosofia pela UFF e Doutora em Direito pela USP. Pesquisadora-chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Professora universitária.

Resumo: O texto busca situar o neopositivismo, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, apontando o que há de novo e inédito no Direito. E propõe a revisitação de valores e a reflexão atenta sobre o direito contemporâneo.

Abstract: The text attempts to situate the neopositivism, and the neoconstitucionalismo e neoprocessualism, pointing out what's new and a unprecedented in the law. He proposes to revisit the values and careful reflection on the contemporary law.

Palavras-Chave: Neopositivismo, neoconstitucionalismo, neoprocessualismo. Direito Constitucional brasileiro. Regras. Princípios. Normas constitucionais.

Keywords: Neopositivism, neoconstitutionalism, neoprocessualism. Constitutional Law in Brazil. Rules. Principles. Constitutional requirements.

1. Introdução:

Tema muito debatido é a falência do positivismo jurídico, posto que deixou de ser forma adequada de compreender o direito e veio a sofrer uma derrota histórica¹. Tal falência naturalmente refere-se ao positivismo clássico.

Aliás, é comum que muitos doutrinadores se dizerem “pós-positivistas” na atualidade, sem nem mesmo compreenderem as múltiplas facetas do positivismo, muitas vezes confundindo tal movimento com a mera aplicação da literalidade da lei.

Os grandes opositores do positivismo alegam que a constitucionalização contemporânea de princípios implica na argumentação moral e que sua adjudicação torna inviável a separação entre o direito e a moral (que sempre representou a viga mestra da tese juspositivista).

E os constitucionalistas e estudiosos brasileiros se socorreram dos ensinamentos de Alexy e Dworkin que apontam a conexão necessária entre o direito e a moral consagrando uma vasta abordagem antipositivista.

O termo “pós-positivismo” foi difundido no Brasil a partir da leitura de Albert Calsamiglia sendo atualmente corrente entre nós. Já “neoconstitucionalismo” é termo oriundo da Espanha e Itália e muito presente na literatura nacional é muito influenciada por Miguel Carbonell.

Erroneamente os termos pós-positivismo² e neoconstitucionalismo no Brasil são considerados como sinônimos, porém trata-se de significados distintos, pois o neoconstitucionalismo reúne a proposta antipositivista enquanto que o pós-positivismo abarca apenas as teorias tais como de Alexy e Dworkin (conforme nos ensina Barroso

¹ Na esfera jurídica, a primazia da pessoa com fundamento na dignidade configura-se como resposta à crise do positivismo jurídico, desencadeada pela derrota dos nazifascistas, uma vez que tais movimentos políticos e militares se ampararam na legalidade para promover os horrores do holocausto e difundir práticas de barbárie em nome da lei. (PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In LEITE, George Salomão (org.) Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.188).

² A maioria dos doutrinadores entendem ser equivalentes pós-positivismo e neopositivismo.

trata-se de designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais...).

O Direito notadamente a partir da segunda metade do século XX não cabia mais dentro do positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao atual estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas sim como superação do conhecimento convencional.

Evidentemente o positivismo inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas neste reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim uma volta aos valores, enfim uma reaproximação entre ética e Direito.

Os estudos jurídicos bem como o pensamento científico sofreram após a Segunda Grande Guerra profundas transformações pela demonstração evidente da crise da relação jurídica moderna.

Inerentemente da impositiva força das doutrinas tradicionais, os fenômenos emergentes da sociedade, especialmente as inovações tecnológicas provocaram o surgimento de novas questões e conflitos principalmente referente a constituição do Estado democrático e a natureza ímpar da decisão judicial.

A ebulição da discussão teórica sobre o fenômeno jurídico promover a freqüente reavaliação dos estudos jurídicos e nem mesmo Hart não escapou da influência idealista bem aqueles que lhe sucederam, sendo impossível negar o compromisso positivista com a perspectiva legalista estrita, comprometida com aspectos sintáticos e semânticos da linguagem jurídica mas com sua perspectiva pragmática, privilegiando não

propriamente o texto legal, mas também o papel do intérprete julgador e dos operadores do Direito e os usos e funções institucionais da linguagem.

Em verdade, o termo “neoconstitucionalismo” denota mais um âmbito do que necessariamente uma concepção de direito unitária, coerente e bem estruturada.

Várias teorias de direito oriundas de diferentes tradições de investigação e até consideradas antitéticas entre si, são também alcunhadas de “neoconstitucionalistas”. Como exemplos citamos: as teses de Carlos Santiago Nino, Wilfrid Waluchow e Luigi Ferrajoli.

Por outro lado, temos as teses escrachadamente antipositivistas como a de Ronald Dworkin³, Robert Alexy e Gustavo Zagreblesky. Sem dúvida, esse novo direito constitucional é o pós-positivismo principalmente por enxergar ao invés de simples oposição a necessária complementaridade em referência ao jusnaturalismo.

Há, portanto, a sublimação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias agrupadas sob mesmo genérico rótulo e *nomen* de positivismo. Portanto, existem positivismos.

Frequentemente o positivismo jurídico é associado ao poder de regimes totalitários havidos na Europa notadamente o fascismo e o nazismo. E, seu declínio *ipso facto* restou emblematicamente ligada à derrota a tais odiosos regimes.

³ A teoria de Dworkin está assentada em uma teoria moral e política mais geral. Isso porque se reduzirmos a distinção entre regras e princípios como separação de padrões normativos que compõem o direito, teremos que reconhecer que foram dados muitos poucos passos de Jeremy Bentham para cá na Teoria do Direito. Dworkin cogita de princípios em sentido amplo e em sentido estrito. No sentido amplo, princípios seriam padrões que não se assemelham às regras. No sentido estrito, princípios seriam padrões que além de serem diferentes das regras também o são das políticas. Essas dizem respeito à promoção de um fim social. Àqueles são observados, não porque implementam ou asseguram uma situação social, política ou econômica desejável, mas por serem uma exigência da moral política. A diferença “qualitativa” entre regras e princípios não foi aceita sem reservas por alguns importantes teóricos.

Tal argumento fora defendido com o fim da Segunda Grande Guerra por Gustav Radbruch e Fuller e fora combatido por Hart⁴.

A superação do positivismo tem sido lema recorrente na teoria de direito no Brasil, reconhece-se que se trata de tese moribunda e que não mais atende ao exigente e complexo perfil contemporâneo dos ordenamentos jurídicos atuais. Evidentemente nos referimos ao positivismo clássico, puro ou original.

Portanto, analisar o estandarte positivista que tanto consagrava o divórcio absoluto entre direito e moral é objeto da história do direito e perceber que este não é mais aplicável.

A crítica da doutrina brasileira perfaz uma visão quase caricatural do positivismo o que exclui uma mais ampla visão do problema em particular da obra “O Conceito de Direito” de Herbert Hart⁵.

Um dos grandes desafios para melhor entendimento do positivismo jurídico reside em enfrentar a multiplicidade de teses que tentam explicá-lo. Apesar de existir núcleo coincidente e central nessas teses positivistas, o que justifica o enquadramento de pensamentos tão distintos como o de Bentham, Kelsen, Hart, Raz e Coleman sob a mesma denominação de “positivistas”.

Pretendo sinteticamente tratar sobre as diferentes correntes positivistas que possuem três teses básicas, a saber: a tese das fontes sociais, a tese da separação e a tese da discricionariedade.

⁴ Para melhor entender o pensamento de Hart é crucial ter em mente que o professor de Oxford era um liberal. Insurgiu-se contra a pena de morte, contra a perseguição das pessoas pela sua preferência sexual, a favor do direito ao aborto, entre outros. Além de liberal, Hart era um convicto defensor da democracia e, sua concepção de Direito está vinculada à defesa do Estado democrático e, sobretudo, dos valores de tolerância e liberdade.

⁵ Na obra “*O conceito de direito*” Hart se enfrenta com o questionamento mais inquietante de toda e qualquer teoria jurídica, qual seja a pergunta: *o que é o Direito?* Segundo sua opinião, para encarar este questionamento é necessário saber: (1.º) em que se diferencia o Direito das ordens respaldadas por ameaças; (2.º) em que se distingue a obrigação jurídica da obrigação moral; (3.º) que são as normas jurídicas e, em qual medida, o Direito é uma questão de normas. Em outras palavras, alguns dos problemas fundamentais da teoria jurídica encontram-se no âmbito das relações entre: o Direito e a coerção, o direito e a moral e o Direito e as normas.

A tese das fontes sociais aponta que a existência de direito em certa sociedade depende de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas ou ações realizadas por membros da sociedade.

A tese da separação aponta que a validade da norma jurídica, isto é, o fato da norma pertencer a certo sistema jurídico não requer validade moral e, esta por sua vez, não se funda na validade jurídica.

A tese da discricionariedade⁶ prevê que as normas não regulam todos os comportamentos. E, se a lei aplicável é indeterminada os juízes possuem o poder discricionário para criar a norma *in concreto*, individual que apontará o que deve ser feito no caso concreto.

A grande interseção entre as variadas teses positivistas é a crença de que a validade de uma norma deve ser feita em referências às práticas humanas.⁷

O direito é o positivado e alguns doutrinadores enxergam como as variadas teses positivistas correspondem às diversas leituras das fontes sociais do direito, na adição e/ou supressão de outras teses nesse núcleo central de reivindicações. Vigia ainda a polêmica que tanto divide os positivistas sobre a tese do incorporativismo.⁸

As variadas interpretações surgiram por conta do debate havido entre Hart e Dworkin e resultaram numa prolífera desavença⁹ dentro da teoria juspositivista.

⁶ Uma das principais críticas a Hart é feita por Dworkin está no fato de reconhecer o poder discricionário dos tribunais perante casos concretos controvertidos onde exerceriam também o papel de criador de direito. Para Dworkin, não há a criação de novo direito, e sim, a tarefa de descobrir o direito que se achava oculto até então. Nesse sentido basta observar as limitações impostas ao mandado de injunção pelo STF, portanto a atuação de restringir-se aos limites de legalidade, evitando o desrespeito pelos julgadores do princípio da legalidade, da irretroatividade posto que signifique ameaça à segurança jurídica.

⁷ Conseqüentemente, a Constituição atual, prenhe de valores, passou a ser vista como um *sistema aberto de princípios e regras*, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

⁸ A discussão sobre a incorporação da moral positivismo jurídico que possui fontes muito além do ceticismo moral ou do originalismo para contrapor-se à perspectiva dos direitos fundamentais.

⁹ Sobre a famosa contenda entre Dworkin e Hart, é importante destacar que foi capaz de: (a) expor algumas debilidades do positivismo jurídico; (b) revelar a grande capacidade intelectual de Hart para contra-arrestar as críticas de Dworkin e de outros renomados juristas; (c) ultrapassar as fronteiras do pensamento jurídico anglo-saxão influenciando o Direito e a teoria jurídico-filosófica de outros países

O termo “neopositivismo”¹⁰ surgiu com a tradução literal da expressão “*New Legal Positivism*” que fora desenvolvida por Anthony J. Sebok. Esse novo positivismo legal propunha ressaltar a emergência da forma moderna de positivismo que pretende responder às provocações de Dworkin, baseadas no argumento empírico de que existem na prática jurídica dos Estados Constitucionais atuantes princípios jurídicos consubstanciando padrões morais, sem resvalar num ceticismo moral ou em teses originalistas de interpretação.

O conceito de regra é fundamental para Hart, e em sua visão, corresponde à convergência de hábitos de conduta em sociedade somado a uma postura crítica em relação ao mesmo hábito, o que o doutrinador denominou de “ponto de vista interno” (que só pode ser captado por um participante que aceita na regra como razão para agir e para criticar a ação dos outros).

Exemplificando, um observador pode perceber o que é comum nos transportes coletivos que os jovens cedam seus assentos aos idosos. Daí ser razoável deduzir que toda vez que ingressar um idoso no transporte coletivo lotado este, irá encontrar alguém que lhe ceda o assento.

Porém, o ponto de vista do observador não justifica a idéia de obrigação (que só pode ser explicada considerando-se o ponto de vista interno descrito por Hart). Essa é a noção de regra primária deste doutrinador, que é um padrão de conduta que gera uma obrigação.

Tal noção atende indistintamente a todos os sistemas de regras sociais, como os jogos, a moral e o direito. Distingue Hart vários sistemas de regulação moral e o que caracteriza os complexos sistemas jurídicos é a existência e o relacionamento de regras de dois tipos diferentes.

proporcionando, desta forma, novas ferramentas para compreender as mudanças na interpretação e na prática do Direito.

¹⁰ Note-se que o termo neopositivismo foi também utilizado pelo Professor Antônio Cavalcanti Maia para definição dos positivistas inclusivos, ainda que, como afirmado, ele o tenha feito na falta de categorização consolidada.

Ao lado das regras primárias, os sistemas jurídicos modernos precisam incorporar regras de outra ordem, as chamadas regras secundárias (as metarregras) que definem a existência e o funcionamento das regras primárias.

Segundo Hart, a união de regras primárias e secundárias¹¹ está no centro de um sistema jurídico. Conclui-se que a mera observação e repetição de hábitos não geram um conhecimento seguro da existência e do conteúdo de regras sociais (o que traduz o problema da incerteza vivida por sistemas compostos unicamente por regras primárias).

A solução para Hart¹², para se obter a chave da tese da separação estaria na introdução da regra de reconhecimento que serve para identificar as regras válidas e de outras fontes de obrigações jurídicas. É a regra do reconhecimento da última norma que fornece os critérios de validade para as demais regras.

No *common law* a regra de reconhecimento, na visão de Hart significa que aquilo que a rainha no Parlamento britânico aprova é o direito. Já num ordenamento jurídico como nosso, onde o ápice da hierarquia normativa é ocupado pela Constituição, portanto a regra de reconhecimento é aquilo que o constituinte originariamente promulgou é o direito, recordando que as demais regras jurídicas retiram sua validade do texto constitucional.

2. Desenvolvimento:

Retornando ao tema da separação do direito e a moral, podemos distinguir com base nas fontes, as regras dos dois sistemas. A regra jurídica possui como fonte sempre outra

¹¹ Portanto, os princípios ao alcançarem o relevante *status* de normas jurídicas e repousarem no privilegiado patamar constitucional, os princípios enfim se libertaram daquela velha idéia de que detinham apenas valia ética, passando a ostentar mesmo plena vinculatividade jurídica. Em razão disso, a teoria do direito precisou estabelecer a atualmente a tão divulgada distinção dogmática entre *regras* e *princípios*, enquanto espécies do gênero norma.

¹² Herbert Lionel Adolphus Hart em sua obra intitulada “*Positivism and the separation of law and morals*” produz o ápice do desenvolvimento teórico do positivismo jurídico, especialmente quanto a separação entre direito e moral e sua relação com a obediência às leis.

fonte igualmente jurídica que lhe confere validade, e ao final da cadeia, está a regra de reconhecimento que diz, afinal o que é o direito.

O homicídio é regra prevista no art. 121 do Código Penal Brasileiro e fora elaborada como regra jurídica respeitando os critérios para edição de leis conforme prevê nossa Constituição Federal.

Concluimos então que o princípio constitucional da legalidade é a base do Estado Democrático de Direito e afirma que só há obrigação de fazer ou não fazer em virtude de lei assim, caso cometa homicídio irei sofrer as sanções previstas pelo legislador.

É a aceitação da regra de reconhecimento que faz nascer o dever de se seguir os preceitos normativos constitucionais (e tal regra de reconhecimento não está sujeita a mesma verificação) é uma questão de fato.

Ressalte-se que nenhum teórico positivista jamais negou que o direito tem ligação com a moral. Ao longo dos tempos, as variadas propostas apenas formulariam reivindicações em maior ou menor grau de autonomia conceitual ou metodológica entre os dois sistemas de regulação social.

Exatamente contra essa separação entre direito e moral se insurgiu Dworkin (um dos mais ferrenhos críticos de Hart), pois entende que a noção preconizada pelos positivistas de ordenamento jurídico deixa de reconhecer a existência de princípios como fontes de obrigação jurídica. Não são identificáveis como num teste de *pedigree*¹³.

Dworkin, em seu brilhante artigo intitulado “Modelo de Regras” afirmou o seguinte, *in litteris*:

¹³ Podemos definir a *pedigree thesis* como aquela cujo núcleo reside em duas proposições: a compreensão do direito de uma comunidade como sendo o conjunto de suas regras e a compreensão de que, em qualquer sistema legal, existe uma regra suprema que distingue o que é direito do que não o é. Essa tese é, portanto, uma tese de identificação daquilo que conta direito em certa comunidade, trata-se de critério de fonte social.

“(…) quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é modelo *de* e *para* um sistema de regras e que sua noção central em um único teste fundamental para o direito, nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”

Ademais, esses princípios levariam o aplicador do direito a realizar juízos em torno de questões morais para solucionar casos jurídicos difíceis, seria imperioso abandonar a teoria da separação absoluta entre direito e moral.

E, Dworkin veio a elaborar posteriormente sua própria concepção de direito que denominou “direito como integridade (onde sustenta que a identificação do direito depende necessariamente de uma avaliação moral (ou seja, a teoria da conexão necessária entre direito e moral).

Assim o direito como integridade possui proposições jurídicas que serão verdadeiras quando constem ou derivem dos princípios de justiça, equidade, devido processo legal e que oferecem melhor interpretação construtiva da prática jurídica da sociedade.

É um grande desafio teórico do positivismo para tanto é necessária a reinterpretação da tese de separação entre direito e a moral. A primeira premissa considerava que a identificação do que é o direito não pode depender de critérios ou argumentos morais.

Nesse sentido é célebre a fórmula proposta por Joseph Raz¹⁴ mesmo quando a norma jurídica indica ao julgador, considerações morais para a resolução do caso concreto, isso

¹⁴ Propõe Raz uma posição intermediária entre a pressuposição de uma norma imaginária e a observação da realidade social, para quem o fundamento de validade de um ordenamento jurídico se encontra na *ultimate legal rule*, uma norma cuja existência efetiva pode ser provada pela observação da realidade social em determinado local e momento.

não incorpora a moralidade ao direito, e a norma será válida em razão de suas fontes e, não por seu conteúdo moral.

É razoável afirmar que os julgadores aplicam padrões morais para dirimir conflitos de interesses, sem que reconheçamos que tais padrões integrem a ordem jurídica.

Nesse sentido, os limites do direito¹⁵ se estendem até as regras que permitem a aplicação de critérios exteriores à ordem jurídica para solução de conflitos pelas autoridades.

Em razão de apontar a total inerência dos critérios de identificação do direito face à avaliação moral, tal vertente foi denominada de “positivismo duro” ou “positivismo exclusivo”¹⁶.

A segunda tese positivista que é chamada de positivismo inclusivo que afirma: “a identificação do que é direito não depende necessariamente de critérios ou argumentos morais embora possa circunstancialmente fazê-lo”.

Francamente admite que o direito possa depender de critérios morais e, assim converge com a opinião de Dworkin quando afirma que as constituições modernas fazem o raciocínio jurídico se confundir com o raciocínio ético.

O que não redundava que o direito e a moral sejam necessariamente vinculados. A incorporação ou inclusão da moral ao direito, nesse, sentido corresponde à mera verdade contingente.¹⁷

¹⁵ Como é sabido, o neoconstitucionalismo pode ter diversas leituras e interpretações, conforme as teorias de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, entre outros onde a interpretação da norma jurídica pelo modelo positivista de um Estado legalista, torna-se mais flexibilizada por meio da valorização dos princípios constitucionais e pela universalização de certa visão moral da constituição.

¹⁶ Esse positivismo assentava na ideia geral de que o direito era posto (no duplo sentido de **im-posto** e **pré-posto**) pelo poder legislativo (grifo nosso).

¹⁷ Na filosofia contemporânea em particular a francesa como a de Boutroux o termo contingente passou a ser sinônimo de não-determinado, isto é, livre e imprevisível.

Pelo positivismo inclusivo seria viável, que há separação conceitual entre o direito e a moral, o que alguns autores denominaram de possibilidade lógica.

E tal tese se baseia na defesa de Hart contra os ataques de Dworkin, ressalta que ser seu positivismo moderado e não meramente factual.

Um dos maiores defensores do chamado positivismo inclusivo ou incorporacionista é o professor Jules Coleman que o define *in verbis*: “é a sustentação de que o positivismo permite ou admite testes substantivos ou morais de legalidade; isto não corresponde à visão de que o positivismo requer tais teses.”¹⁸ (In COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York. Oxford University Press, 2001, p.108).

Em outra tese, a intenção é apresentar programa político pois em vez de descrever como o direito **é**, trata de tentar descrever como o direito **deve ser**. Por isso, talvez seja denominado de positivismo normativo. (grifo nosso)

Já pelo positivismo ético¹⁹ defende o autêntico positivismo inclusivo só existe quando a separação entre o direito e a moral for conceitualmente possível.

E pressupõe que uma das típicas funções do direito é o estabelecimento de regras de conduta claras e precisas, a fim de facilitar o planejamento e a execução dos planos individuais de vida.

¹⁸ Chama-se de positivismo jurídico *inclusivo*, por admitir a possibilidade de que um dado sistema jurídico possa incluir a moral entre seus critérios de juridicidade (DIMOULIS, 2006, p. 137). Oposto a este, encontra-se o positivismo jurídico *exclusivo*, que refuta qualquer possibilidade de influência da moral sobre o direito — aceita rigidamente a tese da separação entre direito e moral (DIMOULIS, 2006, p. 135).

¹⁹ O positivismo estriba-se na separação entre ser e dever ser. Para o positivismo ético o direito, portanto, tem sempre um valor, mas, enquanto para a sua versão extremista, trata-se de um valor final, para a moderada trata-se de um valor instrumental.

Reparem que guarda íntima relação com o ideal liberal de autonomia individual. É falácia da literatura jurídica nacional a decretação do óbito do positivismo e a evidente pluralidade de teses positivistas só justificam seu vigor.

A tese juspositivista sobre a separação entre o direito e a moral, é defensável e até preferível do ponto de vista político. A locução “positivismo jurídico” não indica uma única concepção do direito, mas uma pluralidade de concepções nem sempre compatíveis. Kelsen centra seu positivismo na ideia de que todo o direito é o direito positivo, produto humano historicamente contingente.

Mas o ordenamento jurídico é essencialmente sistema de coerção por expressão de vontade de uma autoridade humana. Conseqüentemente, o positivismo jurídico é objeto de estudo da ciência jurídica, correspondendo ao direito positivo.

Para tanto deseja preservar a diferença ou contraposição existente entre justiça e direito, que é antítese explícita que há na separação entre a filosofia do direito e a ciência do direito²⁰.

Dois são os temas metodológicos do Direito, segundo Kelsen, a definição do conceito de direito, devendo-se evitar definições políticas que relacionem o direito com determinada concepção de justiça.

Outra questão crucial é a distinção conceitual entre os problemas do valor e da validade do direito. Pela teoria do direito, o positivismo se identifica segundo Bobbio com cinco características basilares:

- a) direito como sistema de normas cuja validade foi imposta com emprego da força e cujos mandamentos visam regulamentar o uso da força;
- b) as normas jurídicas são comandos;
- c) a lei é a fonte suprema de produção do direito;

²⁰ O direito é reconhecido como um ordenamento normativo que serve para se atingir determinado valor. Este valor varia de filósofo para filósofo.

- d) o ordenamento jurídico é completo ou pode ser completado e coerente;
- e) a interpretação do direito é atividade de cunho essencialmente lógico.²¹

Duas características estão presentes no núcleo comum conceitual do positivismo jurídico, a saber: 1ª) a necessidade e possibilidade de distinguir taxativamente entre o direito como fato e o direito como dever-ser. E, 2ª) a partir dessa distinção, considerar que o objeto da ciência jurídica positivista é restrito ao que o direito é.

Deduzimos que a definição conceitual do positivismo resulta de duas teses, uma ontológica (que afirma que todo direito é o direito positivo) e a tese metodológica que impõe distinguir entre a descrição do direito positivo e as posturas (positivas ou negativas) de aceitação ou rejeição do direito vigente.

O neoconstitucionalismo conduz a remoralização do fenômeno jurídico, mitigando a separação entre o direito e a moral. Aliás, como o direito é fato social, este não poderá ser analisado de forma neutra e isolada, necessitando de avaliar os valores que permeiam toda sociedade.

A remoralização do direito decorre da necessidade de se garantir maior legitimidade ao ordenamento jurídico. Portanto em razão dos preceitos morais, o ordenamento jurídico passa a operar com certos parâmetros de justiça o que *ipso facto* confere maior justificação aos seus postulados.

O fato da maioria das normas constitucionais serem principiológicas contribuiu decisivamente para sua valoração, posto que os princípios funcionem como mecanismo de calibração para a incidência de vetores morais sobre o fenômeno jurídico.

21

Assim, a moral e a política, bem como quaisquer outros elementos da realidade, não devem orientar o reconhecimento ou a interpretação do direito, salvo quando o próprio sistema jurídico adote expressamente critérios desta natureza que, no final das contas, os realocam para o domínio do direito positivo, e não mais da moralidade ou da política; Portanto, no plano da interpretação, a norma deve ser compreendida e aplicada ao caso, em um processo lógico-subsuntivo, deduzindo-se a solução do sistema jurídico completo e coerente através da interpretação (morfente de textos). As valorações subjetivas do intérprete não devem influenciar a interpretação, uma vez que tal atividade valorativa é realizada no seio da autoridade criadora da norma. Disto denota-se uma exigência de maior *objetividade* da interpretação.

E, podem os princípios por sua variação qualitativa acompanhar mais eficazmente as modificações sociais, permitindo a incorporação dos vetores morais ao ordenamento jurídico.

Permite a valoração da Constituição de forma destacada porém não significa a limitação ao legislador em razão da obrigatoriedade de executar a carga axiológica determinada²². De sorte que com sua valoração abrangente sobra maior espaço para os legisladores ordinários determinem a lei mediante cada caso concreto, propondo a escorreita definição de valor tutelado, contendo enfim, apreciável margem de discricionariedade.

Com a reavaliação da sociedade os parâmetros de justiça que antes eram externos passam a ser internos. A interpretação da Constituição erige-se em ponto localizado exatamente entre o discurso jurídico e o discurso moral, porém deixa de ter o papel da cláusula de encerramento do sistema.

Os direitos fundamentais representam os mais importantes elementos para a configuração do neoconstitucionalismo²³. Por essa razão as liberdades individuais ocupam lugar de destaque nas novas Constituições havendo um deslocamento do enfoque mercantilista, para o enfoque social onde prepondera o humano e seus interesses.

²² A pureza da ciência do direito, portanto, decorre da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico). *In*: BERNARDES, Márcio de Souza. A compreensão do Direito nas matrizes neopositivista e pragmático-sistêmica. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5624/a-compreensao-do-direito-nas-matrizes-neopositivista-e-pragmatico-sistemica#ixzz1qcej48GY> Acesso em 21 de março de 2012.

²³ A atual fase do pensamento jurídico recebeu o nome do neoconstitucionalismo que expõe certa vagueza, e por essa razão há autores que se referem aos vários neoconstitucionalismos (que é fenômeno heterogêneo com podemos observar Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino).

3. Conclusão:

Acirra-se a crise do positivismo na medida em que as normas exaradas nas decisões judiciais não são determinadas *a priori*, mas sim construídas pelo intérprete. E principalmente porque o direito interpretado pode distanciar-se do direito posto, exarado na fria letra da lei.

Cabe à comunidade jurídica e a comunidade acadêmica juntas procurar através de diálogos refletirem mais sobre as estruturas e mecanismos para conceder maior efetividade às normas para materializar a promessa solene que é vigente na Constituição Federal Brasileira que é de construir um autêntico estado social democrático de direito.

Em verdade a história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular e tal como num cabo de guerra, para no final chegar-se ao equilíbrio das correntes doutrinárias.

Cogita-se no surgimento do neoprocessualismo que trata do estudo e aplicação do direito processual de acordo com novo repertório teórico que corresponde à quarta fase da evolução do direito processual²⁴ onde apesar de mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo²⁵.

Evidentemente o neoprocessualismo nos remete forçosamente ao neoconstitucionalismo que produz a salutar revisão das categorias processuais a partir de novas premissas teóricas, principalmente a destacada importância dos valores constitucionalmente

²⁴ A evolução histórica do direito processual costuma ser apontada em três fases. A primeira correspondente ao praxismo ou sincretismo, onde não havia distinção entre processo e direito material; a segunda fase chamada de processualismo onde se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, e as categorias processuais conhecem o desenvolvimento científico; e a terceira fase chamada de instrumentalismo que embora se reconheça diferenças funcionais entre direito processual e material, se estabelece entre estes uma relação de interdependência e complementaridade, posto que o direito processual concretiza e materializa o direito substantivo, o vale dizer que o primeiro dá sentido instrumental ao segundo.

²⁵

A teoria instrumentalista do processo centrava suas atenções principalmente na celeridade com que o Estado se desincumbe do mister de julgar, tendo como características primordiais resultados práticos, estudando o processo sob o ângulo quantitativo e cronométrico, primando pela quantidade e rapidez, visando a sua finalidade no provimento final (base teleológica) sem se preocupar com a construção gradativa, pelas partes, tanto autor quanto do réu, em contraditório e em equilíbrio, deste provimento final

protegidos na pauta dos direitos fundamentais na construção e aplicação de um formalismo processual.

O neoprocessualismo já foi considerado como um formalismo ético na expressão de Rodrigues Urbes. A constitucionalização do direito processual é, sem dúvida, uma das características marcantes do direito contemporâneo.

Posto que opere a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais incluindo os direitos fundamentais. O principal exemplo é o direito fundamental ao processo devido a todos seus pertinentes corolários tais como contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita e, etc.

E, por outro lado passou-se a verificar que as normas constitucionais infraconstitucionais são concretizadoras das disposições constitucionais. Assim é cada vez mais intenso o diálogo instaurado entre os processualistas e constitucionalistas. E a prova disso é o vistoso aprimoramento da jurisdição constitucional onde se admite a intervenção do *amicus curiae*, é a realização de audiências públicas.

O neoprocessualismo possui como símbolo a obra de Luiz Guilherme Marinoni embora o autor não utilize o termo, mas mesmo assim propõe importante reflexão sobre as categorias fundamentais do direito processual (como a jurisdição, a ação, defesa e processo).

Além disso, a renomada obra de Marinoni contém um capítulo dedicado ao neoconstitucionalismo com ênfase na teoria dos direitos fundamentais²⁶. Aliás, não me canso de recomendar a leitura desse doutrinador seja nas hordas da graduação como na de pós-graduação.

²⁶ Com destaque para o movimento do Acesso a Justiça que mudou as bases do pensamento processualista. Assim divide-se em três ondas: 1ª. Assistência Judiciária: Não vale um sistema formal onde varias pessoas não tem acesso à justiça.; 2ª. Ações em massa: Vivemos em sociedades de massa com conflitos de massa, não há como tratar a questão ambiental quando se fala em Direitos individuais; 3ª. Tornar o processo mais célere: Cogita-se então sobre os mecanismos alternativos de composição de conflitos, pretende-se aliviar a carga do judiciário.

Há uma peculiar feição do direito pátrio pois seu sistema constitucional é de inspiração norte-americana, daí a expressa consagração das garantias constitucionais, como por exemplo, o devido processo legal. Porém vivenciamos um gritante paradoxo de influências do sistema jurídico brasileiro.

Já o direito infraconstitucional principalmente o direito privado é inspirado na família romano-germânica. Há o controle de constitucionalidade difuso inspirado no *judicial review* e o controle concentrado inspirado no modelo austríaco.

Ao lado de inúmeras codificações legislativas (*civil law*) constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva de recurso, julgamento modelo de causas repetitivas) de óbvia inspiração no *common law*. Aliás, já tive oportunidade de destacar que sofremos de certa comonização à brasileira (Vide em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33361>).

Apesar de no Brasil seja relevante a opinião dos operadores jurídicos bem como a da doutrina que é característica típica do *civil law*, o crescente destaque dado à jurisprudência, já corresponde a uma característica peculiar do *common law* (e serve bem de exemplo, a súmula vinculante do STF).

Embora o ensino jurídico brasileiro seja herdado e sofra de notória influência de Coimbra, não se desconhece que o exame de caso concreto é bastante útil conforme bem atesta a tradição inglesa.

Reconheçamos que os conflitos constroem problemas jurídicos que se repetem em todos os cantos do mundo (indiferentemente de sua localização geográfica, religiosa, política ou mesmo lingüística).²⁷

²⁷ “Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.” (ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. *Direito de Todos e para Todos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 13.).

E, por muitas vezes a discussão doutrinária se concentra ao aspecto puramente terminológico e, por fim, cabível e perfeitamente aplicável a mesma solução perante nomes e pressupostos teóricos diversos.

Atualmente há vasta produção doutrinária com relevantes nomes como Marinoni, Fredie Didier Jr, Dinamarco, Luiz Fux e Daniel Neves bem como existe robusta jurisprudência principalmente a respeito do devido processo legal e a boa-fé objetiva.

De qualquer maneira para bem se entender o direito processual civil contemporâneo há de se romper com o dogma da ascendência genética principalmente decorrente de nossa híbrida formação.

Observemos que saímos de um Estado fundado na lei, ou seja, Estado Legislativo e passamos ao modelo de Estado fundado na Constituição, ou seja, Estado constitucional.

Daí resulta que a consagração dos direitos fundamentais que impõe o Direito traz em seu bojo ético o mínimo capaz de respeitar a dignidade da pessoa humana e cujo evoluir é constante e crescente.

No vocábulo instrumentalismo não implica qualquer espécie de diferença hierárquica entre o processo e o direito material. E, nas sábias lições de Calmon de Passos não aceita a existência de instrumentalidade do processo posto que não há um direito independente do processo de sua enunciação.

O Direito só o é, após ser promulgado e, isso ocorre processualmente. Não basta a previsão da letra da lei, é indispensável o processo trazer para realidade e de forma concreta todos os direitos, prerrogativas e, também os deveres previstos no direito material.

O processo se revela, portanto, como método de controle do exercício do poder e da manutenção do mínimo existencial capaz de conservar a dignidade da pessoa humana

bem como os demais fundamentos da república brasileira, tais como o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania e o Estado Democrático de Direito.

Só assim o Direito galgará materializar todos objetivos fundamentais estatuídos no Texto Magno (que é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, finalmente promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

Portanto, o fenômeno jurídico contemporâneo não pode ser estudado apenas como puro fenômeno dogmático, mas dotado de positividade mutante, ou seja, imerso na grandiosa dinâmica social de modificação. Sendo de fato, modificável não só em seu aspecto formal e externo (legislativo) mas principalmente o próprio sistema com modificação do “dever ser” do Direito.

Que enfim, o que há de “novo” no Direito brasileiro contemporâneo consiga nos garantir pelo menos o mínimo para uma cidadania digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Teses básicas do positivismo e suas críticas ao jusnaturalismo.** Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/18/17> Acesso em 12 de março de 2012.

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

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito;** compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I, 21ª. edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2011.

CITTADINO, Gisele. **Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História.** In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs). **Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** volume 1. 14.edição.Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional.** In: *Revista dos Tribunais*, v. 769, pp. 11-27, 1999.

FUX, Luiz. **A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC,** Niterói- RJ: Editora Impetus, 2006.

LEITE, Gisele. **Processo de conhecimento, definições e reformas do CPC.** *Jus Vigilantibus*, Vitória, 19 jul. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/26915>. Acesso em: 30 out. 2010.

_____. **Acertos e desacertos das reformas do CPC.** Recantodasletras. Publicado em 01/04/2007. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/433485> Acesso em 06 de abril de 2011.

_____. **A reforma de 2001 do CPC.** Recantodasletras. Publicado em 15/05/2008. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/990855> Acesso em 06 de abril de 2011.

_____. **O processo de execução de títulos judiciais que imponham obrigação de fazer ou não fazer e principais alterações da Lei 11.232/2005.** Recantodasletras. Publicado em _____ em 03/11/2007. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/721671> Acesso em 06 de abril de 2011.

_____. **Considerações sobre a execução de sentença ou medievalização da execução.** Recantodasletras. Publicado em 08/09/2007. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/643526> Acesso em 06 de abril de 2011.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O fenômeno pós-positivista: considerações gerais.** Disponível em: <http://www.amatra8.org.br/artigos/positivismo.pdf> Acesso em 12 de março de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo. Curso de Processo civil,** volume 1, 3ª. edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Processo de conhecimento.** Curso de Processo civil, volume 2, 7ª. edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução. (Processo Civil Moderno).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DE ALMEIDA, Marcelo Pereira. “**O novo ciclo de reformas do CPC – comentários às leis 11.276, 11.277, 11.280, 11.341 de 2006,**” disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/23/01.pdf>

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** In LEITE, George Salomão (org.) *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de Todos e para Todos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O (Pós) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes). *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.7, p 15-45, jan/jun 2010. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf> Acesso em 12/02/2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A reforma da execução do título extrajudicial.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

DESISTÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL NO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM EM RECURSOS REPETITIVOS E O NOVO CPC¹.

APPEAL WAIVER IN TRIAL JUDGEMENT OF SAME RESOURCES AND THE NEW CPC.

Haroldo Lourenço

Sócio administrador do Escritório Lourenço & Nunes Couto Advogados Associados. Advogado, palestrante e consultor jurídico no RJ. Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF). Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual Civil.

Resumo: O direito processual civil brasileiro vem passando por diversas modificações, onde cada vez mais se busca uma harmonização com o espírito da Constituição, consagrando princípios como a segurança jurídica e efetividade, buscando uma uniformidade e estabilidade da jurisprudência. A partir da EC 45/04 ocorreram inúmeras mini-reformas, dentre elas destaca-se o julgamento por amostragem, aplicável aos recursos repetitivos. O julgamento por amostragem, juntamente com outros dispositivos, se contextualiza nos ditames do sistema da *common law*, em que os precedentes judiciais representam o entendimento a ser seguido por todo o Judiciário. A adoção desse novo sistema, em alguns momentos, tem esbarrado em outros institutos,

¹ Uma primeira versão do presente artigo (“Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos. Uma proposta”) foi publicada na Revista Forense, Volume 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587 e pela Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. A versão atual foi reescrita, principalmente por força do Projeto para a elaboração de um Novo Código de Processo Civil, onde a posição defendida naquele trabalho parece ter sido adotada. A atual versão foi publicada em “Temas Atuais de Direito Processual Civil”. Revista Eletrônica. ISSN 2236-8981. Vol. 1. n. 4. Outubro de 2011, p. 20.

como a desistência recursal, que é um ato processual unilateral, independente da anuência da parte contrária ou da discricionariedade judicial. Tal ponto foi enfrentado pelo STJ, sendo o objeto do presente artigo a análise da posição adotada, divergindo da mesma e propondo novos contornos, em análise sistemática de diversos outros institutos processuais, como a dimensão coletiva dos recursos extraordinários, os deveres das partes, os atos de *contempt of court*, os efeitos dos atos processuais e a desistência da pretensão recursal.

Abstract: The Brazilian Civil Procedure Law has been several changes, trying harmonize it with the Constitution and consecrating principles as the juridical security and effectiveness, to give uniformity and stability to the jurisprudence. Since the EC 45/04 so many mini-reforms are made, one of them created the trial judgment at same resources. The trial judgment with others devices, were like at the common law system, where another decisions are examples to the judiciary. This new system sometimes annoying at other institutions like the appeal waiver, witch is an unilateral procedure, irrespective of others permissions. The STJ face it, so it is part of this article the analysis of their understanding, offering a new way by the systematic analysis of others procedure institutes like the collective dimension of the extraordinary resources, the parties duties, the contempt of court act, the effects of procedure acts and the appeal waiver.

Palavras-Chave: Recursos Repetitivos. Desistência Recursal. Jurisprudência do STJ. Processo Incidente. Novo CPC.

Keywords: Changes in the Code of Civil Procedure. Same resources appeal waiver. Decisions by STJ. Incident Process.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Dimensão coletiva dos recursos excepcionais. 3. Deveres das partes. *Contempt of court*. 4. Efeitos dos atos processuais. 5. Desistência em Recursos Repetitivos selecionados para julgamento na jurisprudência do STJ. 6. Uma solução alternativa e conclusão. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais. Influências do *stare decisis*:

Com o notório objetivo de debelar o que se costuma designar de *crise da justiça*, nossa legislação processual vem sendo, sucessivamente, reformada. Hoje, o objetivo de qualquer processualista é buscar meios de colaborar com a celeridade processual, a efetividade da tutela jurisdicional sem, contudo, afastar-se de valores e garantias processuais mínimas.

A expressão utilizada, *crise da justiça*, pode soar excessiva e imprópria ou como uma vazia crítica ao Judiciário. Não é esse o propósito. Na esteira do defendido por Araken de Assis², “*Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido, frustrando as expectativas dos interessados.*”

Como é cediço – sendo enfadonha uma eventual digressão sobre o tema – o advento da Emenda Constitucional 45/2004 foi um marco na atividade legislativa de reforma da lei processual, notadamente a civil.

Um grande marco em nosso ordenamento foi a adoção do sistema de súmulas vinculantes, onde, na forma do art. 103-A da CR/88, o STF 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.

²*Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil*. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. Pág. 196.

Sempre se afirmou que o Brasil se encontra filiado ao sistema jurídico conhecido por *civil law*, justamente por emprestar especial relevo à norma escrita, não se submete ao império do *stare decisis*, onde os precedentes firmados pelos tribunais superiores exercem força vinculante nos juízos inferiores.

A partir de então se percebeu, definitivamente, que não se adotava mais no Brasil o sistema da *civil law* puro, sendo bastante mitigado e influenciado pelo sistema da *common law*.

Nesse contexto, uma das características de grande parte dessas leis é a tentativa de adoção, tanto quanto possível, da uniformização de soluções para situações uniformes. O legislador incorporou as decisões judiciais por amostragem para a sociedade de massa. Assim foi com o art. 285-A (julgamento liminar de mérito ou improcedência *prima facie*), com o art. 518, §1º (súmula impeditiva de recurso), com os arts. 543-A e 543-B (repercussão geral por amostragem no recurso extraordinário), com a Lei 11.417/2006 (súmula vinculante) etc.

Desde a edição das Leis nº 11.418/06 e da Lei nº 11.672/08, as quais incluíram, respectivamente, os artigos 543-B (repercussão geral por amostragem³) e 543-C ao CPC, a análise de recursos especiais e extraordinários repetitivos, quanto à questão combatida, ganhou um novo procedimento: o denominado julgamento por amostragem.

Nesse sentido, havendo multiplicidade de recursos, com fundamento em idêntica questão de direito, um ou mais serão selecionados e encaminhados ao STJ e STF para representarem a controvérsia, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo. Assim, tal previsão legal alcança todo e qualquer recurso cuja matéria de fundo seja estritamente de direito e tenha grande volume de demandas com o mesmo objeto em discussão no Poder Judiciário. Realizado o julgamento nos recursos por amostragem, os demais terão o mesmo destino daqueles que foram destacados para julgamento.

³ DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007. vol. 3. p. 272.

Tais inovações legislativas não são inéditas no cenário mundial, como noticia José Carlos Barbosa Moreira⁴, pois, a Argentina, através da Lei 23.774, de 5 de maio de 1990, e os Estados Unidos, 28U.S.C., §1.257; *Rule 10* das *Rules of the Supreme Court*, são exemplos de como vem sendo enfrentado o problema do acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas.

As técnicas de recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC) e da repercussão geral (art. 102 §3º da CRFB/88 e 543-A e B do CPC) se encaixam no perfil das chamadas "causas piloto" ou "processos teste" (*Pilotverfahren ou test claims*), no qual, para resolução dos litígios em massa, "*uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais*"⁵. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para contencioso administrativo)⁶.

Essa nova conotação adotada pelo nosso legislador demonstra, nitidamente, que o "Código-Buzaid", aos poucos, vem sendo derogado pelo novo Direito Processual Civil, que é, na essência, um Direito Processual Constitucional, invariavelmente.

O modelo de legislação seguido por Buzaid começou a enfraquecer principalmente com as reformas introduzidas pela Lei n° 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05.

Inicialmente, um grande salto evolutivo foi consumado, a tutela de urgência, antes concentrada no processo de cautelar e em procedimentos especiais, foi generalizada no procedimento ordinário, como se observa do art. 273 e §3º do art. 461,

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume V. Forense: RJ, 2008, p. 615 e SS.

⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 146.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O tratamento dos processos repetitivos*. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 31.

permitindo-se, ainda, no bojo do procedimento padrão, a prática de atos executivos.

Posteriormente, tais alterações foram “aperfeiçoadas”, onde foi alterada a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não-fazer, iniciada pelo CDC, art. 84 e generalizada no art. 461, §5º do CPC.

Finalmente, o paradigma liebmaniano foi rompido, o dogma da necessidade de um processo autônomo para a execução ruiu; pugna-se pela divisão dos processos pelas funções exercidas e não pela atividade.

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁷ fazem a seguinte síntese sobre a nova era do processo civil brasileiro:

“A efetividade do processo é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro. Essa nova impostação, todavia, não desampara a outros valores igualmente fundamentais para conformação de nosso formalismo, como a segurança jurídica, a participação das partes e do juiz no processo e a autonomia individual. Todos são igualmente prestigiados na construção da tutela jurisdicional adequada aos casos concretos levados a juízo. O formalismo do processo civil é um formalismo valorativo. O sincretismo entre a atividade cognitiva e aquela destinada a realização prática dos direitos, a inserção de técnicas processuais antes reservadas, tão-somente, aos procedimentos especiais no procedimento comum (como, por exemplo, a tutela satisfativa antecipada), o estímulo à cooperação ao longo do processo do juiz com as partes e das partes com o juiz e a flexibilização das exigências formais em atenção à obtenção da justiça do caso concreto marcam o Código Reformado”

⁷ Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. RT: SP, 2008, p. 93.

2. Julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos no Novo CPC:

O Projeto de Lei para um Novo CPC, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux parece ter caminhado por essa trilha, prevendo no art. 953 e seguintes do anteprojeto o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

A ideia central parece ser a mesma, ou seja, sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STF ou ao STJ independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.

Caso o tribunal de origem não adote tal postura, o relator no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Há, contudo, previsão de um prazo máximo de suspensão correspondente a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator. De igual modo, o anteprojeto regulamenta a desistência recursal para a hipótese, porém, mais a frente enfrentaremos o ponto.

Por fim, considera-se julgamento de casos repetitivos tanto o dos recursos especial e extraordinário repetitivos, como o do incidente de resolução de demandas repetitivas. Pretende-se criar, buscando prevenir ou compor divergência a respeito de relevante questão de direito ou controvérsia sobre a qual penda multiplicidade de recursos buscando o mesmo resultado (art. 865 do Anteprojeto). Tal incidente muito se assemelha com o incidente de uniformização de jurisprudência existente nos arts. 476 a

479 do atual CPC, contudo, tem a vantagem de ser vinculante para todos os órgãos fracionários⁸.

3. Dimensão Coletiva dos Recursos Excepcionais:

Notoriamente, com a edição de tais procedimentos, onde se adotou um julgamento por amostragem nos Recursos Extraordinários e Especial, foi ratificada a dimensão coletiva dos recursos excepcionais⁹. Tais recursos guardam como missão fundamental buscar a inteireza da interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional. Nesse contexto, têm como finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto¹⁰.

Tal dimensão, mesmo nos que não repetitivos, ostenta a nobre função de resguardar o direito objetivo, mantendo a coesão do ordenamento jurídico. É, a rigor, uma consequência inafastável do sistema político nacional, em razão da necessidade de uniformização na aplicação e interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional.

Não podemos nos afastar da ideia original que nosso recurso extraordinário foi extraído diretamente o *writ of error* do direito saxônico, que nasceu na Inglaterra, com a finalidade de, segundo José Afonso da Silva, “*corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada*”, desenvolveu-se e passou às colônias inglesas, entre as quais os Estados Unidos da América do Norte.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

⁹ Estamos nos referindo, ao usar a expressão recursos extraordinários, contida no art. 467 do CPC, ao recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência, muito embora tal classificação seja criticada doutrinariamente, por ser desprovida de valor científico: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes no tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 237.

Na maioria das legislações comparadas o recurso extraordinário se presta a atacar decisões transitadas em julgado¹¹, todavia, em nosso ordenamento tem natureza de recurso, prolongando o direito de ação, pois, interno a relação jurídica processual.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, criado pelo constituinte de 1988, com o escopo de desafogar o crescente número de recursos extraordinários, está ontologicamente associado ao Supremo Tribunal Federal, basta, para tanto, conferirmos alguns Enunciados do STF que continuam a influenciar indiretamente no juízo de admissibilidade do recurso especial, em razão da própria origem do recurso especial, valendo-se o STJ da longa experiência vivida pelo STF, como bem observou Marcelo Abelha Rodrigues¹². A guisa de ilustração confira-se o Enunciado 400 STF.

Com a criação da repercussão geral (CR/88, art. 102, §3º, acrescentado pela EC 45/04, dispositivo regulamentado pela Lei nº 11.418/06) e, posteriormente, com a expansão da análise por amostragem também para o STJ, na forma do art. 543-C, introduzida pela Lei nº 11.672/08, como já citado, tornou-se indene de dúvidas a dimensão coletiva de tais recursos.

Ao ser selecionado um recurso especial ou extraordinário para julgamento por amostragem acentua-se a sua dimensão coletiva, assemelhando-se a tutela jurisdicional prestada em demandas coletivas (ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo), visando à fixação de uma tese jurídica geral, em simetria ao que ocorre em processos coletivos em que se discutam direitos individuais homogêneos, os denominados na feliz expressão de Barbosa Moreira, “*direitos acidentalmente coletivos*”¹³.

Não obstante o Brasil, no campo do processo coletivo, possuir farta legislação, com inúmeros instrumentos aptos a proteger os interesses coletivos (ação

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1ª e 2ªs graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. Ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 561.

¹³ Pois, por ficção jurídica, o legislador permitiu que em casos específicos de interesse social fossem tais direitos tratados de modo coletivo, visando uma maior efetividade e economia processual.

popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc.), existem propostas de um código de processo coletivo, tendo por finalidade compilar, em um Código próprio, as ações coletivas em geral¹⁴.

Por essa trilha, teríamos mais uma previsão esparsa de uma tutela coletiva, inserida no CPC pelo legislador reformador, visando uma melhor tutela jurisdicional e um acesso efetivo à justiça.

4. Deveres das partes. *Contempt of court*:

Por outro prisma, como cediço, a alteração perpetrada pela Lei n° 10.358/01, no CPC, art. 14, consagrou obrigações genéricas inerentes não somente as partes e seus procuradores, mas a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, ou seja, tais obrigações transcendem as partes e seus procuradores, atingem um universo maior de pessoas, como intervenientes, o Ministério Público, os auxiliares da justiça etc.

Entre as obrigações estatuídas no art. 14, encontramos no inciso II, a mais abrangente de todas; a rigor, agir com lealdade e boa-fé abrange todas as demais obrigações e implica o dever de agir com honestidade no curso do processo. Tal dispositivo se entrelaça com o art. 17, onde existe a previsão de diversas condutas reputadas como litigância de má-fé. Enquanto o art. 14 estabelece obrigação das partes agirem com lealdade e boa-fé, aquele, em um rol exemplificativo¹⁵, traz situações em que se considera ter o litigante atuado de má-fé.

No direito brasileiro tem sido pouco desenvolvido o tema da lealdade processual, contudo, além do art. 14 há outros deveres éticos das partes, como comportar-se convenientemente em audiência (art. 445, II do CPC), não atentar contra a

¹⁴ Nesse sentido, confira-se: LOURENÇO, Haroldo de Araújo. *Teoria Dinâmica do ônus da prova e o acesso à justiça*. Monografia de pós-graduação. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008. p. 116-117.

¹⁵ No sentido do rol do artigo 17 não ser exaustivo. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

dignidade da justiça (art. 599, II do CPC), tratar as testemunhas com urbanidade (art. 416 §1º do CPC).

Para incidir tal dispositivo é preciso que o litigante tenha agido voluntariamente para responder por má-fé, ou seja, deve agir voluntária e conscientemente, *v. g.*, no sentido de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, sabendo que assim está atuando.

A desobediência aos quatro primeiros incisos redundando nas sanções previstas no capítulo seguinte, o qual trata a responsabilidade das partes por dano processual (art. 16/18), revertendo-se à parte contrária. Quem litiga de má-fé pratica ato ilícito e deve responder pelos danos que causou à parte contrária.

Em distinção aos quatro primeiros incisos do art. 14, encontramos o inciso V, introduzido pela Lei nº 10.358/01, diferente dos demais deveres insertos no mesmo dispositivo, todavia, antes da mencionada lei.

Nessa hipótese, não cumprindo com exatidão os provimentos mandamentais ou criando embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, a punição está no parágrafo único do art. 14, consagrando, em nosso ordenamento, do princípio anglo-saxão do *contempt of court*¹⁶.

Certo é a existência de inúmeras críticas quando a postura branda tomada pelo legislador nesse dispositivo, o qual poderia ter sido mais amplo e mais efetivo. Por exemplo, o art. 14, parágrafo único, exclui o advogado, diferentemente do previsto no projeto de lei, tratando-se de uma arbitrariedade que somente pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao

¹⁶ Certo é a existência de inúmeras críticas quando a postura branda tomada pelo legislador nesse dispositivo, o qual poderia ter sido mais amplo e mais efetivo. Por exemplo, o art. 14, parágrafo único, exclui o advogado, diferentemente do previsto no projeto de lei. Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 68: “Essa é, porém, uma arbitrariedade que somente pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao processo...”

processo¹⁷. Há quem sustente que o *contempt of court* brasileiro já nasce praticamente morto¹⁸.

Em sua Exposição de Motivos, o então Ministro da Justiça, José Gregori, ao comentar o Projeto de Lei 3475/2000, que redundou na Lei nº 10.358/01, afirma, quanto ao art. 14, que:

"o projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, ..."

"O inciso V, que o projeto acrescenta, bem como o parágrafo único, visam estabelecer explicitamente o dever de cumprimento dos provimentos mandamentais, e o dever de tolerar a efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais, com a instituição de sanção pecuniária a ser imposta ao responsável pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição, como atividade estatal inerente ao Estado de Direito. Em suma: repressão ao **contempt of court**, na linguagem do direito anglo-americano." (grifos no original)

Vislumbro a possibilidade da cumulação das sanções por litigância de má-fé e ato atentatório ao exercício da jurisdição, quando se violar concomitantemente o disposto nos incisos I a IV e no inciso V do art. 14. Assim, os fatos geradores são distintos, todavia, guardam o mesmo caráter punitivo. As sanções podem ofender pessoas distintas. Na litigância de má-fé o destinatário de quantia imposta será a parte contrária, pois este foi ofendido. Na hipótese de ato atentatório ao exercício da jurisdição reverter-se-á em favor da União ou do Estado, pois o Judiciário foi agredido.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 68.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Paixão e morte do contempt of court brasileiro*. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 219.

5. Efeitos dos atos processuais:

Os atos processuais, independentemente de quem os pratique, consistem em uma espécie de atos jurídicos, qualificados pelo caráter processual da mudança jurídica, a implicar uma constituição, modificação ou substituição no processo¹⁹. São processuais os atos que têm importância jurídica no tocante à relação processual, ou seja, “os atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual”²⁰. O que caracteriza o ato como processual não é sua prática no processo, mas o seu valor ou a sua repercussão para o processo²¹.

Os atos praticados pelas partes podem ser unilaterais ou bilaterais, consoante se depreende da dicção do art. 158 do Código de Processo Civil. São unilaterais os atos da parte que independem da concordância da parte contrária. Já os bilaterais assim se identificam, quando, para serem praticados pela parte, dependem da confluência da manifestação de vontade da parte contrária, a exemplo do que sucede com a transação (CPC, art. 269, III).

Os atos das partes, uma vez praticados, produzem efeitos imediatos no processo, gerando a pronta e instantânea modificação, constituição ou extinção de direitos processuais (CPC, art. 158). O único ato das partes que não produz efeitos imediatos é a desistência do exercício do direito de ação, bem como a desistência da execução, a qual deve ser requerida por advogado que detenha poderes especiais para tanto (CPC, art. 38, segunda parte), onde sua eficácia somente se opera depois de homologada por sentença²² (CPC, art. 158, parágrafo único e art. 795), que irá extinguir o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VIII).

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, vol. 1, p. 477.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, vol. 3, p. 20.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Ob. cit.*, p. 477.

²² Observe-se que a doutrina admite a submissão de ato processual condição, desde que intraprocessual, rejeitando-se a condição extraprocessual. Tomemos como exemplo, a denúncia da lide, uma cumulação eventual, um recurso adesivo interposto apenas na hipótese de provido o recurso principal. Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. I. p. 250-251.

Observe-se que a doutrina admite a submissão de ato processual condição, desde que intraprocessual, rejeitando-se a condição extraprocessual. Tomemos como exemplo - a denúncia da lide (uma cumulação eventual) ou de um recurso adesivo interposto apenas na hipótese de provido o recurso principal²³.

Enquanto não apresentada a resposta, o autor poderá, unilateralmente, desistir do exercício do direito de ação (CPC, art. 267, §4º). A partir de tal momento, ou seja, depois da resposta do réu, o autor somente poderá desistir da ação, se contar com a concordância deste. Nessa ótica, a desistência será bilateral.

Ainda nesse ponto, para não perder o foco do presente trabalho, desistência do recurso é ato pelo qual o recorrente manifesta ao órgão jurisdicional a vontade de que não seja julgado, e, portanto, não continue a ser processado, o recurso que interusera²⁴. Muito comum a doutrina equiparar a desistência recursal à revogação, ou seja, o recurso é um demanda e, portanto, pode ser revogada pelo recorrente²⁵.

É ato unilateral, portanto, independe de anuência dos litisconsortes, tampouco da outra parte (CPC, art. 501), o que deve ser observado, somente, é se o advogado ostenta poderes especiais para o ato (CPC, art. 38). Assim, produzirá efeitos imediatos, independentemente da lavratura de termo e da homologação pelo órgão jurisdicional (CPC, art. 158)²⁶. Enfim, nas palavras de Didier Jr.²⁷, “*estão incorretas as expressões ‘pedir desistência’ e ‘pedido de desistência’. Não se pede a desistência; desiste-se.*”

²³ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. I. p. 250-251.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 126.

²⁵ DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008. vol. 3. p. 38.

²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 117.

²⁷ DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008. vol. 3. p. 40.

Observe-se, contudo, que a desistência ou a renúncia pressupõem, igualmente, que já tenha ocorrido publicação da decisão²⁸. O próprio STJ já admitiu que a desistência realize-se antes que se termine o julgamento²⁹. De igual modo, o STF não permite a desistência do recurso extraordinário após ter sido prolatada a decisão, mesmo que ainda não publicada³⁰. A desistência não comporta condição ou termo. Esta pode ser expressa (v.g. petição ou em sustentação oral) ou tácita (art. 523 §1º), bem como a desistência não torna inadmissível o recurso, torna-o inexistente³¹.

No diapasão, o citado mestre³² conclui:

“É desnecessária, em qualquer caso, a lavratura de termo. Nem sequer exige o Código que a desistência do recurso seja homologada, conforme resulta do disposto no art. 158, *caput*: a exceção contemplada no parágrafo único apenas concerne à desistência da *ação*. O órgão judicial, tomando conhecimento da desistência do recurso e verificando-lhe a validade, simplesmente declarará extinto o procedimento recursal.”

Tanto é assim que havido desistência, se a parte recorrer da sentença homologatória de tal desistência, tal recurso não será conhecido pela ocorrência de um pressuposto processual negativo de sua admissibilidade, pois, a parte manifestou a vontade de desistir, exceto caso se trate de impugnar a validade da desistência, manifestada pelo procurador sem poderes especiais.

Enfim, a desistência recursal é fruto de uma manifestação da autonomia privada das partes no processo (princípio dispositivo), assegurada constitucionalmente;

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 117.

²⁹ Questão de Ordem no REsp 556.685-PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 11.02.2004.

³⁰ AgReg no RE 212.671-3, 1ª T., rel. Min. Carlos Brito, j. 02.09.2003, DJ de 17.10.2003, p. 20.

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 126. DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008. vol. 3. p. 51.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 126.

autonomia privada que vem sendo flexibilizada pela tendência de ativismo judicial, mas, ordinariamente, fruto de uma autorização legal.

6. Desistência em Recursos Repetitivos selecionados para julgamento na jurisprudência do STJ:

Firmadas tais premissas, recentemente, o STJ, mediante a questão de ordem suscitada pela Ministra Nancy Andrighi, enfrentou uma tormentosa questão: Selecionando-se um recurso para julgamento, quando já pronto para ser levado a debate no órgão do STF ou STJ, pode o recorrente desistir dele?

Foi isso que ocorreu no julgamento por amostragem perante o STJ, em 17.12.2008, onde, na análise da legalidade ou não da cláusula que, em contratos bancários, prevê a cobrança da comissão de permanência na hipótese de inadimplência do consumidor, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp's 1.058.114 e 1.063.343.

O julgamento foi iniciado, quando tiveram três votos no sentido de que o julgamento deveria prosseguir indiferentemente à desistência e um voto aceitando o pedido do banco. Na ocasião, a ministra relatora, Nancy Andrighi, propôs uma solução conciliatória: a desistência seria homologada, mas somente após o julgamento. Assim, a consequência prática para as partes seria a mesma, e o tribunal firmaria o precedente normalmente.

O voto-vista do ministro Nilson Naves, proferido durante a sessão, foi além e defendeu que o pedido de desistência fosse negado definitivamente. O posicionamento ganhou adeptos e acabou mudando o voto da própria relatora. O julgamento terminou com cinco votos contra a desistência, quatro pela posição intermediária e apenas um a favor dos bancos, proferido pelo ministro Otávio de Noronha.

Segundo o ministro Nilson Naves, o indeferimento do pedido do banco atende ao objetivo da celeridade processual e ao direito coletivo. Aceitar a desistência em cima da hora nos casos repetitivos, diz, seria entregar ao recorrente o poder de protelar ou manipular o resultado dos julgamentos. Na mesma linha foi Ari Pagendler: "*O recurso especial serve para proteger o ordenamento jurídico e o pedido de desistência protege apenas o interesse individual. O tribunal não pode ser obstado pelo interesse da parte*", afirmou.

Destarte, não será mais permitida a desistência do recurso, sendo a parte obrigada a ter seu recurso analisado no mérito, mesmo que assim não mais deseje.

Enfim, temos de um lado o direito do recorrente desistir da sua pretensão recursal e do outro o interesse coletivo na formulação da orientação quanto a idêntica questão de direito existente nos múltiplos recursos.

Essa é a questão proposta no presente trabalho, eis que guardamos reservas ao posicionamento sufragado pelo STJ.

7. A desistência no julgamento dos recursos repetitivos no Novo CPC:

Como mencionado, o anteprojeto para um Novo CPC mantém a sistemática dos julgamentos dos recursos repetitivos, contudo, no art. 911, *caput*, do mencionado Projeto, afirma que o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso, porém, no julgamento de recursos repetitivos, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo STJ ou pelo STF.

Nesse sentido, a tese que já havíamos defendido prevaleceu: não se pode impedir a desistência recursal, muito embora deva ser firmada a questão jurídica debatida³³. Esse posicionamento, com a divulgação do Anteprojeto para o Novo CPC,

³³ Vide: LOURENÇO, Haroldo. *Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos*. Uma proposta. Revista Forense, Volume 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p.

foi aplaudido por renomada doutrina, afirmando ser a desistência ineficaz quanto à obtenção da unidade do direito³⁴. Noutra giro, já está sendo crítica, afirmando-se que o “*objetivo seria nobre, mas a que custo?*” e, continua, afirmando que seria criado um incidente processual no tribunal, sem, contudo, existir processo em trâmite. Por fim, conclui afirmando que o melhor seria a adoção da tese consagrada pelo STJ, indeferindo o pedido de desistência³⁵.

8. Uma solução alternativa. Conclusão:

Diante de tal conflito, reporto-me às palavras de Luis Roberto Barroso, ao realizar irretorquível digressão sobre os direitos fundamentais e a necessidade de ponderação “*...assim, restringe-se direitos fundamentais, a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absolutamente e plenamente*”³⁶.

Não podemos nos afastar da ideia que a parte pode, realmente, precisar da desistência para que se realize um acordo, celebre um negócio jurídico ou por qualquer outro motivo legítimo. De igual modo, como cediço, os recursos são regidos pelo princípio dispositivo.

Por outro lado, não poder afastar o interesse coletivo inerente ao julgamento do Recurso selecionado, o qual servirá de paradigma para inúmeros outros existentes em todo o Brasil.

O pedido de desistência, nesse caso, cremos deva ser devidamente fundamentado, expondo claramente as razões da desistência (a celebração de um negócio jurídico ou qualquer outro motivo legítimo), pois, do contrário, transparecendo

587. Publicado também pela Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.abdpc.org.br>.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2011, p. 625.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 210.

que o pedido de desistência está sendo formulado em situação desprovida de boa-fé, no mínimo, se está atentando contra dignidade do exercício da jurisdição, exatamente na hipótese do inciso V do art. 14, ou seja, criando embaraço ao cumprimento de um provimento à efetivação de provimentos judiciais, em nítido ato de *contempt of court*, merecendo reprimenda pecuniária a ser imposta pelo magistrado, no exercício do seu poder atípico de polícia (*contempt power*).

Creio que o guardião da legislação federal não pode, por via transversa, negar vigência ao art. 501 e ao art. 158, negando ao recorrente o direito de desistir da pretensão recursal, todavia, como ressaltou a ilustre Ministra, a análise da questão repetitiva também não pode ficar frustrada. Como solucionar tal impasse? Segue nossa modesta proposta.

Reporto-me agora a outro mestre do direito³⁷, em célebre parecer, que, citando Francesco Carnelutti, diferenciou (i) questão incidente, (ii) incidente do processo e (iii) processo incidente:

Tenha-se presente a distinção entre *questão incidente*, *incidente do processo* e *processo incidente*, lembrando-se preciosas lições de Francesco Carnelutti. Certas questões que incidem sobre o processo, ou seja, que recaem sobre ele (*incidunt*) são desde logo decididas sem maiores desvios no procedimento, como é o caso das *preliminares* de carência de ação, coisa julgada ou incompetência absoluta, *etc.* No extremo oposto, há discussões que se travam em *novo processo*, distinto do primeiro mas incidente a ele, como são os embargos do executado, os de terceiro ou os embargos ao mandado de pagamento ou entrega (processo monitorio). No entremeio, há questões cujo surgimento não ocasiona a formação de processo novo, mas provoca desvios procedimentais significativos, ora com suspensão do procedimento principal, ora

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal*. Revista de Processo, Rio de Janeiro, v. 27, n. 105, p. 191-206, 2002.

sem ela (ex.: as exceções de suspeição, impedimento, incompetência relativa). (grifos no original)

Nesse diapasão, partindo-se do esclarecimento realizado pelo mestre paulista, quando se seleciona um ou mais recursos para julgamento, sendo pedida a desistência em tais recursos, deve ser instaurado um novo procedimento, na verdade, um processo incidente, por impulso oficial, não se confundindo com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação da parte.

O pleito de desistência individual deve ser acolhido, produzindo seus regulares efeitos, todavia, a partir de então o magistrado deve determinar a instauração de um processo incidente, tendo como único objetivo a solução da questão repetitiva, que servirá de paradigma a ser seguido pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos recursos sobrestados para julgamento. Destarte, tal processo incidente surge como o único objetivo: *fixar a questão jurídica repetitiva, refletindo um objeto litigioso coletivo*.

Cremos que esta seja a única forma de coadunarmos os interesses contrapostos, permitindo, assim, a definição da tese jurídica a ser adotada pelo tribunal superior ou pelo STF, não prejudicando a perda de interesse superveniente do recorrente, prevista no art. 501 do CPC.

Tal proposta de solução, cremos não ser novidade ou totalmente inédita em nosso ordenamento, inspira-se em um incidente de inconstitucionalidade ou de uniformização de jurisprudência gerado no Tribunal, previsto no arts. 476 e 480, ou até mesmo no incidente para o deslocamento da competência, inserto no art. 555, §1º do CPC; por óbvio, somente na sua dinâmica, que pode ser instaurado por iniciativa do magistrado.

Infelizmente, nessa parte, nossa tese não foi adotada, restando uma lacuna no anteprojeto sobre o ponto. O ponto já foi percebido por arguta doutrina,

afirmando que se reconheceu o interesse público no julgamento da questão paradigmática, ensejadora da multiplicação dos recursos excepcionais, contudo, não se esclareceu como se procederá na hipótese³⁸.

Enfim, ainda que não se adotasse a tese acima defendida, no mínimo, seria mais fácil permitir a desistência e, posteriormente, suspender o procedimento para a escolha de outro recurso paradigma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSIS, Araken. *Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil*. In: *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BORRING, Felipe. *Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes no tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. *O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodvm, 2008.

³⁸ BORRING, Felipe. **Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII, p. 36.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. I.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, vol. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, vol. 3.

DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007. vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal*. Revista de Processo, Rio de Janeiro, v. 27, n. 105, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O tratamento dos processos repetitivos*. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. *Paixão e morte do contempt of court brasileiro*. O processo: estudos e pareceres. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do ônus da prova e o acesso à justiça*. Monografia de pós-graduação. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008.

_____. *Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos*. Uma proposta. Revista Forense, Volume 404, Ano 105, Julho-Agosto de 2009, p. 587. Publicado também pela Academia Brasileira de Direito Processual, disponível em: <http://www.abdpc.org.br>.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. RT: SP, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume V. Forense: RJ, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1ª e 2ªs graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. Ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ATUALIDADES E PERSPECTIVAS NO PROJETO DO NOVO CPC

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UERJ e na UNESA. Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

Tatiana Salles

Monitora da cadeira de Teoria Geral do Processo na UERJ.

Resumo: O texto trata do conceito e evolução histórica do instituto dos honorários advocatícios. É examinado o caminho percorrido por nosso legislador até o CPC de 1973 e as modificações posteriores, especialmente com a introdução do novo regime do cumprimento de sentença. São vistas as principais questões controvertidas surgidas na doutrina e jurisprudência e, por fim, é apresentado o texto do P. L. 8046/10 que regula a matéria.

Palavras-Chave: Honorários. Advogado. Evolução. Atualidades. Novo CPC.

Sumário: 1. Evolução histórica. 2. Atualidades. 2.1 Pedido Implícito. 2.2. Extinção do processo sem resolução de mérito. 2.3. Cabimento de honorários na fase de cumprimento de sentença. 3. Perspectivas no Projeto do Novo CPC. Referências Bibliográficas.

1. Evolução Histórica:

A condenação em honorários advocatícios é tema que apresentou grandes mudanças em seu entendimento ao longo do tempo, passando-se de uma concepção na qual não havia que se falar em honorários devido à ausência da profissão de advogado à atual, que mitiga a condenação apenas do vencido em tais verbas.

Nos trezentos anos que seguiram a fundação de Roma, a defesa das partes perante os tribunais era função pública, inexistindo a figura do advogado e de seus honorários. Os serviços da justiça eram gratuitos, não havendo que se falar também em despesas processuais.

Ainda quando a profissão de advogado se tornou possível, a atuação dos defensores no processo se dava de forma gratuita ou, na maioria das vezes, através do recebimento de recompensas de natureza não patrimonial, como favores políticos.

Posteriormente, no Direito Canônico, desenvolveu-se a concepção de que a condenação do vencido teria natureza de sanção imposta ao litigante temerário e aos apelantes, idéia que acabou se consolidando também no direito comum da época¹.

Surgia a concepção, posteriormente consagrada no artigo 20 do atual CPC, de que o vencido deveria responder pelas custas do processo; entretanto, o entendimento da época² era de que isto ocorreria pois o vencido teria litigado sem direito a ser tutelado, o que *“equivale a um ato ilícito, punível com aquela condenação nas custas, a qual tinha, pois, o caráter de pena”*.

Autores como Yussef Said Cahali e Moacyr Amaral Santos apontam Adolfo Weber como o primeiro jurista a discordar do entendimento consagrado, afirmando que a condenação em honorários representaria um ressarcimento do vencedor pelos prejuízos sofridos.

Apesar de se distanciar da figura da pena, essa “Teoria do Ressarcimento” ainda apresentava a idéia de culpa do vencido, fundamentando-se a condenação do pagamento

¹ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas De Direito Processual Civil – 2º volume*. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 309.

em honorários e despesas na obrigação legal de reparar o dano imposta a quem causa prejuízo a outrem por culpa³.

Foi Chiovenda que, ao desenvolver o princípio da sucumbência, consagrou definitivamente o conceito de que tal condenação representaria um ressarcimento ao vencedor, para que, ao final do processo, não só recebesse o bem material pleiteado como também, fosse ressarcido pelas despesas em que incorreu durante o curso da demanda, podendo realmente restabelecer a situação econômica que teria caso o litígio não tivesse ocorrido⁴.

Moacyr Amaral Santos⁵ ressalta que *“o vencido, ainda que tenha agido com manifesta boa-fé, responde pelas despesas porque foi vencido. Cabe-lhe pagá-las para integração do direito do vencedor, que não se lhe asseguraria intacto desde que ficasse reduzido com as despesas havidas para o seu reconhecimento em juízo”*.

A derrota objetivamente legitimaria o ressarcimento do vencedor pelo vencido, independentemente de culpa, dolo ou temeridade deste, elementos ainda presentes na Teoria do Ressarcimento de Weber.

Na máxima consagrada, *“a condenação nas despesas é consequência necessária da necessidade do processo”*.

O próprio mestre italiano, porém, deparou-se com situações incompatíveis com o princípio, em que o reconhecimento do direito perseguido em juízo não justificaria a condenação do vencido a arcar com as despesas e honorários.

Buscou-se então a solução pelo vínculo da causalidade, estabelecendo-se uma análise acerca da evitabilidade⁶ do processo, isto é, incumbiria o pagamento dos honorários a quem deu causa à lide, *“seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem direito a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito”*.

Pela Teoria da Causalidade, a sucumbência seria não um princípio a reger a condenação em honorários, mas sim um indicador da relação causal que deve ensejar a condenação; a regra de que o vencido deve pagar os honorários poderia ser aplicada na

³ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o Princípio da causalidade*. Revista Forense, v. 343. Rio de Janeiro: Forense.

⁴ ABDO, Helena Najjar. *O (Equivocadamente) Denominado “Ônus Da Sucumbência” No Processo Civil*, Revista de Processo, v. 140, p. 37-53, outubro/2006.

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit, p. 309.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – v. II. 6ª edição*, São Paulo: editora Malheiros, 2009, p. 666

maioria dos casos, mas não quando o vencedor tenha dado causa ao processo, isto é, quando embora tivesse direito ao que pleiteava, o vencedor não necessitaria do processo para obtê-lo. Nas palavras de Cahali⁷:

"A raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isso acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa. Mas o princípio da causalidade é mais largo do que aquele da sucumbência, no sentido de que esta é apenas um dos indícios da causalidade."

Para Chiovenda, a causalidade não seria um princípio autônomo e sim, um elemento “temperador” do princípio da sucumbência. Eis a precisa explicação de Helena Abdo⁸:

"Com base nessas constatações, Chiovenda lançou mão da idéia de sucumbência, segundo a qual a responsabilidade pelo custo do processo deveria ser atribuída, em todos os casos, àquele que sucumbiu, ou seja, àquele que acabou vencido no processo. A condenação ao pagamento das despesas havidas com o processo teria por base o fato objetivo da derrota, e sua finalidade seria tão-somente a de repor a situação ao status em que ela estaria caso o processo não tivesse sido necessário. Contudo, a mera sucumbência não é suficiente para explicar todos os casos em que se deve atribuir a responsabilidade pelo custo do processo. Na verdade, a sucumbência é, como dito, um indicador do verdadeiro princípio que deve prevalecer em matéria de atribuição da responsabilidade pelo custo do processo: o da causalidade. Ao que parece, Chiovenda já antevira esse princípio ao verificar que a mera noção de sucumbência não era suficiente para explicar todos os casos de atribuição da responsabilidade pelo custo do processo a uma das partes. A partir dessa constatação, o processualista italiano buscou solução para esses casos na idéia

⁷ CHALI, Youseff Said. Op. cit. p. 51.

⁸ ABDO, Helena Najjar. Op. cit. pp. 8/9.

de inevitabilidade do processo, a qual nada mais significava do que aquilo que hoje se conhece por princípio da causalidade".

Parte da doutrina, entretanto, passou a compreender a causalidade⁹ como princípio autônomo, cujo indicador seria a sucumbência, conforme demonstra Cândido Dinamarco¹⁰:

"A sucumbência é um excelente indicador dessa relação causal, mas nada mais que um indicador. Conquanto razoavelmente seguro e digno de prevalecer na grande maioria dos casos, há situações em que esse indício perde legitimidade e deve ser superado pelo princípio verdadeiro".

No STJ percebe-se uma prevalência deste último entendimento, havendo também, decisões defendendo a dualidade dos princípios¹¹, que não são excludentes, e têm como objetivo garantir que o processo não represente uma forma de enriquecimento indevido para nenhuma das partes.

No Brasil, inicialmente o princípio da sucumbência não foi adotado. Primeiro diploma a unificar as disposições acerca da condenação em honorários, o Código de Processo Civil de 1939, acolheu em seus artigos 63 e 64, a idéia de que o pagamento de honorários pelo sucumbente seria uma pena a ser aplicada.

⁹ Idem. Ibidem. p. 59. *"O princípio da causalidade, além de apresentar-se como melhor justificação e mais preciso na prática, é aquele que se caracteriza por uma generalidade menos vulnerável à crítica, sob pretexto de insuficiência. Ademais, traz em seu contexto a regra da sucumbência, como especificação objetiva, completando-se, por outro lado, com as demais regras que não lhe são conflitantes, para a solução dos casos."*

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 667.

¹¹ *"Conforme o entendimento adotado por esta Corte, a sucumbência é analisada em relação ao princípio da causalidade, o qual permite afirmar que quem deu causa à propositura da ação deve arcar com os honorários advocatícios, mesmo ocorrendo a superveniente perda do objeto e, conseqüente, extinção do feito"* (AgRg no Ag 1149834/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, STJ, DJ 01.09.2010). *"A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteador pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.* (Precedentes: AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 03/11/2009; AgRg no REsp 379.894/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 1019316/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no Ag 798.313/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007; EREsp 490605/SC, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 04/08/2004, DJ 20/09/2004; REsp 557045 / SC, Ministro José Delgado, DJ 13.10.2003)"

Deveriam pagar honorários o litigante temerário e o réu¹², quando “a ação resultasse de dolo ou culpa, contratual, ou extracontratual”.

Antes de ser instituído o sistema unitário, três correntes acerca da condenação em honorários disputavam lugar no futuro diploma processual, uma a favor da condenação apenas nos casos de culpa extracontratual, outra a favor da Teoria da Sucumbência e uma terceira no sentido de ter a condenação caráter punitivo, via de regra nos casos de culpa extracontratual, mas também aceitando-se nos casos de culpa contratual¹³.

A Lei 4.632/65 alterou a redação do artigo 64 para suprimir a exigência de dolo ou culpa, mas apenas com o Código de 73 a sucumbência foi adotada como regra, no artigo 20, estabelecendo-se que o vencido deverá pagar as despesas antecipadas pelo vencedor e também os honorários advocatícios.

Posteriormente, em 1976, a redação do artigo foi alterada para incluir a afirmação de que a verba seria devida ainda que o advogado tivesse atuado em causa própria.

Conforme ressaltado anteriormente, a regra da sucumbência adotada no *caput* do artigo 20 foi alargada pela doutrina e jurisprudência, de modo a não realizar uma interpretação literal do artigo, o que permitiu a aplicação do princípio da causalidade nos casos em que a sucumbência “pura” não seria suficiente.

Afora a mudança de entendimentos quanto à natureza da condenação em honorários e seus princípios regentes, o tema apresentou, no cenário brasileiro, outras importantes alterações.

Leonardo Greco¹⁴ ressalta que, inicialmente os honorários visavam o ressarcimento do vencedor das despesas em que havia incorrido para a contratação de seu advogado. Entretanto, com o advento da Lei 8.906/94, os honorários passaram a representar receita do próprio advogado, tendo este direito autônomo de executar a sentença no tocante à verba honorária.

Aponta o ilustre professor que com isso, os honorários “perderam aquele sentido de ressarcimento do vencedor e passaram a ser uma receita a mais que o advogado do vencedor percebe”.

¹² BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao CPC – vol. 1. Rio de Janeiro: editora Forense, 1977, p. 136.

¹³ CAHALI. Youssef Said. Op. Cit. p. 47.

¹⁴ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil – volume I. 1ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2009, p. 446.

A base de fixação dos honorários também sofreu modificações. Ao extinguir as figuras de dolo e culpa do artigo 64 do CPC de 1939, a Lei 4.632/65 também modificou o dispositivo¹⁵ para estabelecer que “*a fixação fosse feita com moderação e motivadamente*”.

O CPC de 1973, no parágrafo 3º do artigo 20, estabeleceu a margem de 10 a 20% do valor da condenação.

Posteriormente a fixação consoante a apreciação equitativa do julgador foi introduzida com o acréscimo do parágrafo 4º do referido artigo, pela Lei 8.952/94. Isto dirimiu discussões acerca de se a condenação em honorários só seria possível no caso de sentenças condenatórias, uma vez que não haveria de se falar em condenação na hipótese de uma ação meramente declaratória.

Tal problemática já era apontada por Celso Agrícola Barbi¹⁶ logo após a entrada em vigor do código de 73:

“Observamos então que o Código fala em porcentagem sobre o valor da condenação. Isto poderia levar a crer que só se aplicará a regra quando a ação for condenatória e tiver sido julgada procedente. Mas, na realidade, este não é o sentido da lei, por que o art. 20 dispõe que a sentença condenará o vencido, não importando a natureza da ação.”

Nesse sentido também esclareceu Humberto Theodoro Junior¹⁷, afirmando que “*qualquer que seja a natureza principal da sentença – condenatória, declaratória ou constitutiva, conterà sempre uma parcela de condenação, como efeito obrigatório da sucumbência.*”

Moacyr Amaral Santos¹⁸ também concorda que “*assim o disporá qualquer que seja a natureza da sentença – meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, fixados os honorários, conforme seja ela, segundo normas legais e princípios consagrados.*” O ilustre jurista aponta adoção do valor da causa como critério para fixação de honorários no caso de ação condenatória julgada improcedente

¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. Op. cit. p. 137

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. Op. cit. p. 137.

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, vol I.* 45ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2006, p.101.

¹⁸ SANTOS. Moacyr Amaral. *Op. Cit.* p.315-316.

Finda a discussão sobre a possibilidade da incidência da verba honorária não só nas ações condenatórias, outro debate instaurou-se, envolvendo a base de cálculo para os honorários arbitrados, muitas vezes sendo utilizado o valor da causa ou um valor fixo, como por exemplo, no caso de condenação da Fazenda Pública, o valor do débito discutido, não havendo um único critério predominante na jurisprudência¹⁹ e na doutrina de grande autores como Luiz Fux²⁰ e Leonardo Greco²¹.

Contudo, importante ressaltar que o STJ veda que a fixação dos honorários seja feita em salários-mínimos (súmula 201²²) e dispõe que, no caso da fixação em percentual sobre o valor da causa, deve haver correção monetária, calculada retroativamente à data de propositura da demanda (súmula 14²³).

2. Atualidades:

2.1 Pedido Implícito:

A idéia de que o ressarcimento das despesas e honorários é fundamental para que o direito do vencido realmente lhe seja integralmente restituído implicou no

¹⁹ “No cálculo da verba honorária com base no art. 20, § 4º, do CPC, o Juiz pode levar em consideração o valor atribuído à causa, mas não está adstrito nem vinculado a ele. Precedentes.” (REsp 1047123, rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma STJ, DJe 22/11/2010). “O entendimento desta Corte é no sentido de que a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, conforme o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e, no caso dos autos, além daqueles, o valor total devido e tempo exigido para o seu serviço, 22 anos, tudo conforme o critério de equidade.” (AgRg1408072, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma STJ, DJe 26/08/2011). “Restou consolidado na Primeira Seção, no entanto, por meio de julgamento de recurso representativo de controvérsia, o entendimento de que, “vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade”. (REsp 1247303, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma STJ, DJe 03/08/2011).

²⁰ “Observe-se que, nas causas onde não há condenação, á luz da fixação eqüitativa, o juiz pode escolher o valor da causa para fazer incidir percentual da verba honorária. Assim também nas ações constitutivas e nas ações declaratórias, sem adstrição aos percentuais anteriores” (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 513).

²¹ “É usual, nas hipóteses em que não haja condenação, arbitrar os honorários da sucumbência com base no valor da causa ou em importância fixa. Nas execuções e nas condenações da fazenda, normalmente são fixados em percentual do valor do débito”. (GRECO, Leonardo. *Op. Cit.* p. 447)

²² STJ Súmula nº 201 - 17/12/1997 - DJ 02.02.1998. Honorários Advocatícios - Salário-Mínimo - Fixação. Os honorários Advocatícios não podem ser fixados em salários-mínimos.

²³ STJ Súmula nº 14 - 08/11/1990 - DJ 14.11.1990. Honorários Advocatícios - Valor da Causa - Correção Monetária. Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento.

entendimento de que, em razão do princípio da sucumbência, ainda que não haja pedido explícito o juiz deve condenar o vencido também ao pagamento das despesas e verbas honorárias.

No momento em que o juiz se pronuncia sobre o conteúdo e a forma da ação, e se caracteriza, assim, a sucumbência, nasce, não desde logo, o direito do vencedor ao reembolso das despesas do processo mas a obrigação do juiz de declarar quem deve arcar com as mesmas. O provimento a tal respeito é dever de ofício; se o juiz se omite de fazê-lo, o vencedor tem recurso, não necessariamente para obter a condenação da outra parte, mas a pronúncia a que está obrigado o juiz sobre aquelas despesas²⁴.

Mais do que um direito do vencido, entende-se ser um dever do juiz, uma vez que a lei impõe que ele “condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

Apesar de ser entendida como pedido implícito, caso a sentença seja omissa quanto à condenação na verba honorária, a mesma deve ser atacada pela via dos embargos de declaração.

É entendimento consolidado no STF²⁵ e STJ²⁶ de que o trânsito em julgado da sentença omissa gera a preclusão para qualquer futura cobrança dos honorários:

O Ministro Luiz Fux²⁷, apesar de aceitar o entendimento da Corte Especial do STJ, acima colocado, por várias vezes, como no julgamento do Recurso Especial 710.789, entendeu que a sentença omissa quanto à verba honorária não forma coisa julgada.

²⁴ CAHALI. Youssef Said. Op. Cit. p. 104.

²⁵ “Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada”. (ACO 493 AgR, Rel.Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno STF, DJU 19-03-1999).

²⁶ “Se a sentença - omissa na condenação em honorários de sucumbência - passou em julgado, não pode o advogado vitorioso cobrar os honorários omitidos”. (REsp 462.742/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes De Barros, Corte Especial, DJe 24/03/2008). “O trânsito em julgado de decisão omissa em relação à fixação dos honorários sucumbenciais impede o ajuizamento de ação própria objetivando à fixação de honorários advocatícios, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, na hipótese de omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença”. (Precedentes: AgRg no REsp 886559/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma STJ, DJ 24/05/2007).

²⁷ “Uma vez que a condenação em honorários é dever do juiz, posto pedido implícito, e a sentença, no que se refere aos mesmos, é sempre constitutiva do direito ao seu recebimento, revestindo-o do caráter de executoriedade, por isso, a não impugnação tempestiva do julgado que omite a fixação da verba advocatícia ou o critério utilizado quando de sua fixação não se submete à irreversibilidade decorrente do instituto da coisa julgada”. (REsp 710.789, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma STJ, DJe 08/10/2008).

2.2. Extinção do processo sem resolução de mérito:

Os princípios da causalidade e da sucumbência também têm grande relevância quando se analisa a condenação em honorários nos casos em que o processo é extinto sem resolução do mérito, especialmente devido a perda superveniente de objeto. Não há um vencido a quem imputar o dever de pagamento e o código é omissivo quanto a quem corresponderia tal dever.

Doutrina e jurisprudência têm se dividido quanto a solução a ser adotada na hipótese de perda de objeto. O entendimento geral é no sentido de que o juiz deve analisar a responsabilidade de quem deu causa ao esvaziamento da lide, decorrendo desta afirmativa um segundo entendimento de que nas hipóteses de a causa não ser imputável a nenhuma das partes os honorários não seriam devidos. Nesse sentido já decidiu o STJ²⁸:

Cândido Dinamarco²⁹ faz alusão ao artigo 28 do CPC para defender que nos casos de extinção sem julgamento do mérito seria devido ao autor o pagamento da verba honorária, uma vez que este, para propor novamente a demanda, tem de comprovar o pagamento das despesas e honorários.

²⁸ "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS. EXTINÇÃO DO FEITO. FATO SUPERVENIENTE CAUSADO POR TERCEIRO. 1. Ausência de prequestionamento do disposto no artigo 460, parágrafo único, do CPC. Incidência, no particular, das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Pelo princípio da causalidade, não haverá condenação de honorários quando extinta a ação por perda de objeto por fato superveniente causado por terceiro. 3. Recurso especial improvido". (REsp 94.696/MG, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma STJ, j. 07/01/2004). "PROCESSO CIVIL. HONORÁRIO. PRINCÍPIOS DA SUCUMBÊNCIA E DA CAUSALIDADE. FATO SUPERVENIENTE. PERDA DO OBJETO. Se a ocorrência de fato novo, não atribuível a qualquer litigante, esvazia completamente o objeto da ação, não havendo vencido nem desistente, não pode recair sobre nenhum deles a responsabilidade pelo pagamento do advogado do outro. Recurso não conhecido". (REsp 510.277, rel. Min. Cesar Rocha, 4ª Turma STJ, j. 23/09/2003). "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO EXTINTA DE OFÍCIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO EXTINTOS POR PERDA DE OBJETO. AUSÊNCIA DE CONDENÇÃO DO EXEQUENTE / EMBARGADO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SITUAÇÃO PECULIAR DOS AUTOS. ART. 20 DO CPC. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As disposições do art. 20 do CPC, tido por violado, não têm o alcance pretendido pela ora agravante, pois, ao disciplinar que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor os ônus da sucumbência, não trata especificamente da questão peculiar dos autos, onde não houve condenação dos exequentes / embargados, seja porque a execução foi extinta de ofício ou porque os embargos foram extintos por perda de objeto e não por razões de mérito lançadas pela embargante. 2. Agravo Regimental desprovido". (AgRg no REsp 1010092 /AL, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma STJ, DJe 13/10/2009).

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 676.

O autor só não deveria pagar honorários nos casos de julgamento liminar do mérito devido à aplicação do artigo 285-A ou na hipótese de julgamento antecipado da lide em razão de revelia (artigo 330, II), pois em ambas as hipóteses o réu não incorreu em nenhuma despesa, seja porque não chegou a ser citado ou porque nunca compareceu ao processo para se defender.

No STJ³⁰ também figura o entendimento de que em qualquer caso de extinção sem resolução do mérito deveria pagar a verba honorária quem deu causa à ação, em decorrência do princípio da causalidade. Entendeu o Ministro José Delgado no julgamento do Recurso Especial nº 614.254, posteriormente adotado em outros julgados da Corte, que a afirmativa se justificaria pois *“referido princípio tem por fundamento o fato de que o processo não pode reverter em dano de quem tinha razão para instaurá-lo”*.

Em algumas decisões³¹, embora a extinção tenha se dado sem que o mérito houvesse sido julgado, o critério adotado impõe uma análise de qual litigante sairia vencedor caso a extinção não houvesse ocorrido, devendo este então receber a verba honorária, o que também entende ser possível Yussef Cahali³²:

³⁰ "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR MILITAR. TRANSFERÊNCIA. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. PERDA DO OBJETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE QUE DEU CAUSA À DEMANDA. 1. Conforme entendimento perfilhado por esta Corte, caso haja extinção da ação por reconhecimento do pedido, os honorários de sucumbência serão imputados à parte que deu causa à instauração da lide, na forma do art. 26 do CPC. 2. Recurso especial não provido." (REsp 1245299/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma STJ, DJe 05/05/2011). *“Embora estivessem presentes, quando ajuizada esta ação cautelar, os pressupostos processuais e as condições da ação, inclusive o interesse de agir, houve a perda superveniente do interesse processual após o parcial provimento do recurso especial interposto na ação principal. No entanto, como bem decidiu esta Turma, ao julgar o AgRg no REsp 695.036/DF (Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 5.6.2006, p. 248), havendo interesse de agir quando ajuizada a ação cautelar e sendo extinto o processo, por perda de objeto, em decorrência de fato superveniente, responderá pelos ônus da sucumbência aquele que deu causa à demanda. Em tais casos, aplica-se o princípio da causalidade.”* (REsp 689958/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma STJ, DJe 28/06/2010).

³¹ "DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO. PERDA DO OBJETO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Em razão do princípio da causalidade, as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou pela parte que viesse a ser a perdedora caso o magistrado julgasse o mérito da causa. Precedente do STJ. 2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 552723 / CE, rel. Min. Arnaldo Esteves, 5ª Turma STJ, DJe 03/11/2009).

³² CAHALI. Youssef Said. Op. Cit. p. 104. *“A cessação da contenda por um evento superveniente não exime o juiz de avaliar o mérito da causa, para o fim de estabelecer os encargos do processo, ou a sua compensação: deve-se avaliar a sucumbência para a determinação dos encargos, em função do possível êxito da causa sem o jus superveniens, ou pronunciar a sua compensação.”*

Nos casos de perda superveniente do interesse de agir, para o Ministro Luiz Fux³³ também deveria ser pesquisada a responsabilidade pela extinção.

Caso a extinção do processo (por causa superveniente ou não) ocorresse antes da citação, para o ilustre ministro, não caberia o pagamento de honorários ao réu, uma vez que este não teria incorrido com despesas com advogado.

A preocupação com as despesas incorridas é entendimento corroborado também pelo STJ³⁴:

Yussef Said Cahali³⁵ aplicando primorosamente o raciocínio da causalidade leciona que:

"No caso específico da extinção do processo por uma causa superveniente, a regra da sucumbência não desfruta de aplicação adequada, devendo prevalecer, na plenitude de seu vigor, o princípio da causalidade. A condenação em custas e honorários advocatícios nem sempre deverá ser proferida contra o que perdeu a demanda, em razão de fato superveniente, quando não foi ele quem lhe deu causa."

Ainda, segundo o autor, pela mesma orientação da causalidade, sendo a causa inimputável a qualquer das partes, seria descabida a condenação de qualquer delas em honorários.

O TRF da 4ª região, em matéria de perda superveniente de objeto, editou a súmula nº 38, estabelecendo entendimento próprio de que *"são devidos os ônus sucumbenciais na ocorrência de perda de objeto por causa superveniente ao ajuizamento da ação"*.

A definição do que seria tal causa superveniente, imputável ou não às partes, também não é clara. A 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 459.353, entendeu não poder ser a alteração de jurisprudência de tribunal superior *"considerada como fato*

³³ FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed, p. 512.

³⁴ "A extinção do processo, por perda de objeto, após liminar e contestação, acarreta a sucumbência do acionado, que arca com custas, despesas processuais e honorários advocatícios em prol do autor". AgRg no Ag 801.134/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 15/04/2011). "Se ao tempo em que a demanda foi ajuizada, o pedido era improcedente, o autor responde pela verba honorária, porque a duração do processo não pode exonerá-lo da despesa que o réu teve contratando advogado. Embargos de divergência conhecidos e providos". (REsp 672.396, rel. Min. Ari. Pargendler, Corte Especial STJ, DJU 13/03/2008).

³⁵ CAHALI. Youssef Said. Op. Cit. p. 537.

superveniente para o fim de isentar o recorrente da condenação nos ônus sucumbenciais”.

Yussef Cahali³⁶ fala em fatos ou direitos supervenientes, exemplificando com as hipóteses de perda ou perecimento do objeto litigioso, abandono do imóvel objeto de ação reivindicatória, e até com hipóteses de causa legal, como quando *“a lei converte em válidos atos administrativos anteriores; o Poder Público concede anistia a tributos lançados anteriormente, e que estão sendo cobrados judicialmente; o Poder Público revoga o ato expropria tório, no curso da ação de expropriação”.*

Os casos de extinção sem resolução do mérito, além da perda superveniente de objeto, são fontes de entendimentos diversos.

Por exemplo, quando ocorre a extinção por ilegitimidade passiva, há decisões pela condenação de *“quem deu causa ao chamamento indevido para integrar a lide”*³⁷, não necessariamente o autor³⁸, porém sendo este o responsabilizado na maioria das decisões, inclusive em casos como o do co-réu que teve o processo extinto em relação a ele, e quando o autor aceita a nomeação à autoria, hipótese em que há divergência se o autor deveria pagar os honorários pelo simples fato de que o nomeante incorreu em despesas para a contratação de advogado³⁹.

A condenação, em regra, será do autor, também nos casos de acolhimento da alegação de litispendência ou coisa julgada, uma vez que, teria instaurado e dado causa a demanda indevida.

2.3. Cabimento de honorários na fase de cumprimento de sentença:

Por fim, falaremos do cabimento dos honorários no cumprimento de sentença.

A Lei nº 11.232/2005 fez alterações substanciais relacionadas ao regime da execução dos títulos judiciais.

³⁶ CAHALI. Youssef Said. Op. Cit. p. 530.

³⁷ REsp 936852, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma STJ, DJe 18/11/2009.

³⁸ *“PROCESSO CIVIL. CITAÇÃO DE TERCEIRO PARA INTEGRAR O PROCESSO E SUA POSTERIOR EXCLUSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. I – Tendo a ré dado causa à indevida citação da União, parte ilegítima ad causam para “integrar a lide” (rectius, integrar a relação processual), na qualidade de litisconsorte passiva necessária, obrigando-a a vir a Juízo defender-se, deve arcar com a verba honorária, em face do princípio da causalidade.”* (REsp 248695, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma STJ, DJ 01/10/2001)

³⁹ Negrão, Theotônio (Org). Código de Processo Civil e Legislação complementar. São Paulo: editora Saraiva, 2009, p. 155-156.

Com o advento da nova lei, a referida atividade executiva foi trazida para dentro do processo de conhecimento. Ela foi retirada do processo autônomo de execução que, no caso de título judicial, não existe mais, e colocada no Livro I do código.

Para viabilizar tal modificação, o legislador alterou o próprio conceito de sentença. Antes da lei, o código trazia a sentença como ato do juiz que põe termo ao processo. Com a reforma, a sentença não põe termo ao processo, pois em seguida ocorrerão a liquidação e a execução.

A intenção do legislador foi criar um único procedimento, fazendo uma mistura de processo de cognição e execução, criando o chamado processo sincrético, deixando uma impressão de desnecessidade do processo executivo. Na verdade o legislador "desqualificou" o processo executivo, tentando retirar o caráter de processo distinto e autônomo em face do processo de conhecimento.

Assim, pela nova sistemática processual, expressa no artigo 475- J do Código de Processo Civil, o devedor terá o prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da intimação, para cumprir a obrigação, devendo efetuar voluntariamente o pagamento, que, acaso não seja efetuado, haverá o acréscimo percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a título de multa ou pena processual pelo não pagamento espontâneo pelo executado.

Se ao término deste prazo de 15 dias o devedor não pagar espontaneamente, a partir do décimo sexto dia o credor vai a juízo provocar a instauração do cumprimento de sentença. O decurso deste prazo de quinze dias caracteriza, portanto, o inadimplemento do devedor.

Verifica-se também, que o devedor não é mais *citado*, mas sim *intimado* na pessoa de seu advogado.

Pois bem, diante desse quadro, surgiu no seio da doutrina e jurisprudência pátrias a seguinte controvérsia: não sendo mais a execução do título judicial um procedimento autônomo, mas um prolongamento do próprio processo de conhecimento (na verdade o cumprimento é a quinta fase do processo ordinário, que se segue à decisória), seriam cabíveis ou devidos honorários pela atividade efetivada nesse momento, ou a previsão inicialmente feita abarcaria toda a atividade do advogado na fase cognitiva, aí incluídos, a partir da nova lei, todos os incidentes e eventuais percalços surgidos no cumprimento forçado?

Ao contrário do que se poderia supor, a Lei nº 11.232/2005 não traz uma única palavra sobre esta relevante questão. E, para complicar ainda mais, o artigo 475-J estabelece que somente será acrescido ao valor devido pelo executado a multa moratória no percentual de 10 (dez por cento).

Sobre o tema, na doutrina, os autores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam que⁴⁰:

"... A incidência dos honorários ocorre pelo simples fato de haver execução de sentença, ainda que não impugnada ou embargada. Nos casos de cumprimento da sentença, nos termos do CPC 475-I a 475-R, incluídos pela Lei 11.232/05, além da multa de 10% sobre o valor da condenação, prevista para a hipótese de não cumprimento imediato da sentença transitada em julgado (CPC, 475-J) são devidos honorários de advogado."

Trata-se de interpretação feita sob a perspectiva dos fundamentos constitucionais. Tentar retirar os honorários de advogado nesta fase processual é uma interpretação contrária ao princípio constitucional que coloca o serviço do advogado como essencial à justiça.

Ademais, a interpretação induzida pelo legislador reformista leva para o cabimento dos honorários, pois conforme o artigo 475-R do Código de Processo Civil são aplicáveis subsidiariamente ao procedimento de cumprimento de sentença as normas que regem o processo de execução por título extrajudicial.

Ainda nesta trilha, o artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil não faz qualquer distinção entre a execução embasada em título judicial ou extrajudicial.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça⁴¹ pacificou o entendimento sobre o cabimento de honorários advocatícios no cumprimento de sentença, fixando a seguinte

⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

⁴¹ "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO COMPROVADO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A condenação em honorários advocatícios, no direito pátrio, pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é que deve arcar com as despesas deles decorrentes. 2. Incidem honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença, na nova sistemática de execução estabelecida a partir da edição da Lei n. 11.232/05, quando não há o adimplemento voluntário da condenação fixada na fase de conhecimento. Precedente da Corte Especial (REsp n. 1.028.855 - SC). A inexistência de adimplemento voluntário do devedor, depois de já condenado em fase de conhecimento, dá causa a novas condutas processuais, em

regra: ao iniciar a liquidação, apura-se um valor. Se o réu paga voluntariamente, estes honorários não são cabíveis, porque estavam compreendidos anteriormente, pois foram pactuados. Já no caso do réu se recusar ao pagamento, o juiz fixará honorários autônomos nesta fase, pois o advogado teve uma sobrecarga de trabalho, que não era inicialmente prevista.

Em agosto de 2011, no Informativo nº 480, foi disponibilizado um precedente mais abrangente do STJ sobre o tema, mantendo o entendimento anterior e disciplinando ainda o eventual cabimento de honorários na impugnação, caso esta seja acolhida e leve à extinção da execução. Por se tratar de precedente em regime de recurso repetitivo, fazemos a transcrição da decisão tão como publicada:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUMPRIMENTO. SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. *Trata-se de recurso especial sob o regime do art. 543-C do CPC c/c a Res. n. 8/2008-STJ em que a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, decidiu serem cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para o pagamento voluntário a que faz menção o art. 475-J do CPC, o qual somente se inicia depois da intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do "cumpra-se". Entendeu, ainda, que somente são cabíveis honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença em caso de acolhimento dela, com a consequente extinção do procedimento executório. Por fim, asseverou não se tratar de dupla condenação. Os honorários fixados no cumprimento de sentença, de início ou em momento posterior, em favor do exequente deixam de existir em caso de acolhimento da impugnação com extinção do procedimento executório, momento em que serão arbitrados honorários únicos ao impugnante. Por outro lado, em caso de rejeição da impugnação, somente os honorários fixados no pedido de cumprimento da sentença subsistirão. Sendo infundada a impugnação, o procedimento executivo prossegue normalmente, cabendo, eventualmente, incidência de multa por litigância de má-fé ou por ato atentatório à dignidade da*

razão do que há de se determinar nova condenação em honorários. 3. No adimplemento voluntário, diferentemente, o pagamento é simples desdobramento lógico, legal e natural da obrigação, fixada na sentença condenatória. A causa que deu origem a tal ação cognitiva condenatória já foi compensada pela fixação de seus próprios honorários sucumbenciais. Portanto, não deve ser fixada nova verba honorária, porquanto não se tenha gerado novo esforço laboral para os advogados de nenhuma das partes. 4. Recurso especial não provido." (STJ. Resp 1059265. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell. DJE: 08/02/2011)

Justiça, mas não honorários advocatícios. Na espécie, houve condenação à verba advocatícia devido à rejeição da impugnação, o que contraria o entendimento esposado acima, motivo pelo qual devem ser decotados os honorários fixados no acórdão recorrido, sem prejuízo do arbitramento no âmbito do próprio cumprimento da sentença, de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC. Precedentes citados: REsp 920.274-RS, DJ 24/4/2007, e REsp 1.048.043-SP, DJe 26/5/2008". (REsp 1.134.186-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 1º/8/2011).

3. Perspectivas no Projeto do Novo CPC:

No ano de 2009 o Senado Federal iniciou os trabalhos para formar uma Comissão de Juristas, que veio a ser presidida pelo então Min. do STJ, Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um Projeto para um Novo Código de Processo Civil.

Iniciados os trabalhos no ano de 2010, 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.

Em Seminário realizado no Salão Negro do Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 12 de abril de 2011, um passo histórico foi dado em direção à mais completa democratização do processo legislativo em termos de edição de um novo Código.

Reuniram-se a Comissão de Juristas encarregada pelo Presidente do Senado de elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o Senador Valter Pereira, responsável pela relatoria do texto, membros da Câmara dos Deputados, que neste momento examina o documento, integrantes da Academia e um público de alunos e professores, todos capitaneados pelo Ministério da Justiça, com o objetivo de alçar a discussão pública do texto do novo CPC a níveis jamais vistos anteriormente.

Com o Seminário, foi lançado o "debate público *on line*" sobre o texto do Projeto de Lei nº 8046/10, por meio do sítio www.participacao.mj.gov.br/cpc.

Na fala do Sen. Valter Pereira, foi lembrada a sabatina do saudoso Min. Menezes Direito no Senado, quando este, durante sua exposição, fascinou e ao mesmo tempo aterrorizou os Senadores, simulando uma hipotética ação indenizatória e a quantidade de recursos, em cascata, que poderiam ser apresentados a partir de uma simples decisão interlocutória.

A partir deste momento, ficou clara a necessidade de uma reforma ampla, não apenas da etapa recursal, mas de todo o sistema processual civil pátrio.

E essa reforma, como não poderia deixar de ser, deve ser acompanhada e sujeita ao crivo do mais extenso e transparente monitoramento dos órgãos da sociedade organizada.

Não foi por outro motivo que a Comissão, desde o início, e apesar das inúmeras e injustas críticas recebidas, fez questão de realizar atos presenciais, em diversos pontos do território nacional, bem como disponibilizar o anteprojeto para consulta, por meios eletrônicos e físicos.

Em rápido apanhado, durante o processo de consulta do texto, foram apresentadas 202 emendas parlamentares, 106 notas técnicas, 829 manifestações com propostas de cidadãos, além dos 58 Projetos de Leis, de iniciativa do Senado e da Câmara, que foram devidamente analisados e apensados, para fins de sistematização.

E todas essas manifestações surtiram efeito.

Dos 970 artigos que compunham o projeto original, 447 foram alterados e 75 novos artigos foram inseridos. E, ao longo de todo o processo, a Comissão de Juristas foi permanentemente consultada, a fim de que não se desfigurasse a concepção inicial.

Todo esse cuidado e os números não indicam outro resultado a não ser uma redação que busca compatibilizar o entendimento doutrinário com o clamor popular, consolidando a legitimidade democrática do Projeto, que visa a substituir nosso atual *Codex*, editado há apenas 38 anos.

Se por um lado parece pouco tempo para se pensar em mexer num Código, por outro, os enormes e incomensuráveis avanços tecnológicos, econômicos, sociais, políticos e, sobretudo, culturais, neste período, estão a demandar, há algum tempo, a atualização do ordenamento positivado.

E essas alterações são tão profundas que não bastaria uma simples atualização do Código Buzaid.

Até mesmo porque, a atualização já foi tentada à exaustão, e não surtiu os efeitos desejados. Nesse sentido, importante ressaltar que, segundo o Relatório apresentado pelo Senador Valter Pereira, por ocasião da votação do Projeto no Senado, desde 1973 foram editadas nada menos do que 65 Leis que modificaram o CPC. Não estão computadas aqui as leis extravagantes que instituem ou modificam certos procedimentos.

E muitas outras poderiam ter sido editadas. Ainda segundo o Relatório, 58 proposições legislativas, ou seja, anteprojeto menores ou setorizados, já apresentados, foram apensados ao PLS 166/10.

É preciso registrar, ainda, que em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, uma nova era foi inaugurada e as incompatibilidades entre o Código e o novo sistema implantado começaram a ficar indisfarçáveis.

Mesmo assim, dezenas de Leis foram editadas entre 2005 e 2009, mas não se alcançou o resultado desejado em termos de efetividade, e, como efeito colateral, o Código se desfigurou, após tantas intervenções.

No decorrer 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 havia sido disponibilizado o resultado do trabalho da Comissão.

Deste modo, trabalharemos com a última versão consolidada disponível, a saber, o texto do PL 8046/10.

A opção pela sucumbência como regra geral também foi a tônica do anteprojeto do novo CPC. A redação final do PLS 166/10, após o fim de sua tramitação no Senado, manteve a regra da sucumbência, conservando a redação de que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor (artigo 87), redação essa mantida, pelo menos até agora, mesmo no PL 8046/10, ora em exame na Câmara dos Deputados.

O § 1º do art. 87 fixa o alcance da sucumbência. O dispositivo acolhe teses consagradas na jurisprudência do STJ e determina que a verba é devida, também, no pedido contraposto, no cumprimento de sentença, na execução resistida e nos recursos interpostos cumulativamente.

Ainda seguindo entendimento hoje consagrado no STJ, diz o § 6º que mesmo nas hipóteses de extinção do processo por perda de objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo. Este dispositivo é complementado pelo § 9º que determina que a verba de sucumbência arbitrada em embargos rejeitados ou julgados improcedentes, bem como na fase de cumprimento de sentença será acrescida no valor do principal.

O § 2º mantém a forma mista de fixação do percentual de honorários, de forma o legislador define os tetos máximo e mínimo (entre 20 e 10 por cento do valor da condenação), cabendo ao juiz, segundo seu prudente arbítrio, no caso concreto, estipular o valor exato, de acordo com os parâmetros previamente fixados, a saber:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação de serviço;
- c) a natureza e a importância da causa; e
- d) e trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Não obstante o Projeto, aqui, se limitar a reproduzir grande parte do texto do atual *Codex*, parece haver um excesso de conceitos jurídicos indeterminados, o que reduz muito a possibilidade de controle sobre esse ato do juiz.

Talvez pudessem ser pensados requisitos que, ao mesmo tempo em que buscam traduzir referências mais concretas, possibilitam aferir de forma mais precisa a qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado.

Por exemplo, o dispositivo poderia levar em consideração o ineditismo do caso e a ausência de precedentes nos Tribunais Superiores, fato esse que, certamente desafiaria a criatividade e a capacidade técnica dos profissionais. Outra idéia seria valorizar o advogado que se conduziu, ao longo do processo, acatando todos os preceitos cooperativos e colaborativos. Ou mesmo o empenho do advogado em buscar e tentar viabilizar soluções consensuais.

Importante ressaltar que esta regra geral sofre modificações em três situações, a saber:

a) sendo a causa inestimável ou sendo irrisória a vantagem econômica a ser proporcionada pelo processo, o juiz fixará os honorários tendo em vista, apenas, as diretrizes do § 2º;

b) em caso de ação indenizatória fundada em imputação de ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas e de mais doze prestações vincendas;

c) nas causas em que a Fazenda Pública for parte, o § 3º do art. 87 estabelece que o teto dos honorários deve ser inversamente proporcional ao valor da causa; ou seja: quanto maior o valor em jogo, menor o teto máximo de fixação dos honorários. Eis os limites fixados pelo Projeto:

c.1) mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos;

c.2) mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações acima de duzentos até dois mil salários mínimos;

c.3) mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações acima de dois mil até vinte mil salários mínimos;

c.4) mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações acima de vinte mil até cem mil salários mínimos;

c.5) mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos.

Regra curiosa é prevista no § 7º deste mesmo art. 87. Ela autoriza a fixação de nova verba honorária na instância recursal, mesmo que não haja pedido da parte interessada, observadas as diretrizes dos parágrafos 2º e 3º, e obedecido o limite total de 25 por cento para toda a fase de conhecimento, valor esse que pode ser cumulado com multas e outras sanções processuais, inclusive as do art. 80, como explicitado pelo § 8º do art. 87.

Na verdade, aqui, o dispositivo parece um pouco confuso. Isto porque a fase de conhecimento, desde a implementação da idéia de um processo sincrético, abrange toda a atividade realizada não só antes da sentença, mas também depois, durante o seu cumprimento, como já assegurado nos parágrafos 1º e 9º.

Por outro lado, fixar honorários suplementares em instância recursal parece dar a impressão de uma medida com disfarçada natureza sancionadora; como se a parte

vencida tivesse uma despesa a mais por provocar o reexame da matéria pelo Tribunal ad quem. Talvez fosse melhor fixar essa verba apenas nas hipóteses de recursos meramente protelatórios.

Por fim, o § 10, ao mesmo tempo em que reconhece o caráter alimentar dos honorários e, portanto, a possibilidade de receber os mesmos privilégios dos créditos trabalhistas, e ratifica que eles constituem direito do advogado, veda a compensação no caso da sucumbência parcial.

Com efeito, a Lei nº 8.906/94 já assegurava aos advogados o direito autônomo do advogado à percepção dos honorários, como se depreende da leitura dos artigos 22⁴² e 23⁴³.

Por outro lado, a proibição à compensação representa a mudança de um entendimento que já estava consolidado.

Não só o art. 21⁴⁴ de nosso atual CPC, como a Súmula 306⁴⁵ do STJ autorizam expressamente a compensação.

O § 11 permite que o pagamento dos honorários seja efeito em favor da sociedade de advogados que o advogado integra, na qualidade de sócio, valendo esta regra para o disposto no § 10. Esta possibilidade parece ter claro intuito de redução de carga tributária, notadamente quanto à incidência do imposto de renda, que é bastante reduzido nesta hipótese, se comparado ao valor pago pelo advogado enquanto profissional liberal.

O § 12 determina que os juros moratórios sobre honorários advocatícios incidem a partir da data do pedido de cumprimento da decisão que os arbitrou, e o § 13, repetindo a parte final do art. 20 do atual CPC, dispõe que os honorários também serão devidos nos casos em que o advogado atuar em causa própria.

⁴² **Lei nº 8.906/94. Art. 22.** A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

⁴³ **Lei nº 8.906/94. Art. 23.** Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

⁴⁴ **Lei nº 5.869/73. Art. 21.** Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

⁴⁵ **STJ. Súmula nº 306 - Honorários Advocatícios - Sucumbência Recíproca - Direito Autônomo do Advogado e Legitimidade da Parte.** Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

O art. 88. determina que as despesas devem ser proporcionalmente distribuídas no caso de sucumbência recíproca, mas exclui os honorários, eis que, como visto acima, o § 10 do art. 87 veda a compensação de honorários.

O parágrafo único deste art. 88 ressalva que se uma das partes sucumbir em parte mínima do pedido, a outra responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários, ao passo que o art. 89 prevê que na hipótese de litisconsórcio, haverá repartição proporcional das despesas e honorários.

O art. 92 trata das hipóteses de autocomposição. Havendo desistência ou reconhecimento, aquele que manifestou tal vontade arcará com as despesas e honorários. Havendo transação e se não existir disposição expressa, as despesas serão divididas igualmente. Note-se que, uma vez mais, o termo honorários é retirado, em consonância com a vedação à compensação.

Finalmente, o art. 94 traz regra salutar e que previne as lides temerárias: se o juiz extingue o processo sem resolução de mérito, o autor não pode propor novamente a mesma demanda sem pagar ou depositar em cartório o valor das despesas e honorários a que foi condenado.

A seguir, apresentamos um quadro comparativo entre a atual e a futura redação dos dispositivos referentes aos honorários, para que se possa ter uma idéia mais clara da intensidade das mudanças.

CPC 1973	PL 8046/10
<i>SEÇÃO III</i> <i>DAS DESPESAS E DAS MULTAS</i>	<i>SEÇÃO III</i> <i>DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS</i> <i>ADVOCATÍCIOS E DAS MULTAS</i>
Art. 20 - A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.	Art. 87. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º A verba honorária de que trata o capta será devida também no pedido contraposto, no cumprimento de sentença, na execução resistida ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

<p>§ 3o - Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:</p> <p>a) o grau de zelo do profissional;</p> <p>b) o lugar de prestação do serviço;</p> <p>c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.</p>	<p>§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, conforme o caso, atendidos:</p> <p>I - o grau de zelo do profissional;</p> <p>II - o lugar de prestação do serviço;</p> <p>III - a natureza e a importância da causa;</p> <p>IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.</p>
<p>§ 4o - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas <i>a</i>, <i>b</i> e <i>c</i> do parágrafo anterior.</p>	<p>§ 4º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito, o benefício ou a vantagem econômica, o juiz fixará o valor dos honorários advocatícios em atenção ao disposto no § 2º.</p>
<p>§ 5o - Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2o do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.</p>	<p>§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas com mais doze prestações vincendas.</p>
	<p>§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados dentro seguintes percentuais, observando</p>

	<p>os referenciais do § 2º:</p> <p>I — mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos;</p> <p>II — mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações acima de duzentos até dois mil salários mínimos;</p> <p>III — mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações acima de dois mil até vinte mil salários mínimos;</p> <p>IV — mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações acima de vinte mil até cem mil salários mínimos;</p> <p>V — mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos.</p>
	<p>§ 6º Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.</p>
	<p>§ 7º A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos § 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento para a fase de conhecimento.</p>
	<p>§ 8º Os honorários referidos no § 7º são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as do art. 80.</p>
	<p>§ 9º As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes, bem como em fase de cumprimento de sentença, serão</p>

	acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.
	§ 10. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.
	§ 11. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe cabem seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se também a essa hipótese o disposto no § 10.
	§ 12. Os juros moratórios sobre honorários advocatícios incidem a partir da data do pedido de cumprimento da decisão que os arbitrou.
Art. 20, parte final. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.	§ 13. Os honorários também serão devidos nos casos em que o advogado atuar em causa própria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABDO, Helena Najjar. *O (Equivocadamente) Denominado “Ônus Da Sucumbência” No Processo Civil*, Revista de Processo, v. 140, p. 37-53, outubro/2006.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol.II, 9ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC – vol. 1*. Rio de Janeiro: editora Forense, 1977.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 3ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, volume I*, 9 ed Jus Podivm: Bahia. 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – v. II*. 6ª edição, São Paulo: editora Malheiros, 2009.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª edição, 2004.
- FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2006.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – volume I*. 1ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2009.
- GRECO, Leonardo. *A defesa na execução imediata. Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Fredie Didier Jr. (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, disponível no endereço <http://www.marinoni.adv.br>, acesso em 05 de agosto de 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NEGRÃO, Theotônio (Org). *Código de Processo Civil e Legislação complementar*. São Paulo: editora Saraiva, 2009.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A nova sistemática do cumprimento de sentença: reflexões sobre as principais inovações da Lei n. 11.232/05”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 37.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *O Novo Ciclo de Reformas do CPC*, in Revista Quaestio Iuris, da Faculdade de Direito da UERJ, nº 4, Rio de Janeiro: Gamma Editora, setembro de 2006, pp. 53/76.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil – 2º volume. 23ª edição, São Paulo: editora Saraiva, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – volume I. 45ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2006.

O PROCESSO CIVIL ENTRA EM CAMPO: A COISA JULGADA E O TÍTULO BRASILEIRO DE 1987

*José Augusto Garcia de Sousa*¹⁻²

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito pela Universidade do Estado do
Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente de
Direito Processual Civil da UERJ. Professor de
Direito Processual Civil da Fundação Getúlio
Vargas (RJ).

Resumo: Um episódio bastante polêmico da vida desportiva brasileira — a disputa pela condição de campeão nacional de futebol de 1987 — é o ensejo para o artigo discutir o riquíssimo tema da coisa julgada, decisivo para a resolução da controvérsia futebolística.

Abstract: A polemic episode in Brazilian sports — the dispute for the status of national champion of football in 1987 — is the background used in the article for discuss the complex issue of the *res judicata*, which is crucial to solve the football controversy.\

Palavras-Chave: Futebol – Título brasileiro de 1987 – Clube de Regatas do Flamengo – Sport Club do Recife – Sentença – Coisa julgada – Limites objetivos – Segurança jurídica – Direito desportivo.

¹ Com muito afeto, agradeço o apoio e as valiosas sugestões do acadêmico Francisco Acioli Garcia.

² Tratando-se de um estudo de caso, relativo a conflito concreto e atual, devo declarar que, embora sem qualquer vínculo jurídico com as entidades envolvidas, gosto de futebol e torço pelo Flamengo, personagem central da disputa. Isso realmente despertou o meu interesse para o caso, mas não prejudica a seriedade do trabalho. Afinal, este se pretende consistente e com apoio em fontes bibliográficas boas e confiáveis. Além disso, hoje se sabe muito bem que não há neutralidade possível no mundo do direito, sem que o fato, por óbvio, tenha o condão de inviabilizar a produção científica nesse ramo. Enfim, também aqui o escrito transcende o autor, e deve ser julgado pela qualidade dos seus fundamentos, nada mais.

Keywords: Football – Brazilian champion in 1987 – Clube de Regatas do Flamengo – Sport Club do Recife – Sentence – *Res judicata* – Objective boundaries – Legal certainty – Sports law.

Sumário: 1. Introdução – 2. A Copa União de 1987 – 3. A demanda intentada pelo Sport Club do Recife – 4. A superveniência de fatos relevantes – 5. As principais questões a serem analisadas no caso – 6. A coisa julgada nos dias atuais: a necessidade de uma leitura suave e a rejeição da “coisa julgada polvo”: 6.1 A sina da coisa julgada em tempos relativistas; 6.2 A maior necessidade de ponderação entre segurança e liberdade na era da argumentação e da verdade “construída” - 7. Os limites objetivos da coisa julgada – 8. Coisa julgada e fatos supervenientes – 9. O peculiar regime constitucional das questões desportivas – 10. Conclusão parcial, à vista das premissas examinadas – 11. Voltando ao caso concreto: os limites objetivos da coisa julgada: 11.1 O que se contém, expressamente, nos limites da coisa julgada existente?; 11.2 Não teria ficado ao menos implícita — e coberta pela coisa julgada — a condição do Sport de único campeão brasileiro de 1987?; 11.3 Aplicando a “regra de ouro” – 12. Os fatos novos e sua influência no deslinde do caso – 13. Encerramento: recapitulação das ideias principais – 14. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO:

Embalado pelas “ondas” do célebre movimento do acesso à justiça, capitaneado por Mauro Cappelletti, o processo civil transformou-se intensamente nas últimas décadas. Vivemos agora, na chamada fase instrumentalista, sob o influxo da ideia-força da efetividade. O processo deve servir à vida, ao homem. Da realidade não pode se afastar. A efetividade do processo é, antes de tudo, essa conexão direta com a realidade, abandonando-se o formalismo que durante muito tempo impregnou o direito processual³. Nada mais eloquente, a esse respeito, do que o processo civil brasileiro, na quadra atual. Como sabemos todos, discute-se o projeto de um novo Código de Processo Civil. Independentemente dos méritos ou deméritos do projeto, não há dúvida

³ Fala-se evidentemente do formalismo excessivo, sem descurar da importância da forma para o processo. Consulte-se, a propósito, premiada obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

nenhuma de que ele está sendo guiado pela perspectiva da efetividade, visando ao aperfeiçoamento *prático* da função jurisdicional no Brasil. Há cerca de 40 anos, as preocupações eram bem distintas. Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, a realidade exterior não tinha qualquer protagonismo, mas sim a economia interna da processualística.

Neste ensaio, lastreado em caso concreto, a conexão do processo com as pulsações do mundo exterior estará muito presente. Mas dentro de um ângulo peculiar, e exibindo uma raríssima mistura de ingredientes. De um lado, o instituto da coisa julgada, que mesmo para os iniciados continua reservando surpresas e mistérios. Do outro, uma das maiores paixões nacionais, o futebol.

Estudaremos o caso do título brasileiro de 1987, objeto de ruidosa polêmica jurídico-futebolística. Como se verá a seguir, a disputa por esse título — que já dura quase 25 anos e envolve o time com maior torcida no país — passou a depender da resolução de uma controvérsia processual, afeta especificamente ao instituto da coisa julgada. Assim, uma questão extraída das profundezas da dogmática processual, carregada de sutilezas, ganhou as ruas e tornou-se assunto de rodas de bar e mesas redondas televisivas, sendo versada com desconcertante fluência por torcedores e comentaristas esportivos.

Paixão futebolística à parte, o caso abre ótimo ensejo para se cuidar do tema da coisa julgada, que, mesmo sem arrastar multidões a estádios, possui também, ao menos para os estudiosos do processo, uma boa dose de fascínio.

2. A COPA UNIÃO DE 1987:

Tratando-se de um estudo de caso, é preciso proceder a relato detalhado do quadro empírico que subjaz à polêmica jurídica⁴.

A história do conflito tem início em 1987. Naquele ano, o futebol brasileiro vivia uma profunda crise. O Campeonato Brasileiro de 1986, com nada menos do que 80 clubes — um número espantoso até mesmo para os padrões nacionais —, havia sido, além de caótico, muito deficitário para os grandes clubes, obrigados a dividir espaço

⁴ Não há maior controvérsia sobre os fatos que serão expostos a seguir (muitos deles notórios). Além de abundantes fontes na internet, consulte-se Roberto Assaf, *História completa do Brasileirão – 1971/2009*, Rio de Janeiro: Lance, 2009.

com times sem a menor expressão. A Confederação Brasileira de Futebol (CBF) era alvo de grande insatisfação e estava sem força e sem recursos. Tanto assim que o seu presidente, Octávio Pinto Guimarães, comunicou publicamente não ter a entidade condições de organizar o Campeonato Brasileiro de 1987. Foi a deixa para que o recém-fundado Clube dos 13 (“União dos Grandes Clubes do Futebol Brasileiro”) tomasse a iniciativa de promover o certame, que teria apenas 16 times (com o acréscimo de três convidados) e prometia ser organizado e rentável, ao contrário do Brasileiro de 1986. Seria a “Copa União”, ancorada em um inédito projeto de *marketing*, que envolveu vários patrocinadores importantes. No entanto, a CBF, ao pressentir o sucesso da Copa União, voltou atrás, retomando a organização do torneio, sob os protestos veementes do Clube dos 13. Um grande impasse se instalou. Quando a temperatura já atingia níveis elevados, CBF e Clube dos 13 conseguiram chegar a um acordo. A Copa União idealizada pelo Clube dos 13 teria então quatro “Módulos”: Verde, Amarelo, Azul e Branco.

Interessam aqui os Módulos Verde (Torneio João Havelange) e Amarelo (Torneio Roberto Gomes Pedrosa). O Verde foi composto pelos maiores times do Brasil, ganhadores de quase todos os títulos nacionais até então disputados, e também de alguns títulos mundiais. A saber: Atlético Mineiro, Bahia, Botafogo, Corinthians (campeão mundial de clubes posteriormente), Coritiba, Cruzeiro, Flamengo (campeão mundial em 1981), Fluminense, Goiás, Grêmio (campeão mundial em 1983), Internacional (campeão mundial posteriormente), Palmeiras, Santa Cruz (à época o time mais destacado de Pernambuco), Santos (bicampeão mundial em 1962/63), São Paulo (três vezes campeão mundial posteriormente) e Vasco. Já o Módulo Amarelo foi composto pelos representantes do que se pode chamar de segundo escalão do futebol brasileiro, entre eles o Sport Clube do Recife, que jamais conquistara qualquer título brasileiro⁵.

Confirmando o fato óbvio de que o Módulo Verde significava a primeira divisão do Brasil, registre-se que o América do Rio de Janeiro se recusou a disputar o Módulo

⁵ Eis a lista completa do Módulo Amarelo: América-RJ (que se recusou a disputar a competição), Atlético-GO, Atlético-PR, Bangu-RJ, Ceará-CE, Criciúma-SC, CSA-AL, Guarani-SP, Internacional-SP, Joinville-SC, Náutico-PE, Portuguesa-SP, Rio Branco-ES, Sport-PE, Treze-PB e Vitória-BA. De todos esses times que compuseram o Módulo Amarelo, somente o Guarani havia, até então, conquistado um Campeonato Brasileiro, o de 1978 (depois, o Atlético-PR venceu o de 2001). E nenhum deles, até hoje, conquistou título mundial ou mesmo sul-americano.

Amarelo, por entender que seu lugar de direito era no Módulo Verde (o inconformismo tinha alguma procedência: embora nunca tivesse sido um time de ponta, o América obtivera o quarto lugar no Campeonato Brasileiro de 1986⁶).

O acordo firmado entre CBF e Clube dos 13 foi importante para que os times pudessem entrar em campo, mas não logrou pacificar uma questão crucial: quem seria o campeão brasileiro de 1987? Para a CBF, o campeão sairia de um “cruzamento” reunindo os dois melhores do Módulo Verde e os dois melhores do Módulo Amarelo. Já o Clube dos 13 rejeitava tal cruzamento, forte no argumento de que, em qualquer lugar do mundo, não há o menor sentido em decidir um campeonato nacional “cruzando” os melhores da primeira divisão com os melhores da segunda divisão. Para o Clube dos 13, a autêntica Copa União era, unicamente, o Módulo Verde; havendo cruzamento, seria tão só para definir os dois representantes brasileiros na Taça Libertadores da América, o mais importante torneio internacional de clubes no âmbito das Américas.

O Flamengo sagrou-se campeão do Módulo Verde, derrotando na final, em 13/12/87, o Internacional, diante de um público de 91.034 pessoas, no Maracanã. Nessa final, o Flamengo entrou em campo com a seguinte escalação: Zé Carlos, Jorginho, Leandro, Edinho e Leonardo; Andrade, Aílton e Zico; Renato Gaúcho, Bebeto e Zinho. Desse time, todos passaram pela seleção brasileira, com a única exceção de Aílton. E quatro foram titulares da seleção brasileira campeã da Copa do Mundo de 1994 (Jorginho, Leonardo, Bebeto e Zinho).

Por outro lado, o Sport venceu o Módulo Amarelo, ficando o Guarani em segundo lugar.

Confirmam-se jornais e revistas esportivas da época (como por exemplo a revista *Placar*, líder de mercado): não havia a menor dúvida de que o Flamengo fora o campeão nacional de 1987. Prevaleceu, para a imprensa e o público em geral, a lógica ordinária das competições esportivas. Nenhum campeonato do mundo se decide embolando os melhores da divisão de cima com os melhores de uma divisão inferior.

Dentro do convulsionado futebol brasileiro da década de 80, porém, não era tão simples. Começou então uma “guerra de regulamentos”. Já iniciada a Copa União, a Diretoria da CBF preparou um regulamento prevendo o referido cruzamento, só que tal

⁶ Outra possível injustiça na seleção dos integrantes do Módulo Verde foi a exclusão do Guarani, vice-campeão de 1986 (além de campeão de 1978). Mas se tratou, no máximo, de uma exceção à regra. Os grandes clubes brasileiros, nenhum observador minimamente isento poderá negar, estavam no Módulo Verde.

regulamento não foi aprovado pelo Conselho Arbitral da entidade (formado pelos clubes participantes), como previa resolução do CND - Conselho Nacional de Desportos (órgão administrativo, já extinto, que na época regulava amplamente os esportes no Brasil). Era esse o regulamento, tácito que seja, brandido pelo Sport. Já o Flamengo se apegava a resolução não unânime do Conselho Arbitral da CBF igualmente duvidosa — votada em janeiro de 1988, após a final com o Internacional —, de acordo com a qual o cruzamento não deveria ocorrer. Além disso, o Flamengo seguia a orientação do Clube dos 13, ao qual estava filiado. A mesma postura teve o Internacional, que também era do Clube dos 13 e se houve no episódio de maneira extremamente digna: caso traísse o Clube dos 13, o Internacional voltaria a ter chance de conquistar o título que havia perdido, no campo, para o Flamengo.

A direção da CBF, como já dito, era a favor do cruzamento e determinou a sua realização. Com base na resolução do Conselho Arbitral de janeiro de 1988 — referendada pelo Conselho Nacional de Desportos —, o Flamengo não entrou em campo para enfrentar o Guarani; o Internacional fez o mesmo diante do Sport. Vencedores por W.O., Sport do Recife e Guarani de Campinas foram à final dessa última fase da Copa União (à luz do regulamento preparado pela Diretoria da CBF). Dois jogos foram realizados, o primeiro em Campinas (público de apenas 4.627 pessoas) e o segundo no Recife (público de 26.289 pessoas). Nesse segundo jogo, em 07/02/88, o Sport venceu o Guarani e conquistou o título (o primeiro jogo terminara empatado). Longe das manchetes. Mas com o endosso da CBF.

Reafirme-se, por último, que a CBF contrariou o posicionamento da entidade a quem devia obediência, o CND. Este, em sessão colegiada realizada em 21/01/88, declarou, à unanimidade, que o Flamengo era o campeão de 1987. Ou seja, para a justiça desportiva brasileira, encarnada pelo CND, o controvertido título pertencia ao Flamengo, de fato e de direito.

3. A DEMANDA INTENTADA PELO SPORT CLUB DO RECIFE:

O Sport intentou ação judicial para ratificar a condição de campeão brasileiro de 1987, que lhe fora atribuída pela CBF em desafio à posição do CND. Como litisconsortes passivos figuraram a própria CBF, o Flamengo, o Internacional e a União

Federal (cuja estrutura administrativa abrigava o Conselho Nacional de Desportos - CND). Por conta da presença da União no polo passivo — presença questionada durante o processo, sem êxito —, o Sport pôde litigar perante a 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (Processo 00.0004055-0). Caso a União não fosse ré, a ação correria na Justiça estadual, no foro do Rio de Janeiro (domicílio da CBF e do Flamengo) ou no foro de Porto Alegre (domicílio do Internacional).

Afigura-se de grande importância analisar o conteúdo da demanda ajuizada pelo Sport. Em especial, examine-se a respectiva sentença, proferida em 02/05/94⁷. No relatório, fica claro o objeto litigioso do processo:

“Manifestando seu inconformismo com a tentativa de modificação do regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987, pediu [o Sport] seja reconhecida a sua condição de campeão do aludido certame, declarando-se válido o Regulamento outorgado pela Diretoria da Confederação Brasileira de Futebol, em face da suspensão da convocação do Conselho Arbitral da aludida entidade, por decisão judicial. Pleiteou, outrossim, fossem reputadas inválidas as modificações no dito regulamento, que não obtivessem a unanimidade dos votos do citado Conselho.”

Quanto aos fundamentos da sentença, entendeu-se que deveria prevalecer o regulamento imposto pela Diretoria da CBF, o qual, na pior das hipóteses, teria o assentimento tácito dos clubes. A par da validação do regulamento proveniente da Diretoria da CBF, a sentença negou eficácia à deliberação favorável à pretensão do Flamengo, oriunda do Conselho Arbitral da mesma CBF:

“(…) Diante de tais considerações, avulta não se poder acatar qualquer deliberação do mencionado Conselho Arbitral, com efeitos diretos no regulamento do Campeonato Brasileiro de 1987, que não tenha sido acolhida pela unanimidade de seus integrantes. Isto posto, a supressão do quadrangular já referido não poderia prevalecer. Deveriam os dois finalistas de cada Módulo do Campeonato ter disputado entre si para decidir o efetivo Campeão Brasileiro do citado ano. Recusaram-se o Sport Club Internacional e o Clube de Regatas do

⁷ Observe-se, *a latere*, que a sentença contém, a fls. 366 dos autos, uma informação intrigante do ponto de vista processual, cujo sentido nossas pesquisas não conseguiram decifrar: “Vieram-me os autos, para exame e deliberação, por força de designação extraordinária do Exmo. Sr. Presidente do TRF 5ª Região.” Não conseguimos apurar a justificativa para essa designação extraordinária, nem se ela feriu o princípio constitucional do juiz natural.

Flamengo a participar do cruzamento aludido, como restou incontestado nos presentes autos, dando azo à disputa ser promovida apenas entre o Sport Club do Recife e o Guarani Futebol Clube, tendo o primeiro, de acordo com as regras pertinentes, se sagrado vitorioso.”

Também fundamental é a reprodução do dispositivo da sentença:

“Em face do exposto, julgo procedentes, *in totum*, as pretensões formuladas na peça exordial, para declarar válido o regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, outorgado pela Diretoria da CBF; declarar, ainda, necessária a aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da dita entidade, para a sua modificação, determinando, outrossim, à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstenham de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral tendente à modificação do suso-citado regulamento, sem a deliberação unânime de seus membros, concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

Com as transcrições feitas acima, conseguimos identificar perfeitamente os contornos objetivos da demanda proposta pelo Sport em face de CBF, Flamengo, Internacional e União Federal. A causa de pedir: basicamente, o estado de dúvida — gerado pela existência de normas regulamentares contraditórias — quanto ao campeão brasileiro de 1987. O pedido (principal): o reconhecimento do Sport, pela CBF, como campeão brasileiro de 1987.

A sentença favorável ao Sport foi mantida em grau recursal, pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Houve ainda a tentativa de levar a causa para o Superior Tribunal de Justiça, mas o recurso especial interposto pela União foi denegado na origem. Sucedeu-se agravo de instrumento, que igualmente não teve sucesso, sendo desprovido por motivos formais (Ag 210.691/PE, rel. min. Waldemar Zveiter, decisão proferida em 10/03/99).

Antes de avançar, deixe-se registrado que foi suscitada, no processo em tela, a preliminar de necessidade de esgotamento das instâncias da justiça desportiva, à vista do art. 217, § 1º, da Constituição de 1988 (tema que merecerá a nossa atenção adiante). Aliás, o próprio regulamento validado pela sentença dispunha no mesmo sentido do

comando constitucional. A sentença afastou a preliminar com base principalmente em dois fundamentos. Em primeiro lugar, o texto constitucional não se aplicaria à demanda do Sport, pois esta fora intentada em fevereiro de 1988, antes de entrar em vigor a Constituição. Depois, sustentou a sentença — numa arrojada aplicação da (mal compreendida) teoria das normas constitucionais inconstitucionais, de Otto Bachof⁸ — que seria “bastante questionável” a própria constitucionalidade do art. 217, § 1º, da Constituição de 1988, vez que ofenderia o princípio maior da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição).

4. A SUPERVENIÊNCIA DE FATOS RELEVANTES:

A decisão judicial transitada em julgado não arrefeceu o ânimo do Flamengo, que continuou reivindicando o título de 1987. O Clube dos 13 seguiu apoiando o pleito do Flamengo. Também os meios futebolísticos, de uma forma geral, continuaram creditando a conquista ao Flamengo, colocando este, na pior das hipóteses, ao lado do Sport.

Para filiar-se ao Clube dos 13, o próprio Sport firmou documento concordando com a divisão do título de 1987, sendo o documento assinado por todos os integrantes do Clube dos 13, na assembleia geral extraordinária da entidade realizada em 09/06/97. Mas nenhuma mudança concreta sucedeu.

A partir de 2010, fatos novos advieram, e o assunto voltou às primeiras páginas.

Em dezembro de 2010, através da Resolução da Presidência (RDP) nº 03/10, a Confederação Brasileira de Futebol promoveu a chamada “unificação dos títulos brasileiros de clubes” a partir de 1959. Para tanto, reconheceu, como campeonatos brasileiros, torneios que antes não tinham tal qualificação. Pensando nos que não são letrados em futebol, vale explicar com calma essa unificação.

Pois bem, foi só a partir de 1971 que se instituiu oficialmente o título nacional de clubes do futebol brasileiro. Assim, apenas os times ganhadores a partir de 1971 (o primeiro deles foi o Atlético de Minas Gerais) eram considerados legítimos campeões brasileiros. Ocorre que, antes disso, houve torneios que já apresentavam abrangência

⁸ Exato, a propósito, o comentário de Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 189): “Pouco lido e citado por vezes com equivocidade, o trabalho de Bachof não tem as implicações que a ele se tem atribuído.”

nacional. Foi o caso da Taça Brasil, disputada de 1959 a 1968, e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, disputado de 1967 a 1970 (com características muito similares aos campeonatos nacionais jogados a partir de 1971).

O que fez a CBF então? No ato de unificação, passou a considerar campeões brasileiros, também, todos os vencedores da Taça Brasil, de 1959 a 1968, e todos os vencedores do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, de 1967 a 1970.

O ato de unificação — que não mereceu qualquer questionamento judicial — alterou radicalmente o *ranking* oficial de títulos brasileiros de clubes. Antes, era o São Paulo, com seis títulos reconhecidos, o primeiro do *ranking* (sendo-lhe reconhecido o título de 1987, também o Flamengo teria seis títulos). Depois da unificação, ascenderam ao topo o Palmeiras e o Santos. Por sinal, foi o Santos o maior beneficiado. Antes da unificação, o Santos só possuía dois títulos brasileiros (2002 e 2004). Passou a oito, acrescentados seis títulos conquistados na “era Pelé” (cinco triunfos na Taça Brasil, de 1961 a 1965, e mais o Torneio Roberto Gomes Pedrosa de 1968).

Com grande interesse para o caso do título de 1987, saliente-se que a unificação promovida pela CBF implicou a aceitação de dois campeões brasileiros no mesmo ano. Foi o que se verificou em 1967 e 1968. Em 1967, o Palmeiras ganhou tanto a Taça Brasil como o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, e por isso somou dois títulos brasileiros. Em 1968, o Botafogo venceu a Taça Brasil, enquanto o Santos ficou com o Torneio Roberto Gomes Pedrosa. Resultado: Botafogo e Santos, de acordo com a unificação levada a efeito pelo CBF, foram declarados campeões brasileiros de 1968.

Apesar da unificação, a CBF continuou não reconhecendo o título do Flamengo em 1987. Como justificativa, a CBF invocou a decisão judicial favorável ao Sport. Ouviu-se então uma enxurrada de críticas à CBF. Sem o reconhecimento do título do Flamengo, a unificação mostrava-se anti-isonômica.

Tome-se, à guisa de exemplo, a última edição da Taça Brasil, referente ao ano de 1968 (embora só tenha sido finalizada em outubro de 1969, mais de um ano após o seu início). Quem a venceu foi o Botafogo, que tinha, sem dúvida alguma, um grande time. Para essa conquista específica, entretanto, o Botafogo precisou enfrentar tão somente três times, dois deles sem maior expressão nacional. Os três times: Metropolitano de Santa Catarina (que não existe mais), Cruzeiro e Fortaleza (em 2011 ocupando a terceira divisão do futebol brasileiro). Para se ter ideia da importância um tanto quanto relativa

da competição, diga-se que a série contra o Metropolitano foi ganha pelo Botafogo em virtude de abandono do adversário. E a final contra o Fortaleza, no Maracanã, teve um público de apenas 13.588 pessoas (bastante diminuto para a época).

Compare-se a Taça Brasil de 1968 — que seguiu o padrão das várias edições desse mesmo certame — com o torneio vencido pelo Flamengo em 1987. Para sagrar-se campeão, o Flamengo foi obrigado a fazer 19 jogos, enfrentando os melhores times do país. Na final, conforme já declinado, derrotou o Internacional, clube de enorme tradição no Brasil, diante de um público de mais de 90 mil pessoas.

Ou seja, aparentemente havia, de fato, ofensa ao princípio isonômico. Se a Taça Brasil fora reconhecida como campeonato brasileiro, por que não o Módulo Verde vencido pelo Flamengo?

Em fevereiro de 2011, a CBF voltou atrás, e finalmente reconheceu o Flamengo como campeão brasileiro de 1987 — *ao lado do Sport* —, através da Resolução da Presidência (RDP) nº 02/11, que alterou a RDP nº 03/10 (acima mencionada). Dessa forma, a unificação de dezembro de 2010 passou a alcançar também o título do Flamengo em 1987. Entre os *consideranda* da RDP nº 02/11, consignou-se que “o objetivo da CBF, como entidade de grau máximo da estrutura organizacional do futebol brasileiro, ao editar a citada RDP nº 03/2010, era o de pacificar um tema controvertido de longa data, capaz de suscitar desarmonia no ambiente desportivo, de todo indesejável”. Com o mesmo propósito, dava-se o reconhecimento do título do Flamengo. Dessa forma, 1987 passou a ter dois campeões: Sport Club do Recife e Clube de Regatas do Flamengo.

Vale registrar que a RDP nº 02/11 se escudou em parecer firmado por Álvaro Melo Filho, conhecido especialista em direito esportivo. Nesse parecer, salientou-se: “Além de ser profilático inibir o surgimento de ações judiciais em derredor do referido título, insta prestigiar-se a decisão unânime do Conselho Nacional de Desportos, na época a instância desportiva suprema, que reconheceu a conquista do C. R. Flamengo, sem desfazer ou restringir direito idêntico ao S. C. Recife obtido, sem enunciação de qualquer caráter de exclusividade, no âmbito da Justiça Comum; (...) Este duplo reconhecimento permite a convivência dos decisórios administrativo (em favor do Flamengo) e judicial (em prol do Sport), correspondendo a uma solução quase salomônica e sem empecilhos jurídicos, em que os interesses das duas equipes ficam

reconhecidos e garantidos, até porque não se repelem nem se excluem mutuamente. Dito de outro modo, se na ação judicial a opção era Sport ou Flamengo, o que agora está a pretender o C. R. Flamengo, da CBF, é que Sport e Flamengo passem a dividir ou partilhar o título de Campeão Brasileiro de Futebol de 1987 (...).”

Destaque-se no parecer ainda: “Vê-se, então, com clarividência, que tivemos dois torneios — Torneio João Havelange (ou Módulo Verde) e Torneio Roberto Gomes Pedrosa (ou Módulo Amarelo) — disputados de forma autônoma, paralela e separadamente, gerando, portanto, dois campeões e dois vice-campeões. (...) No final de 2010, a CBF reconheceu títulos nacionais de Bahia, Santos, Cruzeiro, Palmeiras, Fluminense e Botafogo, como vencedores da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, obtidos no período de 1959 até 1970. Nesse contexto, não se afigura justo e razoável dar um tratamento não isonômico e discriminatório aos vencedores dos torneios João Havelange e Roberto Gomes Pedrosa, ou seja, não considerá-los campeões do atípico Campeonato Brasileiro de 1987 (...).”

Mas ainda não se encerrara a história do “campeonato sem fim” (expressão do jornalista esportivo Gustavo Poli). Inconformado com a edição da RDP nº 02/11, da CBF, o Sport apresentou, junto à 10ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, pedido de “cumprimento de sentença”, alegando violação à coisa julgada material. Sem o estabelecimento de qualquer contraditório, o pedido foi deferido (Proc. 0004055-52.1900.4.05.8300): “A sentença prolatada às fls. 365/376 e confirmada pelas instâncias superiores, decidindo um pleito em que figuravam como litisconsortes passivos necessários os times finalistas do Campeonato Brasileiro Profissional de 1987, declarou que o título de campeão daquele certame é de direito do autor, não deixando margem interpretativa para a sua divisão com quem quer que seja e, além disso, determinou à ré CBF que fizesse esse reconhecimento, o que significa dizer que mais que uma declaração a entidade responsável pela estrutura organizacional do futebol brasileiro em seu grau máximo deve adotar todas as providências imprescindíveis para fazer tal reconhecimento. (...) Portanto, o ato praticado pela Presidência da CBF (...) consubstancia uma afronta à sentença exarada a fls. 365/376, eis que todas as agremiações futebolísticas ali mencionadas integraram a relação processual por ela decidida, sendo um ato nulo de pleno direito por colidir com a coisa julgada material (...).”

Essa mesma decisão, ao deferir o pleito formulado pelo Sport, introduziu no comando a ser cumprido pela CBF um termo essencial, que não figurou na sentença original: “único”. Confira-se (grifo nosso): “Editando ato oficial em sentido contrário a essa obrigação, no caso o pronunciamento de fls. 613 a 614, salta aos olhos que a CBF não fez o que a sentença lhe determinou, cabendo agora obviamente ser compelida a desfazer o ato contrário e a editar o ato correto reconhecendo o autor como o *único* campeão de 1987.”

Em junho de 2011, cumprindo a decisão judicial (que, para a hipótese de descumprimento, previa multa diária e ainda a apuração de crime de desobediência), a CBF emitiu a RDP nº 06/11, revogando a RDP nº 02/11. Na oportunidade, a CBF fez questão de apor as seguintes ressalvas: “não obstante o referido ato judicial ser passível de recurso e apesar de esta entidade entender que o reconhecimento do título de campeão nacional de 1987 também ao Clube de Regatas do Flamengo não contraria os limites da coisa julgada.”

Contra a decisão da 10ª Vara da Justiça Federal, CBF e Flamengo interpuseram agravos de instrumento, distribuídos à Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (agravos 0010630-56.2011.4.05.0000 e 0010631-41.2011.4.05.0000, respectivamente), ainda sem julgamento ao tempo da conclusão deste trabalho.

Termina o relato fático. Muitos capítulos do “campeonato sem fim” ainda serão escritos. E neles prevalecerão, mais do que nunca, as letras jurídicas. A polêmica que se põe diz respeito basicamente aos limites objetivos da coisa julgada, como observado na RDP nº 06/11 da CBF. Pretendemos aqui, investigando a dogmática da coisa julgada, bem como o regime jurídico das questões desportivas, apontar a melhor solução para o caso concreto. É o que se passará a ver nas seções seguintes.

5. AS PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ANALISADAS NO CASO:

Depois da narrativa fática, necessariamente detalhada, é preciso definir as principais questões que serão enfrentadas neste estudo.

A primeira grande questão: quais exatamente os limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport Clube do Recife? Só o Sport é o campeão de 1987? Ou há espaço para uma fórmula diversa?

Ultrapassada a primeira questão, surgirão as seguintes indagações: fatos novos podem ter alguma influência sobre a definição do título brasileiro de 1987? De que forma? Em que medida? Ou porventura a matéria, tal como delineada no processo vencido pelo Sport, é completamente imune a quaisquer fatos novos?

Enuncie-se também o que *não* será objeto de análise.

Para não dilatar em demasia o presente estudo, desviando-o do seu foco principal, não teceremos qualquer comentário específico sobre a recente decisão de “cumprimento de sentença” da 10ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, alvejada por agravos de instrumento da CBF e do Flamengo; e também não examinaremos as repercussões do caso perante a FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), entidade máxima do futebol mundial, cujo estatuto recrimina o encaminhamento de quaisquer pendências surgidas no meio futebolístico às justiças comuns dos países associados⁹.

Antes porém do ataque direto às questões a serem enfrentadas, convém assentar algumas premissas relevantes. Começaremos pela formatação contemporânea do instituto da coisa julgada.

6. A COISA JULGADA NOS DIAS ATUAIS: A NECESSIDADE DE UMA LEITURA SUAVE E A REJEIÇÃO DA “COISA JULGADA POLVO”:

Dois são os tópicos do capítulo. Os dois cuidarão do impacto de fatos contemporâneos na dogmática da coisa julgada e levarão, de forma convergente, a um mesmo diagnóstico. Vamos ao primeiro tópico.

6.1 A sina da coisa julgada em tempos relativistas:

Vivemos em uma época pós-moderna — ou “pós-tudo”, no dizer de Luís Roberto Barroso¹⁰. São tempos inegavelmente conturbados. Acima de tudo, inseguros.

⁹ Não se olvide o fato de que as normas internacionais do esporte são expressamente encampadas pela legislação interna. Assim dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei 9.615/98 (que instituiu normas gerais sobre desporto): “A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto.”

¹⁰ Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001, p. 11. Outra

Não falamos de insegurança física, embora ela também esteja presente. Falamos de algo diferente, possivelmente inédito na história da humanidade: uma enorme insegurança espiritual, filosófica. Um grande desencantamento. Cercado por relativismos e pluralismos sem fim, o homem contemporâneo vai ficando cada vez mais carente de certezas. Esse quadro de desnortamento é acelerado pela tecnologia vertiginosa dos nossos dias, muito mais ágil do que qualquer filosofia. Por conta de avanços tecnológicos assombrosos, até o que havia de mais sagrado para o ser humano, a concepção da vida, ganhou contornos plurais. Só a morte continua absoluta.

Em tempos assim, é de se perguntar: qual a sina de um instituto cujo principal negócio é o fornecimento desse artigo tão escasso — a segurança?

À evidência, o direito não é uma ilha. Como produto — e em certa medida agente — da cultura dominante, o direito sofre, inevitavelmente, a influência do solo em que está plantado e do tempo em que está vigorando.

Já era de se esperar, então, que o instituto da coisa julgada não passasse incólume a uma era tão relativista e iconoclasta. Realmente não passou. E no direito brasileiro o solavanco foi bastante forte. Cresceu entre nós o movimento da “relativização” da coisa julgada, que conseguiu a adesão de juristas consagrados. Um deles foi Cândido Rangel Dinamarco. Em texto admirável, assinalou Dinamarco que “*é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo*”¹¹.

Esclareça-se que a proposta de relativização da coisa julgada, voltada para situações excepcionais, não busca o aniquilamento da segurança na seara processual, mas sim um equilíbrio maior entre valores igualmente relevantes. Nas palavras de Dinamarco: “A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis — ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha,

passagem do mesmo jurista capta muito bem o espírito da nossa época (Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 33, 2006, p. 43-44): “Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo. Para *jingles*, e não para sinfonias.”

¹¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*, *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003, p. 28, grifado no original.

repito: *a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.*”¹²

Depois de um início fulgurante, fomentando ampla bibliografia e conquistando vários apoios doutrinários ilustres¹³, esse movimento em prol da relativização da coisa julgada passou a ser alvejado por muitas críticas¹⁴, de resto algo que sempre acontece com teses inovadoras, em qualquer campo científico. De modo extremado, Nelson Nery Jr. chegou a invocar o fantasma do nazismo para fustigar os adeptos da relativização. Depois de citar determinada legislação do tempo de Hitler, criando uma nova causa de rescindibilidade das sentenças de mérito na Alemanha, fuzilou Nery Jr.: “(...) No Brasil, que é república fundada no estado democrático de direito, o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele *acha* que deva fazê-lo; o intérprete quer ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz.”¹⁵

Noutra vertente de defesa da coisa julgada, passou-se a encarecer a sua condição de direito fundamental. É esse o posicionamento de Leonardo Greco, que invoca jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva¹⁶. Vale a ressalva de que Greco não rejeita de todo a possibilidade de flexibilização da coisa julgada, tendo-se em vista que a segurança jurídica não é um direito absoluto. “[N]o processo civil”, afirma Greco, “é necessário reconhecer direitos fundamentais mais valiosos do que a coisa julgada.”¹⁷

¹² Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 36, grifado no original. No mesmo texto, p. 32, o autor já havia frisado ser absurdo “eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas.”

¹³ A primeira edição da obra *Coisa julgada inconstitucional* (coordenador Carlos Valder do Nascimento, Rio de Janeiro, América Jurídica) reuniu, em 2002, vários autores que levantaram a bandeira da relativização: Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Valder do Nascimento, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e Juliana Cordeiro de Faria.

¹⁴ O próprio termo “relativização” é criticado por José Carlos Barbosa Moreira (Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada, *Temas de direito processual: nona série*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 235-236): “(...) Nossa estranheza tem outro motivo. É 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. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada: (...). O que se pode querer — e é o que no fundo se quer, com dicção imperfeita — é a *ampliação* do terreno ‘relativizado’, o *alargamento* dos limites da ‘relativização’.”

¹⁵ Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 48, grifado no original.

¹⁶ Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, volume II, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 359-363.

¹⁷ Leonardo Greco, *Instituições...*, cit., p. 362.

Sérgio Gilberto Porto, por seu turno, assinala que o respeito à coisa julgada integra o conceito de “cidadania processual” plasmado pela nossa ordem constitucional, devendo o tema da relativização ser tratado com bastante cautela, evitando-se a subversão do sistema processual¹⁸.

No plano jurisprudencial, a polêmica tese da relativização da coisa julgada mereceu o endosso do Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária recente, tomada por maioria de votos¹⁹. O caso que foi ao Supremo: passados alguns anos do trânsito em julgado de decisão de improcedência em investigação de paternidade — improcedência por insuficiência de provas, motivada pela falta de recursos do autor para realizar a prova genética —, houve repositura da demanda, dessa feita confiante na possibilidade de realização do exame de DNA (já que este passou a ser custeado pelo poder público nos casos de pessoas carentes, conforme legislação do Distrito Federal, onde residem as partes, editada após a primeira demanda).

Depois de proceder a uma cuidadosa ponderação de valores, levando-se em conta os direitos em jogo — inclusive o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita —, entendeu nossa corte constitucional que a coisa julgada material formada na primeira demanda não poderia prevalecer, sendo permitida então a repositura da demanda investigatória, afastado o óbice da coisa julgada.

A decisão, repita-se, não foi unânime. E logo que foi anunciada, como não poderia ser diferente, suscitou acirrada controvérsia. Seja como for, dada a autoridade — e o crescente prestígio — da corte brasileira, a importância do julgado é manifesta, tornando-se referência obrigatória no estudo da coisa julgada, aqui e no mundo.

Nem é preciso acrescentar que, com o julgado do Supremo Tribunal Federal, ficou atestada plenamente a seriedade da tese da relativização da coisa julgada. Sem embargo, aqui não interessa chegar a uma conclusão quanto ao acerto ou não da tese, até porque, como se verificará mais à frente, nem o próprio Flamengo advoga qualquer relativização no caso ora em estudo. Interessa, sim, perceber o que subjaz à polêmica da relativização, e dela extrair algumas respostas que se poderiam dizer consensuais, ou quase isso.

¹⁸ Sérgio Gilberto Porto, Cidadania processual e relativização da coisa julgada, *Revista de Processo*, nº 112, p. 23-32, out./dez. 2003.

¹⁹ O julgamento foi proferido no RE 363.889, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, em 02/06/11. Votaram contrariamente os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Ao tempo da conclusão do nosso estudo, ainda não fora publicado o respectivo acórdão.

Pois bem, a polêmica da relativização da coisa julgada, no final das contas, nada mais faz do que refletir uma diretriz elementar da filosofia jurídica nos tempos atuais, já mencionada brevemente linhas atrás: o direito não pode virar as costas para a realidade. Especialmente o direito processual, em função do seu espírito pragmático, deve ter atenção redobrada para os fatos do mundo real. Uma das grandes propriedades da atual fase instrumentalista do direito processual é exatamente essa permeabilidade a influências exteriores.

Vivemos, reitere-se, em uma época extremamente relativista, que se esmera em pulverizar dogmas e ideologias. A segurança nunca foi um valor tão difícil de alcançar. Tudo que é sólido, hoje, parece desmanchar-se no ar²⁰. Nas palavras do consagrado sociólogo Zygmunt Bauman, levamos atualmente uma “vida líquida”, que vem a ser “uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios (...). Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las. (...) É preciso acelerar o ‘alcançar’ caso se deseje provar as delícias do ‘largar’.”²¹

Como conciliar toda essa incerteza da vida pós-moderna — uma vida marcada pela “sucessão de reinícios” e pelo prazer do descarte — com a férrea inflexibilidade tradicionalmente atribuída à coisa julgada? Alguma concessão não se poderia esperar desse regime calcado na rigidez? Ainda haveria lugar para uma entidade capaz, em nome da segurança, de prodígios como fazer branco do preto e do quadrado redondo?

As respostas às questões que acabamos de formular não parecem complicadas. Se a incerteza é a marca do tempo atual, e quase nada deixa de ser contaminado por algum tipo de relativismo, soa bem natural que também a coisa julgada, um dos bastiões maiores da segurança no campo jurídico, experimente flexibilizações. Não causa

²⁰ Tomamos de empréstimo as palavras de conhecida passagem do Manifesto do Partido Comunista, escrito em 1848 por Marx e Engels, aqui aplicada em outro contexto e com sentido diverso.

²¹ Zygmunt Bauman, *Vida líquida*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007, p. 8.

surpresa alguma, portanto, o movimento em prol da relativização da coisa julgada. Estranho mesmo seria se não existisse tal movimento.

Para frisar a necessidade de o direito estar sintonizado com a realidade circundante, Lenio Luiz Streck apresenta imagem bastante inspirada: à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção, o jurista não pode se dar o luxo de continuar arrumando o quadro de Van Gogh na parede²²... No tema da coisa julgada, se há a sintonia com a realidade preconizada por Streck, percebe-se com clareza que ajustes e adaptações são inevitáveis. A grande discussão nem é essa. É outra. Cuida-se de saber como e em que grau devem ocorrer esses ajustes e adaptações. Aí, sim, a complexidade sobe de tom.

É irreal, em suma, sustentar uma coisa julgada imune a flexibilizações nos dias que correm. Só que também não é nada fácil equacionar a medida e a intensidade das flexibilizações. Daí a indagação: estaríamos fadados à divergência e ao impasse? Ou haveria, no que tange ao trato contemporâneo do instituto da coisa julgada, alguma tendência minimamente consensual e conciliatória?

Pensamos que há. Resulta de toda essa agitação no plano da coisa julgada uma plataforma mínima, a que se chega de forma razoavelmente tranquila, sem o aporte de qualquer ousadia relativista. Em que consiste tal plataforma mínima? Vamos lá: a coisa julgada não pode mais, se é que já pôde algum dia, ser tratada de maneira hipertrofiada, quase opressiva. As suas limitações e fraquezas não devem ser ignoradas, até porque é passado o tempo da coisa julgada triunfal, fim maior do processo. O presente rejeita, enfim, uma coisa julgada que se poderia dizer “pesada” — excessivamente espaçosa e otimista. Em consequência, a leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave, mais cautelosa. Eis aí tendências sobre as quais não parece haver maiores dúvidas²³.

6.2 A maior necessidade de ponderação entre segurança e liberdade na era da argumentação e da verdade “construída”:

²² Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 871.

²³ Vale, a propósito, repetir a lição de Cândido Rangel Dinamarco (Relativizar a coisa julgada material, cit., p. 28, grifado no original): “é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo”.

E a consideração da coisa julgada como direito fundamental? Uma leitura mais suave da coisa julgada não conspiraria contra essa qualificação?

Decerto que não. A visão mais suave da coisa julgada não nega, em momento algum, a sua condição de direito fundamental. É preciso ter em mente, todavia, que a coisa julgada só significa direito fundamental na medida em que instrumentaliza, no campo processual, o valor segurança, este sim o valor fundamental primário. A fundamentalidade — secundária — da coisa julgada só faz sentido, portanto, se ela tutela de maneira adequada o valor segurança. E uma tutela excessiva tende a não se revelar adequada. Dessa forma, o enquadramento como direito fundamental não pode servir de pretexto para a prevalência de uma coisa julgada hipertrofiada, que erra a mão na sua função instrumental — e acaba por se deslegitimar.

E mais. Conquanto muito relevante socialmente a defesa da segurança, via coisa julgada, ela nunca está isenta de efeitos colaterais nocivos. Quando se fala da imunização característica da coisa julgada, fala-se também de um ato de interdição. Nada existe de tão agudo e contundente no plano das funções estatais. Os atos administrativos podem ser desconstituídos judicialmente ou pela própria entidade que os produziu (enunciado 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal). Também a espécie normativa típica, a lei, pode ser atacada judicialmente ou então revogada. Só a sentença, coberta pela coisa julgada, ganha o timbre da indiscutibilidade e da imutabilidade. É uma pedra que se coloca sobre determinada matéria, para todo o sempre (excetuadas naturalmente as hipóteses de rescindibilidade). Nesse sentido, pode-se dizer que a imunização produzida pela coisa julgada possui caráter autoritário²⁴. Não por acaso se fala em *autoridade* da coisa julgada. Quanto maior for a extensão da coisa julgada, maiores serão a força e o império.

Se em qualquer tempo se mostra indispensável domar tanta potência, mais ainda em uma época como a atual, repleta de incertezas, órfã de verdades universais. Numa época assim, visceralmente questionadora e veloz, a faceta discursiva do direito tende a robustecer-se. É compreensível. Se faltam as verdades (apriorísticas) inquestionáveis, é

²⁴ No *Miniaurélio* (7. ed., 2008, p. 155), autoritário significa “relativo a, ou que se baseia na autoridade, ou por ela se impõe”. É nesse sentido que usamos o termo, e não no sentido de algo despótico, arbitrário. À própria jurisdição se pode atribuir esse traço. Confiram-se a propósito as palavras de Sergio Bermudes (*Introdução ao processo civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 20-21): “De tal modo é autoritária a jurisdição que, mesmo o ato jurisdicional que deixa de aplicar o direito, ou não lhe dá a melhor aplicação possível pode prevalecer, se não utilizados, ou depois de esgotados, os meios para a sua correção.”

preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava revelar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a tal esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*. Como? Por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e virtudes democráticas ao procedimento decisório.

Goza de bastante prestígio nos dias atuais, portanto, uma racionalidade jurídica eminentemente argumentativa, talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados²⁵. No direito processual, essa racionalidade argumentativa contribui para a sublimação do princípio do contraditório e o “retorno ao procedimento”²⁶.

Reforço da argumentação, sublimação do contraditório, retorno ao procedimento. Tudo isso pede, à evidência, um aumento do grau de *liberdade* dentro do processo. Liberdade para argumentar, replicar, recorrer, suscitar questões novas. Preclusões rígidas podem embaraçar esse ambiente argumentativo, assim como a ausência de meios de impugnação²⁷. E a imunização definitiva trazida pela coisa julgada pode ser ainda mais cerceadora, trancando a discussão de matérias ainda não suficientemente debatidas.

²⁵ A revalorização da argumentação no meio jurídico é confirmada pelo grande Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, 25. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88-89): “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios. De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição (...)”

²⁶ Discorrendo exatamente sobre o “retorno” do processo ao procedimento, assinala Antonio do Passo Cabral (*Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 179): “(...) Muitos juristas e filósofos notaram que, no mundo atual, até mesmo pelas múltiplas cosmovisões observáveis na sociedade humana pluralista, é difícil crer na existência de um *ethos* universalmente aceitável. No fracasso histórico de estabelecer uma ‘justiça substancial’, definida e expressa com base em critérios materiais, a ‘justiça possível’ das decisões deveria ser buscada processualmente: assegurando a justeza do procedimento, regras e condições da argumentação prática racional, estaríamos mais próximos de obter o ideal de justiça. Critérios substanciais vão sendo, então, suplantados em favor de questões procedimentais, e as decisões judiciais passam a auferir legitimidade a partir de um processo équo.”

²⁷ Permitam, a propósito, a remissão ao nosso “Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual”, *Revista Forense*, nº 410, p. 155-192, jul./ago. 2010. Nele, sustentamos a necessidade de o processo de índole argumentativa não ser atropelado pelo anseio — que é justo mas não pode virar obsessão — de uma prestação jurisdicional mais célere.

Residem exatamente aí os efeitos colaterais nocivos da coisa julgada, potencializados na era atual. Quanto mais coisa julgada, menos liberdade. De fato, o viés autoritário da coisa julgada, a serviço do valor fundamental segurança, pode chocar-se com a liberdade necessária à afirmação da justiça, sendo que esta é, cada vez mais, uma justiça construída, não apriorística, fruto de um processo argumentativo.

Deixe-se claro que não estamos, por óbvio, preconizando a abolição da coisa julgada. Os benefícios que ela traz costumam superar largamente os efeitos colaterais adversos. Quanto mais liberdade, menos segurança.

No entanto, pelo que mostrou — por mais de um ângulo — a análise contextualizada a que procedemos, é crucial pensar, mais seriamente do que nunca, nos *limites* da coisa julgada. Para que esta continue funcionando legitimamente em meio a tanta incerteza e velocidade, os seus limites devem ser, em muitas situações, reforçados²⁸. Confirma-se assim o diagnóstico de que a coisa julgada contemporânea não pode apresentar-se hipertrofiada, com excesso de “peso”. Ela não pode amordaçar o futuro. Nem aprisionar a vida.

Em outros termos, não pode assumir a forma de uma “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos.

Enfim, a coisa julgada continua sendo um instituto fundamental. Mas há de operar na medida certa, levando-se em conta as características da era em que vivemos.

Encerra-se este capítulo. O próximo versará sobre um tema muito caro ao almejado equilíbrio entre os valores segurança e liberdade dentro do processo hodierno: os limites objetivos da coisa julgada.

7. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA:

Na atuação da coisa julgada ocupa lugar destacado, como acabou de ser visto, o tema dos limites da coisa julgada. Tais limites não são apenas subjetivos e objetivos, mas também temporais e espaciais. Interessam ao presente estudo de caso os limites

²⁸ Não estamos falando evidentemente de uma diretriz absoluta. Na seara das demandas coletivas, por exemplo, há uma tendência no sentido do alargamento dos limites da coisa julgada.

objetivos e os temporais. Dos objetivos falaremos agora; dos temporais, na seção seguinte²⁹.

A questão dos limites objetivos da coisa julgada diz com a tormentosa definição do objeto litigioso do processo. Na doutrina estrangeira, rios de tinta já se derramaram a esse respeito, com resultados nunca inteiramente conclusivos. A causa de pedir, afinal, integra ou não o objeto litigioso do processo? Entre nós, o Código de 1973 serviu para desbastar a polêmica, deixando claro que só o dispositivo da sentença fica coberto pela coisa julgada.

Interessante, a propósito, é o depoimento de Cândido Rangel Dinamarco. Ele confessa que o assunto já lhe trouxe boa dose de perplexidade, a qual no entanto restou superada. Seu pensamento evoluiu no sentido de considerar que “não há a menor incompatibilidade entre (a) ter como objeto do processo somente o pedido e como objeto da coisa julgada somente os efeitos contidos na parte dispositiva da sentença e (b) reconhecer que a coisa julgada, como fator impeditivo de julgamento do mérito, só ocorrerá se, além de idêntico o pedido, também o forem as partes e a causa de pedir”³⁰.

Assim, independentemente de a identificação das demandas observar a teoria dos três elementos (*tria eadem*), tão só a parte dispositiva da sentença fica coberta pela coisa julgada³¹. Nesse sentido, o magistério de José Carlos Barbosa Moreira: “Apenas a lide é *julgada*; e como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão ‘nos limites em que foi proposta’ (art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*.”³²

²⁹ Eduardo Talamini — A coisa julgada no tempo (os limites “temporais” da coisa julgada), *Revista Jurídica*, nº 354, abr. 2007, p. 17, grifado no original — faz a seguinte ressalva: “[a] rigor, tal investigação [sobre os limites temporais] concerne aos próprios *limites objetivos* da coisa julgada, razão por que a expressão ‘limites temporais’ é por muitos considerada inadequada.”

³⁰ Cândido Rangel Dinamarco, O conceito de mérito em processo civil, in *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo I, 4. ed., revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 276. Do mesmo autor, em sentido idêntico, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 193-194.

³¹ É bastante razoável o entendimento de que a teoria da tríplice identidade, em várias situações concretas, não se mostra suficiente, podendo ser usada subsidiariamente a teoria da identidade da relação jurídica. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 213. Vale esclarecer que isso não prejudica uma visão estrita dos limites objetivos da coisa julgada. Ao contrário, a adoção concomitante desta visão estrita dos limites objetivos e daquele entendimento simpático à teoria da identidade da relação jurídica forma um conjunto bastante equilibrado.

³² José Carlos Barbosa Moreira, Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, in *Temas de direito processual: primeira série*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 91, grifado no original.

Em resumo, o pedido formulado pelo autor é que interessa aos limites objetivos da coisa julgada, porque é sobre o pedido, e mais nada, que o dispositivo da sentença se concentrará. A causa de pedir não integra o objeto litigioso do processo, dela se desgrudando, por conseguinte, os limites objetivos da coisa julgada³³. Tais noções afiguram-se irrecusáveis dentro do processo civil brasileiro, endossadas que são por vários dispositivos do nosso CPC, sobretudo os arts. 468 a 471, versando diretamente sobre os limites objetivos, e ainda o art. 293, de acordo com o qual os pedidos são interpretados “restritivamente”.

Essa opção do nosso sistema processual lastreia-se em ponderosos motivos. Em primeiro lugar, trata-se de uma opção política. Mais acima, falamos sobre o caráter autoritário da imunização provocada pela coisa julgada, interditando qualquer discussão acerca de um determinado assunto. É algo, insista-se, extraordinariamente forte dentro das funções estatais, desafiando mecanismos de frenagem. Os limites da coisa julgada têm, ordinariamente, essa nobre missão: controlar o poder estatal de interditar discussões.

Também a própria segurança jurídica, veja-se, justifica os limites objetivos estreitos. Sabendo-se que só o dispositivo da sentença, baseado no pedido, é tocado pela coisa julgada, aumenta consideravelmente, para ambas as partes, a previsibilidade relativa aos resultados da demanda. O autor pode definir, com precisão, o que será efetivamente *julgado*. E ao réu se torna possível antever o que de pior a demanda poderá lhe causar. Houvesse extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença, que costumam ser muito mais fluidos, campearia grande insegurança. No dizer de Enrico Tullio Liebman, a referência ao pedido e ao dispositivo da sentença fornece “o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada”³⁴.

Saliente-se ainda que a sistemática da coisa julgada é vocacionada para evitar conflitos e impasses de ordem prática, não teórica³⁵. Também por isso os limites

³³ Vale a ressalva de que a causa de pedir, embora não integre o objeto litigioso, serve para “explicar” e “iluminar” o pedido. Além disso, a questão da identificação das demandas, com base nos três elementos, está intimamente relacionada com a questão dos limites objetivos da coisa julgada. Tais limites não alcançam, é certo, a causa de pedir. Mas a possibilidade ou não da propositura de uma certa demanda, ante o impedimento da coisa julgada, levará em consideração, obrigatoriamente, a causa de pedir da demanda anterior supostamente idêntica.

³⁴ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, notas de Ada Pellegrini Grinover, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 57.

³⁵ Cândido Rangel Dinamarco, O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 274; Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 57.

objetivos incidem sobre a resolução propriamente dita da causa, deixando de lado os fundamentos correspondentes. Se se mostrarem incongruentes e até paradoxais as motivações de duas sentenças, ainda que as causas envolvam as mesmas partes, tal dissonância será puramente teórica.

Ótima aplicação do que estamos vendo encontra-se em parecer de Ada Pellegrini Grinover, destinado a resolver a seguinte questão: transitada em julgado sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação, seria possível ajuizar ação declaratória de inexistência de relação de filiação, dessa feita fundada em ausência de vínculo biológico? A resposta foi positiva, apresentando o parecer as seguintes conclusões: “a) o objeto do processo da ação anulatória da escritura de reconhecimento não é igual ao objeto do processo de ação declaratória de inexistência da relação de paternidade; b) a improcedência da ação anulatória não impede a propositura — e eventual procedência — de ação declaratória de inexistência de relação de paternidade.”³⁶

Antes de passar adiante, vale ouvir novamente a palavra de Enrico Tullio Liebman, reforçando ainda mais as observações deste tópico: “A razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima, e não expandir-se fora dela.”³⁷

Bem se vê que sempre se preconizaram, entre nós, limites objetivos apertados para a coisa julgada, *até mesmo em função da segurança jurídica*. Considerando o que foi exposto na seção anterior, tal orientação ganha vigor ainda maior no tempo atual.

8. COISA JULGADA E FATOS SUPERVENIENTES:

Ao falarmos da relação entre coisa julgada e fatos supervenientes, tocamos em outra importante limitação à contundência da coisa julgada.

³⁶ Ada Pellegrini Grinover, parecer com a seguinte ementa: “Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico”, *Revista Forense*, nº 353, jan./fev. 2001, p. 242.

³⁷ Enrico Tullio Liebman, Limites objetivos da coisa julgada (comentários ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo de Petição nº 11.227), *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. II, fascículo II, out. 1945, p. 573-574.

A propósito do assunto, ressalte-se que, cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópico e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Por conta disso, a força jurígena dos fatos é fenômeno que tem merecido atenção crescente, apresentando ricas implicações em vastos setores do direito.

Até mesmo no âmbito da jurisdição constitucional, tradicionalmente normativista e infensa a abordagens tópicas, a escalada dos fatos tem-se intensificado. Prova eloquente disso é a Lei 9.868/99, regulando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ela prevê expressamente, nos seus arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, a necessidade, na jurisdição constitucional, de “esclarecimento de matéria ou circunstância de fato”, caso em que o relator poderá “designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” Não bastasse, o art. 27 do mesmo diploma legal dispõe sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Positivou-se plenamente, dessa forma, a noção de que a interpretação constitucional não é uma operação “pura”, insensível aos odores e essências dos fatos da vida real.

Em sintonia com a legislação, nossa corte suprema já invocou, em alguns casos, a figura da inconstitucionalidade progressiva, que dá bastante relevo a subsídios de ordem fática. Assinalou-se, a respeito, a “evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição — ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”³⁸.

³⁸ Recurso Extraordinário 147.776/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento unânime em 19/05/98. O caso em julgamento dizia respeito às atribuições constitucionais da Defensoria Pública, à época ainda não instalada no Estado de São Paulo. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a assistência judiciária aos carentes, atribuição constitucional da Defensoria Pública, pode ser exercida pelo Ministério Público (com base legal no art. 68 do CPP) naqueles locais — como era o caso de São Paulo — em que a Defensoria não esteja organizada nos moldes do art. 134 da Constituição. Em outro caso também relativo à Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal adotou posição semelhante, deixando

Também a melhor doutrina brasileira reconhece o crescimento da tendência tópica. Ilustrativos são os comentários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de *norma* antes que se dê a sua interação com os *atos*, tal como pronunciada por um *intérprete*. É claro que os fatos e o intérprete sempre estiveram presentes na interpretação constitucional. Mas nunca como agora.”³⁹ Coerentemente, admitem os mesmos autores que a inconstitucionalidade apareça também na modalidade concreta: “[p]ode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza resultado inconstitucional em uma determinada incidência.”⁴⁰

Todo esse apreço pelos fatos contamina também, como não poderia ser diferente, o terreno processual. Trata-se por sinal de uma das características maiores da atual fase instrumentalista. Várias são as manifestações do fenômeno. Brevemente, vejamos duas dessas manifestações, especialmente relevantes: a) no plano das formas processuais, flexibilizações consideráveis têm encontrado justificativa na peculiar configuração fática do caso concreto⁴¹; b) no campo da prova, busca-se com muito mais tenacidade a chamada “verdade real”; e ainda por cima avança em nossos tribunais, mesmo à míngua de previsão legal abrangente, a teoria da carga dinâmica, caso a caso se estabelecendo a parte mais preparada para produzir a prova⁴².

de reconhecer a inconstitucionalidade do prazo em dobro deferido por lei às Defensorias, “ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública” (HC 70.514, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgamento por maioria em 23/03/94).

³⁹ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 333, grifado no original.

⁴⁰ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história..., cit., p. 334. A propósito dessa modalidade concreta, vale o registro de que o Supremo Tribunal Federal, quando indeferiu a suspensão liminar da Medida Provisória 173, deixou assentado que o indeferimento “não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar (ADI 223, rel. min. Paulo Brossard, rel. p/ acórdão min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento por maioria em 05/04/90).

⁴¹ Emblemático, a propósito, o Recurso Especial 533.163, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento por maioria em 02/06/05: “Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Indenização. Pedido certo quanto aos danos materiais, fundado na estimativa do dano sofrido. Condenação ao pagamento de quantia superior. Julgamento além do pedido. Não ocorrência. Peculiaridades do caso concreto.”

⁴² Como se sabe, o CPC brasileiro prevê distribuição *estática* do ônus da prova (art. 333). Setorialmente, contudo, a teoria da carga dinâmica se manifesta: a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não deixa de ser uma aplicação específica da teoria.

Sem prejuízo da boa acolhida às influências tópicas e concretistas oriundas do pós-positivismo, insta sublinhar que a valorização do material fático já é da tradição do sistema processual brasileiro. Nesse sentido, temos a adoção da teoria da substanciação da causa de pedir e a identificação da demanda com base nos três elementos (*tria eadem*)⁴³. Assim, o que vincula o juiz nacional, primordialmente, são os fatos. *Da mihi factum dabo tibi ius*. Havendo alteração do quadro fático, nova demanda se introduz.

Vista a relevância dos fatos em geral para o processo civil brasileiro — notadamente em uma quadra pós-positivista —, entra em pauta o tema dos fatos supervenientes, assim entendidos os fatos posteriores à estabilização da lide (art. 264 do CPC) ou mesmo à formação da coisa julgada. Aqui, particularmente, interessa analisar o regime dos fatos supervenientes à formação da coisa julgada.

No CPC brasileiro, a matéria é coberta, parcialmente, pelo art. 471, I, que cuida de relações jurídicas continuativas: sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, “poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”⁴⁴. Trata-se de aplicação pontual, voltada especificamente para as relações de trato sucessivo. Sem embargo, a norma do art. 471, I, do CPC sintetiza orientação global já mencionada logo acima. A saber, e de maneira mais analítica: sem que prejudique qualquer coisa julgada formada anteriormente, a superveniência de fatos novos, ainda que incidindo sobre um mesmo episódio já levado a juízo, tem o condão de fazer aparecer uma nova demanda, suscetível de provocar uma coisa julgada igualmente nova, inconfundível com qualquer outra.

É bastante conhecido o pensamento de José Carlos Barbosa Moreira sobre a conceituação de coisa julgada: trata-se da imutabilidade do conteúdo da sentença, como

⁴³ A identificação com base nos três elementos — tríplice identidade — está positivada de forma categórica no CPC (art. 301, §§ 1º, 2º e 3º). O mesmo não ocorre com a teoria da substanciação, sobretudo porque o art. 282, III, do CPC determina decline o autor, além dos fatos, os fundamentos jurídicos do pedido. Ainda assim, como informa José Rogério Cruz e Tucci, “[a] generalidade dos juristas brasileiros de ontem e de hoje afirma, à luz dos textos legais supracitados, que os Códigos de Processo Civil brasileiros adotaram os postulados da teoria da substanciação” (*A causa petendi no processo civil*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 144). Vale a ressalva de que há autores, como o próprio Cruz e Tucci (mesma obra, p. 146-148), que revelam reservas quanto a essa opinião dominante na doutrina brasileira, preferindo uma posição mais temperada. É o caso também, por exemplo, de Leonardo Greco (*Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 201-204) e Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, São Paulo, Método, 2006, p. 86-93). Seja como for, não há dúvida de que a sistemática do processo civil brasileiro dá mais realce à descrição dos fatos do que à do direito.

⁴⁴ A superveniência é objeto também dos arts. 475-L, VI, e 741, VI, do CPC.

norma jurídica concreta referente a uma dada situação litigiosa⁴⁵. Pois bem, fatos novos corporificam uma nova situação litigiosa, que exigirá a aplicação de uma nova norma concreta, cujo conteúdo será imunizado por uma nova coisa julgada. Daí afirmar Enrico Tullio Liebman: “De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença”⁴⁶.

No mesmo sentido se posiciona Eduardo Talamini, em texto acerca dos limites “temporais” da coisa julgada: “(...) também é evidente que os fatos ocorridos depois do trânsito em julgado e que estejam aptos a alterar a relação jurídica que foi objeto da sentença acobertada pela *res iudicata* não esbarrarão no óbice da coisa julgada. Constituirão uma nova causa de pedir, delimitadora de um novo objeto processual.”⁴⁷

Sublinhe-se que, a partir da incontestável premissa da sujeição das decisões à cláusula *rebus*, surgem aplicações peculiares, que tomam como paradigma a norma do art. 471, I, do CPC e acabam por valorizar, sobretudo, o regime jurídico dos fatos supervenientes. Uma dessas aplicações tem lugar na seara ambiental, conforme leciona Marcelo Abelha Rodrigues: “(...) Ora, se os fatos são outros, e supervenientes ao julgado, automaticamente, não há falar em autoridade da coisa julgada (...). Incide aí a cláusula *rebus sic stantibus*, e tal como acontece nas relações jurídicas continuativas, há a coisa julgada material e a eficácia preclusiva da coisa julgada sobre o pedido e sobre os fatos deduzidos ou dedutíveis, respectivamente, mas não sobre aqueles que surgiram após o julgado em razão da instabilidade conatural dos bens ambientais. (...). Se isso vier à tona no curso da demanda, aplica-se o art. 462 do CPC. Se após ela, então não há falar em coisa julgada sobre a situação jurídica nova, resultante da instabilidade dos bens ambientais.”⁴⁸

⁴⁵ José Carlos Barbosa Moreira, *Coisa julgada e declaração*, in *Temas de direito processual: primeira série*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 89.

⁴⁶ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 25. Em obra de doutoramento relativa ao tema da eficácia jurídica superveniente, ratifica Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido...*, cit., p. 276): “Pode-se afirmar, como premissa geral, válida inclusive para a hipótese de relação jurídica continuativa ou de trato sucessivo, que a sentença será eficaz enquanto restarem inalterados os pressupostos fáticos e normativos com base nos quais veio a ser prolatada. Essa é a ideia que se encontra na base da asserção de que a força da *res iudicata* tem uma condição implícita, consistente na cláusula *rebus sic stantibus*. Mantém-se intocada na medida em que remanescerem íntegras as circunstâncias relativas à *fattispecie* (fato e direito) que foram reconhecidas como existentes quando da decisão.”

⁴⁷ Eduardo Talamini, *A coisa julgada no tempo...*, cit., p. 18.

⁴⁸ Marcelo Abelha Rodrigues, *Processo civil ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 201-202.

Na mesma trilha encontramos Leonardo Greco: “(...) Situação semelhante à da ação de alimentos ocorre nas causas que versam sobre a tutela do meio ambiente. Com o avanço dos estudos científicos, pode ocorrer, por exemplo, de a sentença proferida décadas atrás não se mostrar mais adequada à proteção do meio ambiente. Nesse caso, poderá ocorrer a sua modificação para o futuro, de modo a adequá-la aos novos conhecimentos e técnicas sobre o bem que se pretende proteger. A sentença produzirá coisa julgada, mas sua revisão poderá ser levada a efeito se houver modificações no estado de fato ou de direito, dispondo apenas para o futuro.”⁴⁹

É importante para o presente estudo aduzir que, em regra, a mudança do *status quo*, provocada por uma nova situação de fato ou de direito, tem efeitos automáticos e imediatos, operando independentemente de qualquer ação de revisão (sem prejuízo de eventual ação simplesmente para *declarar* a nova realidade). É precisamente esse o magistério de Teori Albino Zavascki: “(...) Convém repetir e frisar, todavia, que a ação de revisão é indispensável apenas quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, o direito potestativo antes referido. É o caso da revisão de alimentos (...). Afora casos dessa natureza, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica, mesmo quando esta tiver sido certificada por sentença”⁵⁰.

Antes de seguir, um aviso: nem de longe se está a ignorar a eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC. Nesse ponto não pode haver confusão. A não absorção dos fatos novos pela coisa julgada anterior em nada diminui ou esvazia a sua eficácia preclusiva. Pela óbvia razão de que tal eficácia preclusiva diz respeito unicamente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca aos fatos supervenientes. Mais uma vez, a doutrina é remansosa.

José Carlos Barbosa Moreira afirma: “Para que a *quaestio facti* fique coberta pela eficácia preclusiva não é necessário, pois, que o fato seja *conhecido* pela parte; é

⁴⁹ Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, vol. II, cit., p. 373.

⁵⁰ Teori Albino Zavascki, Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado, in Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré (coord.), *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 557-558.

necessário, contudo, que já tivesse acontecido. A eficácia preclusiva não apanha os fatos *supervenientes*.⁵¹

Exatamente na mesma direção se pronuncia Daniel Francisco Mitidiero: “(...) temos de nos ater, ainda, a outras situações que escapam do art. 474 do CPC (...). Como consequência tranquila dos limites temporais do caso julgado, imunes estão, à evidência, os fatos supervenientes à formação dele, os quais, naturalmente, não teriam as partes como se utilizarem em seus articulados.”⁵²

Depois de todos os aportes doutrinários colhidos, já podemos concluir esta seção, atinente ao relacionamento entre coisa julgada e fatos supervenientes. À luz do que foi visto, vale enfatizar que a coisa julgada tem, naturalmente, eficácia prospectiva, à medida que interdita discussões para o futuro. Todavia, seu foco é eminentemente *retrospectivo*, servindo para imunizar eventos *pretéritos*⁵³. Tanto assim que, quando se trata de relações continuativas, que se projetam para o futuro, a aplicação do instituto não raro apresenta embaraços⁵⁴.

Essa feição retrospectiva da coisa julgada, nem é preciso dizer, afigura-se de grande relevância para o presente estudo de caso. Insista-se pois: a coisa julgada não pode exorbitar do passado. *Ela seria excessivamente autoritária se se arvorasse a bloquear, também, a apreciação e a incidência de fatos supervenientes*. Domar o futuro é tarefa para deuses, categoria na qual os institutos jurídicos e seus operadores certamente não se inserem.

9. O PECULIAR REGIME CONSTITUCIONAL DAS QUESTÕES DESPORTIVAS:

⁵¹ José Carlos Barbosa Moreira, A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro, in *Temas de direito processual: primeira série*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 107, grifado no original.

⁵² Daniel Francisco Mitidiero, Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, *Revista Forense*, nº 388, nov./dez. 2006, p. 73.

⁵³ Teori Albino Zavascki confirma (Coisa julgada em matéria constitucional..., cit., p. 552): “No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, a regra é a de que, por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença opera sobre o passado, e não sobre o futuro.” No mesmo texto, logo a seguir, é invocada a doutrina de Francesco Carnelutti, para quem “[a]o princípio da *irretroatividade da lei* corresponde o da *retroatividade da sentença*.”

⁵⁴ Sintomático, a esse respeito, é o equívoco que se lê no art. 15 da Lei 5.478/68. Ao contrário do que diz o dispositivo, a decisão judicial sobre alimentos transita normalmente em julgado — e se expõe em tese a pleito rescisório —, sem prejuízo de eventual ação de revisão fundada na modificação da situação financeira dos interessados.

Antes de entrar nas partes conclusivas do presente estudo, ainda há uma estação a ser superada. No processo instrumentalista contemporâneo, as interpretações são consideravelmente influenciadas pela matéria substancial em jogo. Daí se falar, por exemplo, em um “processo civil ambiental” (título de obra aqui já citada, escrita por Marcelo Abelha Rodrigues). É preciso, pois, cuidar do regime jurídico das questões desportivas, muito especialmente do seu regime constitucional.

A Constituição de 1988 promoveu notavelmente o setor desportivo. Incluiu-o no título da ordem social, em capítulo ao lado da educação e da cultura. Só essa posição já evidencia o destaque dado pela Constituição, que além disso prescreveu um regime de bastante autonomia não só para as entidades desportivas mas também para a “justiça desportiva”, como será frisado a seguir. Dessa forma, ficou refletida no texto constitucional a transcendência cada vez maior do esporte na vida das pessoas e das sociedades.

Na vida das pessoas, é certo que o esporte, sobretudo a partir da década de 70, tem sido crescentemente valorizado, como forma de lazer — outro direito social fundamental da nossa Constituição — e também de bem-estar físico e mental, servindo a uma abordagem muito mais positiva da questão da saúde, centrada no modelo preventivo.

Na vida das sociedades, a importância atual do esporte é óbvia. Sempre mexeu com a autoestima dos povos e com a própria imagem externa de países e regiões. Agora, tornou-se também um colosso do ponto de vista econômico, coisa que podemos sentir claramente no Brasil, às vésperas da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. Transformou-se o esporte em atividade que, direta ou indiretamente, movimenta cifras bilionárias e responde por milhões e milhões de empregos mundo afora⁵⁵.

Vale aduzir que a autonomia consagrada pela nossa Constituição inspira-se também em uma tradição universal. Desde tempos imemoriais o desporto representa instância timbrada, em maior ou menor grau, pela autonomia. Basta lembrar que, na

⁵⁵ Reportando-se a uma fonte de 2004, relata Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 1-2): “Em nosso país, por exemplo, dados recentes e impressionantes apontam que 110 (cento de dez) milhões de brasileiros são praticantes de atividades físicas, sendo 51% (cinquenta e um por cento) regulares e 12% (doze por cento) muito ativos ou atletas, enquanto a indústria do desporto nacional movimenta US\$ 12 bilhões, o que representa 1,7% do PIB nacional, empregando 1,5 milhões de pessoas.”

Grécia antiga, os jogos olímpicos então realizados tinham o poder de interromper guerras, trazendo autêntico armistício entre as pólis gregas⁵⁶.

Assim, explica-se a redação do inciso I do art. 217 da Constituição, garantindo “a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento”.

Não se trata, é claro, de independência ou soberania. Principalmente em um país como o nosso, de fortes raízes corporativas, há de se tomar cuidado com as autonomias concedidas, não se devendo permitir que elas ganhem vulto exagerado. De qualquer forma, a autonomia do setor desportivo é, no Brasil, uma realidade constitucional, não podendo ser ignorada no presente estudo de caso.

Martinho Neves Miranda, em obra específica a respeito do direito desportivo, por ele considerado um “novo direito” — em que pese ainda não estar suficientemente sedimentado em termos dogmáticos —, justifica bem a aludida autonomia. Adotando uma visão pluralista do direito, calcada basicamente no institucionalismo preconizado por Hauriou e Santi Romano, entende Miranda que as regras germinadas no universo das organizações desportivas perfazem um autêntico ordenamento jurídico, desafiando portanto o suposto monopólio estatal da produção do direito⁵⁷. E, ainda que se endosse em linhas gerais a tese positivista da completude do ordenamento jurídico estatal, as regras desportivas podem ser vistas como uma exceção à regra⁵⁸. Assinala Miranda: “o sistema desportivo encontra-se estruturado em torno de associações seculares que regulam o desenvolvimento das competições em todo o mundo, impondo-se diante dos praticantes que seguem suas regras, independentemente dos Estados em que se situem”⁵⁹.

⁵⁶ Martinho Neves Miranda, *O direito no desporto*, cit., p. 82.

⁵⁷ Martinho Neves Miranda, *O direito no desporto*, cit., p. 64-69.

⁵⁸ A esse respeito, Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, cit., p. 68-69) cita entendimento doutrinário no sentido de que o ordenamento desportivo consistiria no único exemplo de genuíno ordenamento colocado à margem dos Estados.

⁵⁹ Martinho Neves Miranda, *O direito no desporto*, cit., p. 65. Vale a ressalva de que Miranda não leva a extremos a autonomia do ordenamento desportivo, dizendo que este não pode ficar completamente alheio à regulamentação pública (p. 96), o que acaba por mitigar a visão institucionalista defendida na obra. Além disso, não nega Miranda que, dado o relevo crescente do fenômeno esportivo, a presença estatal tende a agigantar-se, criando tensões e conflitos entre normas públicas e privadas, bem como entre a justiça comum e a denominada justiça desportiva. É nesse sentido, segundo Miranda, que o direito desportivo seria um direito em “verdadeira competição”, demandando, na sua compreensão, grande dose de equilíbrio (p. 129-130): “Ao mesmo tempo em que se constatou nesse universo a existência de um ordenamento privado, produtor de normas dotadas de eficácia incontestável perante os membros que o compõem, dotado de princípios próprios, fortemente organizado e hierarquizado, também restou evidenciada a necessidade da presença do Estado, por se ter transformado o desporto em assunto de

A mesma preocupação com a autonomia desportiva vai se verificar, até com mais intensidade, nos §§ 1º e 2º do art. 217 da Constituição. Está no § 1º: “[o] Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.” Em complemento, dispõe o § 2º que “[a] justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

Temos aí a única exceção admitida pela Constituição em relação ao princípio que ela própria inscreveu no seu art. 5º, XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, que vem a ser, como todos sabem, direito fundamental de primeiríssima grandeza, além de pedra angular do sistema processual.

Somente o terreno desportivo, insista-se, ficou fora da sacrossanta inafastabilidade. As razões para tamanha deferência já eram alardeadas por respeitadores autores bem antes da promulgação da Constituição de 1988⁶⁰. Elas podem ser compreendidas sem maior dificuldade.

Rafael Teixeira Martins, a propósito, narra interferências indevidas do poder jurisdicional em matéria esportiva que chegam a ser cômicas. À guisa de exemplo: “[u]ma juíza em Rondônia concedeu *habeas corpus* a um jogador apenado por cinco partidas de suspensão perante a Justiça Desportiva, para atuar num jogo decisivo, alegando ‘liberdade de ir e vir dentro do campo de futebol’.”⁶¹

Bem se percebe que as questões desportivas não podem ser decididas de maneira descontextualizada, exigindo, além disso, soluções rápidas, que não ponham em risco a continuidade das competições, as quais envolvem atletas, torcedores e também contratos de altíssimo valor (como por exemplo o contrato de televisionamento dos jogos do campeonato brasileiro de futebol). Daí o acerto de uma “justiça desportiva” nos termos — excepcionais que sejam — da nossa Constituição.

inegável interesse público. (...) Portanto, quanto se cogita analisar o Direito Desportivo, a preocupação que deve vir à mente do cientista jurídico é a de conjugar as forças normativas do ordenamento público com aquele emanado do ordenamento privado, na medida em que esse novo ramo do Direito apenas poderá exercer efetivamente a sua função quando souber ordenar adequadamente os elementos de natureza diversa que o compõem.”

⁶⁰ Consultem-se, nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol, *Revista de Processo*, nº 31, p. 37-60, jul./set. 1983; e Álvaro Melo Filho, Do contencioso desportivo: sugestão de *lege ferenda*, *Revista Forense*, nº 290, p. 441-445, abr./jun. 1985.

⁶¹ Rafael Teixeira Ramos, Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o Poder Judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, nº 13, jan./jun. 2008, p. 31.

Em reforço ao que acabou de ser dito, ouça-se Rodolfo de Camargo Mancuso: “Não é difícil perceber que as reiteradas intervenções jurisdicionais nas controvérsias desportivas, mormente no âmbito do futebol, parece que mais acirram os ânimos, do que os aplacam. Ademais, indispõem entre si ambas as instituições, contribuindo, ainda, para o desprestígio da Justiça Desportiva perante os clubes, atletas, entidades e associações, emprestando um caráter de ‘transitoriedade’ às decisões desportivas. Por fim, essa interação enseja que juízes togados vejam-se envolvidos com certos episódios tumultuosos e popularescos, nem sempre compatíveis com a respeitabilidade da toga.”⁶²

Acrescente-se que a Constituição de 1988 sepultou definitivamente um regime de arbítrio que produziu excrescências como o AI-5, vedando a apreciação judicial dos atos praticados pelos detentores daquele poder espúrio. Muito natural que, ao tempo da fase constituinte, fosse sumamente valorizada a inafastabilidade do controle jurisdicional. Ainda assim, foi aprovada a exceção relativa à justiça desportiva. Hoje, quando se nota claramente a saturação atingida pelo Judiciário brasileiro — tendo crescido sobremodo a demanda por mecanismos alternativos e “desjudicializantes” — com muito mais razão é de se reputar conveniente o regime especial das lides desportivas, que pedem uma primeira instância rápida e especializada⁶³.

Não obstante, a pecha da inconstitucionalidade continua a espreitar o art. 217, § 1º, da Constituição. Seria a confirmação cabocla da teoria das normas constitucionais inconstitucionais, do alemão Otto Bachof. Mas a pecha não procede. Além de aplicações tais já terem sido rejeitadas mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁴, é bem provável que nem o próprio Bachof as subscrevesse. De fato, leitura

⁶² Rodolfo de Camargo Mancuso, A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções..., cit., p. 54. Acrescenta Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, cit., p. 156): “Outro problema relacionado à submissão das questões desportivas ao Judiciário diz respeito à ineficácia das decisões por ele proferidas no plano internacional, já que eventuais provimentos que se destinem a viabilizar a participação em competições fora do território nacional não são reconhecidos pelas federações internacionais.”

⁶³ Referendando a conveniência da exceção, afirma Martinho Neves Miranda (*O direito no desporto*, cit., p. 157): “Em virtude de todas as consequências negativas oriundas da discussão das questões desportivas perante o Judiciário, buscou o constituinte adotar uma solução intermediária, pois ao mesmo tempo em que não impede o acesso dos cidadãos a esse Poder, prevê a submissão prévia ao contencioso interno do desporto organizado.” Por seu turno, pondera Rafael Teixeira Ramos (*Justiça desportiva brasileira...*, cit., p. 36-37) que a exceção relativa à justiça desportiva é confortada pelos princípios constitucionais da autonomia desportiva (art. 217, I), da liberdade de associação (art. 5º, incisos XVI a XXI) e da iniciativa privada (art. 170, *caput*).

⁶⁴ Na ADI 815, rel. min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento unânime em 28/03/96, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias

mais atenta da obra do jurista alemão indica que, quando se trata do suposto conflito entre duas normas positivadas concomitantemente pelo constituinte originário, Bachof praticamente descarta a hipótese da inconstitucionalidade. As suas palavras: “ora, no caso de contradição aparente entre um princípio constitucional e uma norma singular da Constituição, tal vontade só pode em princípio ser entendida, ou no sentido de que o legislador constituinte quis admitir essa norma singular como exceção à regra, ou no de que negou, pura e simplesmente, a existência de semelhante contradição. Conceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel, de uma contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-exceção, assim, como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo.”⁶⁵

A rejeição da esdrúxula tese da inconstitucionalidade do art. 217, § 1º, da Constituição não implica, à evidência, deva a norma ser interpretada de maneira expansiva e exagerada. Muito ao contrário: por se tratar de exceção — e logo por cima a um princípio de enorme importância dentro do sistema —, merece interpretação restritiva, consoante recomenda regra elementar de hermenêutica. Chega-se assim, sem maior drama, à necessária harmonização entre as normas do art. 5º, XXXV e do art. 217, § 1º, da Constituição⁶⁶.

Portanto, só mesmo “as ações relativas à disciplina e às competições desportivas” estão obrigadas ao curso inicial da justiça desportiva, até o esgotamento desta, no prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo. Quanto às ações relativas à disciplina, sua delimitação tende a ser tranquila⁶⁷. Um pouco mais de

dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. (...). Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” No mesmo sentido: AgR na ADI 4.097, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento unânime em 08/10/08.

⁶⁵ Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra, Almedina, 2008, p. 59.

⁶⁶ Zaiden Geraige Neto (*O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 74-75) confessa que chegou a flertar com a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, mas acabou se fixando em uma posição mais equilibrada, qual seja: não existe a inconstitucionalidade, em tese, do art. 217, § 1º, da Constituição; no entanto, caso apareça, concretamente, risco de prejuízo para o jurisdicionado, deve prevalecer o princípio do art. 5º, XXXV, da Constituição.

⁶⁷ Por exemplo, uma punição por *doping* deve ser questionada, em primeiro lugar, na justiça desportiva. Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação 1111386-03.2007.8.13.0271, rel. des. Pedro Bernardes, Nona Câmara Cível, julgamento unânime em 02/12/08): “Apelação Cível. Ação Anulatória de Ato Administrativo c/c Reparação de Danos. Competição Esportiva. Não Exaurimento das Instâncias Esportivas. Recebida uma demanda sobre questões relacionadas ao esporte, além da verificação da presença das condições da ação, há de se observar se o

dificuldade pode haver no que tange à identificação das ações relativas “às competições esportivas”, dado o caráter mais aberto da expressão posta na Constituição. Com base em enumeração feita por Rodolfo de Camargo Mancuso, podemos dizer que tais ações abrangem “a organização de campeonatos, sua duração, número de clubes que deles participarão; estabelecimento de critérios para o ‘acesso’ e ‘descenso’ de clubes entre as ‘divisões’ superiores e inferiores; [e] demais controvérsias afins, envolvendo critérios de conveniência/oportunidade estabelecidos pelos órgãos do desporto para o mundo do desporto.”⁶⁸

Fora desse “mérito desportivo”, não se justifica, evidentemente, a exigência do art. 217, § 1º, da Constituição. É o caso, por exemplo, de disputas trabalhistas entre atletas e clubes, de ações penais motivadas por lesões dolosas ocorridas dentro das competições e de pleitos de torcedores com base na Lei 10.671/03 (Estatuto de Defesa do Torcedor)⁶⁹.

Por falar em “mérito desportivo”, uma última questão se põe antes de tornarmos à coisa julgada e ao caso concreto: qual exatamente a força e o grau de incolumidade, perante o poder jurisdicional, das questões compreendidas no art. 217, § 1º, da Constituição? Existe realmente um “mérito desportivo”, naquele sentido de atos que não podem — a exemplo dos atos administrativos discricionários — ter a conveniência e a oportunidade devassadas pelo Judiciário? Ou não há qualquer limitação quanto ao controle judicial das decisões da justiça desportiva?

Como já seria de se esperar, o tema propicia bastante controvérsia, até porque diz respeito à própria natureza da justiça desportiva, outro tema igualmente assolado por

autor preenche o requisito específico previsto no § 1º, do artigo 217, da Constituição Federal, qual seja, o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva como pré-requisito para o acesso ao Poder Judiciário.”

⁶⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, As lides de natureza desportiva em face da justiça comum: uma contribuição para a superação das dificuldades daí resultantes, *Revista dos Tribunais*, nº 631, maio 1988, p. 61.

⁶⁹ Trata-se evidentemente de um rol não exaustivo. Por conta disso, foi vetado dispositivo da Lei 9.981/00 (que alterou a Lei 9.615/98) segundo o qual as matérias de ordem trabalhista e de direito penal comum não seriam apreciadas pela justiça desportiva. Conforme o veto, lavrado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, o dispositivo “leva à falsa impressão de que outras lides não poderão ser objeto de exame da justiça comum, o que é falso”. A propósito, lembra Rafael Teixeira Ramos (Justiça desportiva brasileira..., cit., p. 39-40) dois casos que extrapolaram a esfera da justiça desportiva: em 2004, a morte durante uma partida de futebol do zagueiro Serginho do São Caetano, fato que gerou denúncia, por homicídio culposo, em face do presidente e do médico do clube; e as ofensas de caráter racista que teriam sido proferidas por jogador de futebol argentino, Leandro Desábato, contra o atleta brasileiro Grafite, em jogo da Copa Libertadores da América realizado em 2005, provocando a prisão do argentino logo após a partida.

muitas dúvidas⁷⁰. Pensamos que as decisões desportivas se revestem de uma força especial, só podendo ser desconstituídas pela justiça estatal em hipóteses de inconstitucionalidade — por exemplo a afronta a direitos fundamentais —, ilegalidade e manifesto erro ou abuso. Não fosse assim, haveria incoerência no sistema constitucional. Com efeito: se as decisões desportivas carecessem de maior força, qual seria a razão do prévio exaurimento imposto pela Constituição? É uma questão de congruência. O mesmo imperativo da especialização — que provoca o curso forçado da justiça desportiva — determina também esse resguardo maior em relação à atividade jurisdicional⁷¹.

Esclareça-se que o entendimento exposto não quer conferir às decisões desportivas a mesma natureza dos atos discricionários do poder público. As diferenças entre estes e aquelas são gritantes. Contudo, no que tange ao grau de suscetibilidade à revisão judicial, um paralelo pode realmente ser feito. Foi o que aconteceu no julgamento de recurso referente à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da Confederação Brasileira de Futebol, Clube Atlético Bragantino, Fluminense Football Club e outros, motivada pelo não rebaixamento do Bragantino e do Fluminense após o Campeonato Brasileiro de 1996, quando Bragantino e Fluminense ocuparam as últimas posições.

No acórdão respectivo (que aliás rejeitou a preliminar de carência de ação em virtude do não esgotamento das instâncias desportivas), foi assinalado: “O ato perpetrado pela Confederação Brasileira de Futebol consistente em deixar de ‘rebaixar’ à Série ‘B’ duas agremiações futebolísticas no Campeonato Brasileiro de 1996 não pode

⁷⁰ Sensata, a respeito, a opinião de Rafael Teixeira Ramos (Justiça desportiva brasileira..., cit., p. 46), no sentido de que se trataria de uma natureza inteiramente atípica — nem administrativa, nem arbitral: “A Justiça Desportiva implantada no ordenamento jurídico brasileiro, completamente distinta dos demais meios de resolução de conflitos, assume caracteres exclusivos por força da opção do legislador constituinte.” Na seara jurisprudencial, há muitos anos, assinalou o Superior Tribunal de Justiça (Conflito de Atribuições nº 53, rel. min. Waldemar Zveiter, Segunda Seção, julgamento unânime em 27/05/98): “Conflito de Atribuições - Tribunal de Justiça Desportiva - Natureza Jurídica - Inocorrência de Conflito. 1. Tribunal de Justiça Desportiva não se constitui em autoridade administrativa e muito menos judiciária, não se enquadrando a hipótese em estudo no art. 105, I, g, da CF/88. 2. Conflito não conhecido.”

⁷¹ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções..., cit., p. 54): “o contraste jurisdicional há que se restringir ao exame da legalidade estrita, sem possibilidade, ao nosso ver, de revisão quanto aos eventuais aspectos tipicamente discricionários ou políticos embutidos no ato ou decisão guerreados.” Em sentido antagônico, a excelente monografia de final de curso apresentada por Felipe Branco Bogdan na Universidade Federal de Santa Catarina em 2009, intitulada “A justiça desportiva e o Poder Judiciário: uma análise à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” (<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos> - acesso em 30/06/11).

ser tido como ato ilícito. (...) Penso ser possível traçar-se, neste tanto, um paralelo com o Direito Administrativo — com todas as ressalvas, já que não se trata aqui de pessoa jurídica de direito público. É que a decisão da CBF quanto a que providências tomar diante do ‘escândalo’ de arbitragem se encontrava num vácuo regulamentar (...). Poder-se-ia dizer, portanto, que naquele momento a Confederação agiria num espaço de discricionariedade (...). Estar-se-ia — repisando mais uma vez que falamos em simples paralelo — diante do mérito administrativo, que ao Judiciário só é dado rever quando foge à lógica do razoável e do proporcional, não sendo o caso. Tão maior razão há para assim concluir, já que estamos diante de direito privado, onde o princípio da legalidade tem uma conotação mais alargada, isto é: tudo quanto não é proibido, é permitido; sendo certo que não há proibição legal à solução encontrada pela Confederação apelante.”⁷²

Com a reprodução acima — envolvendo assunto que, na sua época, alcançou grande polêmica —, encerramos as considerações sobre o regime jurídico-constitucional das questões desportivas, bem como sobre as controvérsias que cercam esse “novo direito”. O que tais considerações acrescentam ao nosso estudo de caso? Mais especificamente, qual a influência delas em relação ao tratamento da coisa julgada no caso concreto?

Antes de responder, diga-se que as controvérsias atinentes ao direito desportivo foram declinadas a título ilustrativo. O exato deslinde de cada uma não é decisivo para o equacionamento do caso concreto. Muito relevante, sim, mostra-se o conjunto das questões. Mirando pois esse conjunto — a floresta do direito desportivo, e não as idiossincrasias das suas árvores —, qual o panorama que se pode visualizar?

O que se visualiza, de maneira muito nítida, é um território ávido por autonomia. Há, naturalmente, ressalva a fazer: dada a inevitabilidade do intervencionismo estatal sobre o esporte nos dias atuais, falamos da autonomia possível, sem saber ao certo a sua medida. De todo modo, a marca fundamental do direito desportivo é mesmo a busca por autonomia, a ponto de ser considerado, até, um ordenamento à parte da regulação estatal (Martinho Neves Miranda). E não se trata, é bom frisar, de uma pretensão de autonomia

⁷² Apelação Cível 2008.001.17342, rel. des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Terceira Câmara Cível do TJ/RJ, julgamento unânime em 02/12/08. Em tempo, reproduza-se, do acórdão respectivo, mais um trecho interessante, tocando na questão da judicialização das relações sociais e políticas: “(...) O que propiciou essa mudança de comportamento nas instituições do futebol brasileiro não foram as decisões judiciais, mas sim uma gradual e constante mudança cultural que perpassou a sociedade como um todo — para a qual, talvez, aquele episódio tenha servido como catalisador.”

aventureira, como tantas outras. A nossa Constituição a respalda, da forma mais explícita possível.

Nesse contexto, como se regula a coisa julgada referente à matéria desportiva?

Coisa julgada, já salientamos, é o máximo de intervencionismo que se pode conceber na esfera estatal. É decidir algo e não permitir, para o resto dos tempos, que a decisão possa ser rediscutida. Por isso a coisa julgada tem limites, os quais sinalizam muito bem a importância da técnica processual para a concretização de valores maiores. Em prol da contenção do poder, a técnica processual oferece esse mecanismo valioso dos limites da coisa julgada. Grande é a função *garantística* desses limites.

Parece razoável, então, que no campo tipicamente desportivo — demarcado pelo art. 217, § 1º, da Constituição — devam os limites da coisa julgada funcionar de modo vigoroso, evitando que área por demais extensa seja atingida pela imunização respectiva. Ou seja, mais contida ainda, nesse campo, há de ser a imunização trazida pela coisa julgada, refletindo a deferência que merecem, por força da Constituição, as instâncias desportivas.

Em suma, versando a causa sobre matéria tipicamente desportiva, a coisa julgada não ficará, é óbvio, impedida de se formar. Todavia, seus limites vão exigir leitura restritiva particularmente severa, permitindo que a matéria seja, em alguma medida, reavaliada pelas instâncias desportivas, de acordo com as suas peculiares necessidades. É o que recomenda o regime constitucional do direito desportivo, visitado neste tópico que ora se fecha.

10. CONCLUSÃO PARCIAL, À VISTA DAS PREMISSAS EXAMINADAS:

Após o detalhamento empírico do caso concreto, primeiro passo do nosso estudo, anunciamos que, antes do enfrentamento das questões jurídicas controvertidas, assentaremos algumas premissas relevantes. Com tal objetivo, desenvolvemos quatro tópicos: a) a coisa julgada nos dias atuais; b) os limites objetivos da coisa julgada; c) coisa julgada e fatos supervenientes; e d) o peculiar regime constitucional das questões desportivas. Agora que foi cumprida essa segunda etapa, mostra-se conveniente, a bem da clareza, enunciar uma conclusão parcial, extraída da pesquisa até aqui realizada.

Pois bem, a abordagem do instituto da coisa julgada revelou tendência restritiva (pelo menos no que concerne a lides individuais), a se manifestar muito intensamente na definição dos seus limites objetivos, nestes se podendo incluir os chamados “limites temporais”. Abonando substancialmente essa direção restritiva, veio a análise do regime constitucional do direito desportivo, matéria-prima do caso concreto.

De tudo que foi examinado, pode-se deduzir uma diretriz valiosa, autêntica *regra de ouro*, para conduzir o bom equacionamento do caso concreto. Qual seja: *havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.*

11. VOLTANDO AO CASO CONCRETO: OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA:

Retornamos finalmente ao caso concreto. Como a essa altura o texto já se mostra extenso, convém proceder a uma brevíssima recapitulação dos dados empíricos.

Por conta da confusão relativa ao regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987, denominado “Copa União”, o Sport Club do Recife intentou ação judicial, que restou vitoriosa, para ser reconhecido como campeão de 1987, em detrimento do Clube de Regatas do Flamengo, vencedor do chamado “Módulo Verde” da Copa União. Mais recentemente, a CBF, entidade máxima do futebol brasileiro, no bojo de uma iniciativa visando à completa unificação dos títulos brasileiros — que beneficiou vários times, principalmente o Santos Futebol Clube e a Sociedade Esportiva Palmeiras —, reconheceu que também o Flamengo deve ser, *ao lado do Sport*, considerado campeão de 1987.

Nesta seção, investigaremos os limites objetivos da coisa julgada na demanda intentada pelo Sport em face de CBF, Flamengo, Internacional e União Federal. Para tanto, é crucial a reiteração dos contornos objetivos da causa.

Como já vimos antes, a causa de pedir foi, basicamente, a incerteza — gerada pela existência de normas regulamentares contraditórias — quanto ao campeão brasileiro de 1987.

Quanto aos pedidos, foram vários: a) declaração de validade do regulamento do Campeonato de 1987 outorgado pela Diretoria da CBF; b) declaração da necessidade de

aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da CBF para a modificação do regulamento por ela outorgado; c) condenação da Confederação Brasileira de Futebol – CBF e da União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) a se absterem de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral da CBF tendente à modificação do regulamento mencionado, sem a deliberação unânime de seus membros; d) a condenação da CBF a reconhecer o Sport como campeão brasileiro de futebol profissional do ano de 1987.

Todos os pedidos foram julgados procedentes pela sentença de primeiro grau, que foi confirmada em grau de recurso. Transcreva-se novamente, para não haver qualquer dúvida, o dispositivo da sentença:

“Em face do exposto, julgo procedentes, *in totum*, as pretensões formuladas na peça exordial, para declarar válido o regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, outorgado pela Diretoria da CBF; declarar, ainda, necessária a aprovação da integralidade dos membros do Conselho Arbitral da dita entidade, para a sua modificação, determinando, outrossim, à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstenham de ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral tendente à modificação do suso-citado regulamento, sem a deliberação unânime de seus membros, concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

Feita a recapitulação, podemos avançar, dissecando o assunto.

11.1 O que se contém, expressamente, nos limites da coisa julgada existente?

Partimos da premissa de que a condição do Sport de campeão brasileiro de 1987 ficou perfeitamente coberta pela coisa julgada. É um ponto que prescinde de justificação mais elaborada. Somando-se a eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474) com a impossibilidade de repetição da lide já decidida (CPC, art. 267, V, c/c art. 301, §§ 2º e 3º), resta absolutamente inexpugnável o título do Sport. Mesmo que surjam fatos novos de grande relevo, lastro suficiente à perpetuação do título do Sport já está coberto pelo manto da imutabilidade. Temos aí uma situação perfeitamente consolidada.

Assentado que nada terá o condão de tirar o título do Sport, surge a questão crucial: à luz da coisa julgada que se cristalizou, poderá o Sport, por algum motivo, perder a condição de *único* campeão brasileiro de 1987? Para responder, é preciso saber, em primeiro lugar o que se contém, *de forma expressa*, nos limites da coisa julgada. Verificações puramente factuais, despidas de juízo de valor, dão conta do problema.

Antes de mais nada, saliente-se a inexistência de qualquer pedido, na demanda vencida pelo Sport, no sentido de que ele fosse considerado o *único* campeão de 1987. Tal constatação sobe de importância à vista da riqueza e da variedade dos pedidos formulados pelo Sport. De fato, os pedidos formulados tentaram cercar todas as possibilidades, até de maneira redundante. Repare-se a propósito que a sentença, em consonância com o pedido, determinou à Confederação Brasileira de Futebol – CBF e à União Federal (Conselho Nacional de Desportos – CND) que se abstivessem de “ordenar a convocação, convocar ou acatar decisão do Conselho Arbitral (...)”. Apesar de tanto zelo, insista-se, não figurou no pleito a pretensão de exclusividade.

Além disso, também não foi pedida qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Não houve ainda, na demanda intentada pelo Sport, qualquer pedido de desconstituição da decisão do CND (prolatada na época em que o CND encarnava a justiça desportiva no Brasil) dando o título de 1987 para o Flamengo.

Nada disso foi pedido. Nada disso, congruentemente, figurou na decisão judicial transitada em julgado.

O que se comprimiu então, de forma explícita, no interior dos limites objetivos da coisa julgada formada? Exatamente o que fora pedido: a obrigação de a CBF reconhecer o Sport como campeão brasileiro de 1987, tal como positivado no dispositivo da sentença. Nem mais, nem menos.

Nesse sentido, é revelador que a sentença não tenha usado os termos “o” campeão ou “único” campeão. Mais sintomático ainda é que o termo “único” só tenha aparecido na recente decisão de “cumprimento de sentença”, proferida mais de 12 anos após o trânsito em julgado.

E mais um ponto merece atenção: no dispositivo da sentença não se chegou a reconhecer, diretamente, o título do Sport; em vez disso, determinou-se à CBF que

procedesse ao reconhecimento. Respeitou-se assim a competência da CBF para dar a última palavra, ainda que forçada por decisão judicial, acerca dos títulos brasileiros de futebol.

Em suma, não houve pedido, muito menos coisa julgada:

- a) sobre a condição do Sport de *único* campeão brasileiro de 1987;
- b) no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Levando-se em conta, portanto, o texto expresso da decisão transitada em julgado, só mesmo a condição do Sport de campeão brasileiro de 1987 é que se tornou imutável e indiscutível. Ponto.

11.2 Não teria ficado ao menos implícita — e coberta pela coisa julgada — a condição do Sport de único campeão brasileiro de 1987?

Chegamos ao ponto nevrálgico da discussão. Estariam implícitas no julgado a exclusividade do Sport, bem ainda a consideração da Copa União como a única forma de se obter o título de campeão brasileiro de 1987? E esses dados implícitos não teriam ficado cobertos pela coisa julgada?

Impõe-se desde logo repudiar, com veemência, a ideia de uma coisa julgada implícita. Para tanto, nem é preciso invocar as conclusões estabelecidas nos capítulos anteriores. Mesmo à luz da processualística tradicional, a autoridade da coisa julgada não pode de forma alguma admitir corpos implícitos. Fazê-lo, em qualquer tempo, é investir em uma visão pouco equilibrada da coisa julgada, sem a devida ponderação dos valores que estão em jogo.

Cumprе enfatizar, a propósito, a gravidade da coisa julgada, aspecto sobre o qual nunca houve dúvida alguma. Não por acaso a coisa julgada consiste em instituto que, nas palavras de Liebman, pertence ao direito constitucional⁷³ (cabendo ao direito processual a ordenação das técnicas respectivas). Imensa é a carga axiológica suportada pelo instituto. Quando a lei impõe limites à coisa julgada, há uma clara opção valorativa que está sendo realizada, não só em prol da contenção do poder estatal, mas também em favor da segurança jurídica, evitando-se dúvidas acerca do objeto da imunização.

⁷³ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença...*, cit., p. 55.

Admitir que a autoridade da coisa julgada possa recair sobre pretensões não expressamente deduzidas é atentar, de modo paradoxal, contra a própria segurança jurídica, o grande valor que informa o instituto da coisa julgada. Nem é preciso dizer que costuma ser bastante subjetiva a apuração do que está implícito, ainda mais se varia a perspectiva temporal. Como apurar objetivamente o que está implícito caso a caso? Como apurar hoje o que estava implícito quando determinada causa foi julgada? Sem dúvida, a admissão de coisas julgadas implícitas propicia enorme insegurança e, no seu bojo, favorece tremendamente, nesse tema tão decisivo, doses elevadas de voluntarismo judicial.

É realmente um paradoxo sem tamanho: insegurança fomentada pelo instituto, logo ele, que deveria ser o baluarte maior da segurança no reino processual.

Evidentemente, toda e qualquer mensagem linguística pede decodificação. Ou seja: interpretação. *In claris cessat interpretatio* é máxima que já ficou superada há um bom tempo. Sem embargo, no tocante ao dispositivo da sentença o ideal é que a margem de interpretação seja contida. A experiência mostra o quanto é perigoso deixar os limites da coisa julgada entregues a interpretações livres e pouco objetivas dos juízes. Eis aí um terreno em que a literalidade vale ouro.

A estreiteza dos limites objetivos da coisa julgada não é, portanto, uma questão de sintaxe, ou coisa que o valha. A estreiteza é determinada por fatores jurídicos, sociais e políticas bem mais transcendentais. Não raro, conforme lições clássicas, é na forma e na literalidade que a liberdade vai encontrar as suas maiores amigas.

Repita-se a preciosa sentença de Liebman: “A razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima, e não expandir-se fora dela.”⁷⁴

Só essas observações de natureza axiológica já seriam suficientes para fulminar a possibilidade de uma coisa julgada implícita no caso estudado. Não obstante, à vista da riqueza do tema, convém esquadrihar outros ângulos.

Veja-se o ângulo constitucional. Sem grande esforço, pode-se concluir que a ideia de uma coisa julgada implícita repugna a valores constitucionais de alta magnitude. Muito especificamente, depõe-se, já vimos, contra a segurança jurídica,

⁷⁴ Enrico Tullio Liebman, Limites objetivos da coisa julgada, cit., p. 573-574.

valor presente no *caput* do art. 5º da Constituição e base maior da noção de devido processo legal (art. 5º, LIV), centro do direito processual das nações civilizadas. Pelo mesmo ângulo constitucional, aliás, percebe-se que sequer se pode falar em julgamentos implícitos, à medida que ganhou caráter de fundamentalidade o dever de motivar as decisões judiciais (Constituição, art. 93, IX).

No plano da técnica processual, matéria do nosso estatuto processual civil, as considerações anteriores veem-se plenamente respaldadas, como não poderia ser diferente.

Não há coisa julgada ou julgamento implícitos. Nem pedidos implícitos. Nos termos do art. 293 do CPC, devem ser interpretados “restritivamente” os pedidos, o mesmo se passando com a resposta judicial ao pedido, materializada no dispositivo da sentença. Natural. Se os pedidos devem ser interpretados restritivamente, com muito mais razão o dispositivo — sobretudo para fins de coisa julgada — há de merecer a mesma interpretação.

Além disso, não fazem coisa julgada, segundo o art. 469 do CPC, os motivos da decisão de mérito, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente. Ou seja, só realmente a resposta ao pedido, contida de maneira expressa no dispositivo da sentença e interpretada restritivamente, é que se submete à grave autoridade da coisa julgada. Nada mais. É essa a sistemática que vigora entre nós. Uma sistemática que não deixa dúvidas nem gera, quanto a sua inclinação básica, controvérsias significativas.

Repise-se, ao ensejo, que a lide ajuizada pelo Sport foi motivada pela dúvida sobre qual regulamento deveria prevalecer em 1987. Prevalecendo o regulamento outorgado pela Diretoria da CBF, como de fato prevaleceu, o Sport seria reconhecido como campeão; caso prevalecesse o regulamento defendido pelo Clube dos 13, o Flamengo seria o campeão. Assim, a exclusividade do título do Sport poderia ser inferida, no máximo, da motivação daquela demanda específica, coisa que não tem a menor chance de alcançar a autoridade da coisa julgada, conforme preceito expresso do nosso estatuto processual (CPC, art. 469).

Pensando em todas as objeções possíveis, lembre-se que a causa de pedir, embora não integre o objeto litigioso, serve para “explicar” e “iluminar” o pedido (conforme nota em parte precedente do trabalho). Poderia então ser sustentado que, no

caso concreto, o dispositivo da sentença transitada em julgado, devidamente “esclarecido” pela motivação respectiva, teria incorporado a exclusividade almejada pelo Sport?

À evidência que não. A causa de pedir serve, inegavelmente, para esclarecer o objeto litigioso do processo. Mas é preciso ir com muita calma. Se Maria empresta uma quantia para José e este não paga, o “julgo procedente o pedido de cobrança” vai referir-se, logicamente, ao contrato de empréstimo que está na causa de pedir. É nesse sentido que a causa de pedir se presta a esclarecer o objeto litigioso. Até aí, bastante razoável. Porém, não é possível usar a mesma noção para incorporar ao dispositivo aquilo que deveria ter sido expressamente pedido e não foi. Nesse ponto, o trem descarrila, produzindo-se grave ofensa ao princípio da demanda. Além disso, conspira-se contra a função garantística dos limites da coisa julgada, tão encarecida por este ensaio.

Atestando o que acabou de ser dito, assinala-se que, no sistema processual em vigor, há a previsão expressa da ação declaratória incidental (CPC, arts. 5º, 325 e 470). Ou seja, entre nós o fundamento da demanda não pode misturar-se ao pedido e ficar coberto pela coisa julgada, salvo se requerida a declaração incidente. Não se aceita aqui, positivamente, qualquer possibilidade de coisa julgada implícita.

É de se assinalar, ainda, que na demanda vencida pelo Sport não havia espaço para qualquer meio-termo. Não se punha a eventualidade de serem dois os times campeões de 1987, eventualidade que só foi aparecer muito tempo depois. Carente a demanda de qualquer dom divinatório, não se discutiu minimamente, ali, a possibilidade de divisão do título de 1987.

Em outras palavras, não foi somente por falta de pedido que a questão da exclusividade — de molde a impedir o reconhecimento de Sport e Flamengo como campeões concomitantes de 1987 — passou muito longe da coisa julgada. Existe uma razão mais básica: o conflito que foi judicializado ignorava por completo esse problema da exclusividade vs. concomitância. *Não houve lide a respeito*. Assim, era mesmo impossível que sobre a questão incidisse a imunização própria da coisa julgada. Por mais essa perspectiva, confirma-se a conclusão de que só transitou em julgado, e nada além, a obrigação de a CBF reconhecer o Sport como campeão de 1987.

Vale a ressalva de que a eficácia prática da sentença prolatada no processo vencido pelo Sport — *não a autoridade da coisa julgada* — conduziu a que durante

muito tempo, na ausência de fatos e fundamentos novos, perdurasse a exclusividade. Estamos falando, veja-se, dos efeitos práticos da decisão, e não da autoridade da coisa julgada, coisas bem diferentes. A materialização prática das sentenças invariavelmente implica desdobramentos implícitos, não só perante terceiros mas também em relação às próprias partes⁷⁵. Já a autoridade da coisa julgada exige cognição exauriente e decisão explícita sobre determinada pretensão. Não tendo sido pedida a exclusividade pelo Sport, não houve sequer ação a respeito, e muito menos a formação de coisa julgada.

Testando ao máximo a nossa hipótese de trabalho, imagine-se mais uma eventual objeção: ainda que a exclusividade pretendida pelo Sport não se contenha dentro dos limites da coisa julgada estabelecida, a possibilidade de uma nova conformação não seria aberrante do ponto de vista lógico? Pode um mesmo certame esportivo apresentar dois campeões?

Essa eventual objeção se derrota sem a menor dificuldade. Em primeiro lugar, relembre-se a lição — consensual — de que a coisa julgada não se preocupa nem um pouco com embaraços lógicos: são as incompatibilidades de ordem prática que ela se destina a evitar. Depois, é de se ver que o caso da Copa União representou uma excepcionalidade, por mais conturbado que fosse o futebol brasileiro naquela época. Aliás, mais estranha do que a existência de dois campeões é a circunstância, certamente inédita no mundo, de um título de campeão nacional ser atribuído com exclusividade ao vencedor do certame equivalente à segunda divisão do país. Não bastasse, a unificação promovida em 2010 pela CBF eliminou qualquer dúvida a respeito. Por conta dessa unificação, dois outros anos, 1967 e 1968, passaram a ter duplicidade de campeões: em 1967, o Palmeiras ganhou tanto a Taça Brasil como o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, e por isso somou dois títulos brasileiros; em 1968, o Botafogo venceu a Taça Brasil, enquanto o Santos ficou com o Torneio Roberto Gomes Pedrosa, sendo ambos declarados campeões brasileiros de 1968.

⁷⁵ É bastante conhecida entre nós, a propósito, a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Consulte-se a respeito Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença...*, cit., esp. p. 37-63 (trata-se do capítulo versando sobre “a autoridade da coisa julgada como qualidade da sentença e dos seus efeitos”).

11.3 Aplicando a “regra de ouro”:

Investigada a controvérsia por vários ângulos, e analisadas eventuais objeções ao entendimento do texto — avesso a qualquer forma de coisa julgada implícita —, é bom ressaltar que nem se levou em consideração, ainda, uma leitura contemporânea da coisa julgada, atenta a valores de grande significação nos dias que correm. Neste capítulo, caminhamos apenas, até agora, com as lições tradicionais a respeito da coisa julgada. Oportuno então reavivar as ideias desenvolvidas em capítulos anteriores, relativas a essa visão contextualizada da coisa julgada, as quais parecem ter aptidão para desempatar de uma vez por todas a controvérsia, caso ainda tenha restado alguma dúvida.

Pois bem, vimos que a coisa julgada contemporânea, conquanto muito relevante ainda — importância que jamais perderá —, não pode ser tratada de maneira hipertrofiada, nela se enfiando um “excesso de bagagem”. Rejeita-se o que chamamos de “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos. Via de consequência, devem ser reforçados os limites da coisa julgada, evitando o esmagamento de debates que se façam indispensáveis no futuro. A leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave e cautelosa.

Essa tendência reforça-se no caso estudado, cuja ambiência, do ponto de vista material, não pode deixar de ser realçada. Afinal, o processo instrumentalista dos dias atuais — eminentemente concretista — tem a sua regulação modulada de forma considerável pelos interesses substanciais em jogo. Aqui, estamos diante de uma questão relativa a “competições esportivas”, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição. A causa se esgota no universo desportivo, em um plano a essa altura exclusivamente imaterial, já que se deseja saber, tão só, a quem pertence a honra de ser considerado campeão do longínquo título brasileiro de 1987. É de fato uma lide pura e tipicamente “desportiva”, sem quaisquer desdobramentos civis, penais ou trabalhistas. Dentro desse quadro, a autoridade da coisa julgada, considerada a ampla autonomia concedida pela nossa Constituição ao setor desportivo, deve ser mais obsequiosa ainda.

Acrescentem-se as peculiaridades desse caso desportivo inédito (o “atípico” Campeonato Brasileiro de 1987⁷⁶). Trata-se de um caso *sui generis*, dotado de contornos os mais singulares, a ponto de merecer decisões antagônicas da autoridade desportiva

⁷⁶ Expressão utilizada no parecer de Álvaro Melo Filho no qual se fiou a CBF para reconhecer o título de 1987 para o Flamengo.

(CND) e da justiça estatal. Sobretudo em um contexto assim, mais prudente ainda deve ser a delimitação da coisa julgada, não se vedando a reconfiguração posterior do assunto.

Tendo sido todos esses fatores examinados detidamente lá atrás, chegamos a uma “regra de ouro” para conduzir o bom equacionamento do caso. A saber: *havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.*

Nem é preciso dizer que a aplicação ao caso da nossa “regra de ouro”, inspirada em razões muito ponderosas, serve para neutralizar qualquer objeção que ainda possa remanescer. Afinal, a controvérsia gira em torno, justamente, da amplitude maior ou menor que devem ter os limites da coisa julgada no processo vencido, há muitos anos, pelo Sport Club do Recife.

Aplicada a diretriz restritiva, encarecida pela abordagem contemporânea da coisa julgada, o entendimento que já vinha sendo proposto perde a condição de hipótese e ganha caráter definitivo, esgotadas ressalvas e objeções. Com todas as letras, enfim: não ficou coberta pela coisa julgada qualquer declaração de que o Sport seria o *único* campeão brasileiro de 1987; e nem restou imunizada qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

Antes de passar adiante, é importante esclarecer que a reprovação que fizemos da leitura expansiva e hipertrofiada da coisa julgada concretamente ocorrida não constitui, em absoluto, manifestação da chamada “relativização” da coisa julgada. É certo que a relativização também consiste em tendência presente na atual fase metodológica do processo civil (como se viu no capítulo nº 6, acima), uma fase que salienta o lado valorativo do processo. Sem embargo, não é bem relativização o que se sustenta neste ensaio. Na verdade, sustenta-se aqui uma aplicação ordinária — pode-se dizer clássica — dos limites da coisa julgada. O aspecto algo inovador do texto, talvez, consiste na utilização da metodologia mais prestigiada atualmente para a defesa da aplicação ordinária dos limites da coisa julgada. Parece-nos mesmo, e o trabalho tenta demonstrá-lo, que estamos diante de uma interessante convergência — pontual — entre as visões clássica (formalista) e instrumentalista (axiológica) do direito processual.

Resumindo, a exclusividade do Sport em relação ao título de 1987 não se inseriu nos limites objetivos da coisa julgada estabelecida, não só porque não houve pedido a respeito — ficando no máximo no plano da motivação —, mas também porque o próprio conflito que foi judicializado não encerrava o problema da exclusividade *vs.* concomitância de campeões. Em decorrência, ficou resguardada a possibilidade de uma nova disposição para o assunto, ressalvada naturalmente a intangibilidade do título do Sport, esta sim uma situação coberta pela coisa julgada e perfeitamente consolidada.

Vencemos uma etapa essencial no estudo de caso. Mas não acabou ainda. Um outro lado relevante do problema há de ser investigado, a saber, o ato da CBF reconhecendo o Flamengo como campeão brasileiro de 1987 *ao lado do Sport*. Também se mostra indispensável perscrutar a idoneidade desse ato, coisa que faremos no próximo tópico.

12. OS FATOS NOVOS E SUA INFLUÊNCIA NO DESLINDE DO CASO:

No capítulo oitavo, acima, tratamos do tema “coisa julgada e fatos supervenientes”. Vimos então que, cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópicos e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Essa exaltação da força jurígena dos fatos se manifesta também no campo processual, inclusive no setor da coisa julgada. Logo, é necessário dar bastante atenção aos fatos inegavelmente relevantes ocorridos após constituída a coisa julgada.

Lembre-se, primeiramente, que o próprio Sport, para filiar-se ao Clube dos 13, firmou documento concordando com a divisão do título de 1987, sendo o documento assinado por todos os integrantes do Clube dos 13, na assembleia geral extraordinária da entidade realizada em 09/06/97. Surpreendentemente, o fato não trouxe consequências, apesar da sua importância. Por isso, não é nele que nos concentraremos neste tópico.

Nossa atenção se fixará na chamada “unificação dos títulos brasileiros de clubes” (a partir de 1959), promovida pela CBF, inicialmente, em dezembro de 2010. Vale reiterar que, em virtude dessa unificação, tornaram-se campeões brasileiros todos os vencedores da Taça Brasil, de 1959 a 1968, e todos os vencedores do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, de 1967 a 1970. Dessa forma, alterou-se radicalmente o

ranking oficial dos títulos brasileiros de clubes. Ascenderam ao topo o Palmeiras e o Santos, sendo este o maior beneficiado — possuía apenas dois títulos brasileiros e passou a oito (acrescentados os cinco triunfos na Taça Brasil, de 1961 a 1965, e mais o Torneio Roberto Gomes Pedrosa de 1968).

Recorde-se mais que, apesar da amplitude dessa unificação ocorrida em dezembro de 2010, a CBF continuou resistindo ao reconhecimento do título do Flamengo em 1987. Depois de muitas críticas, ela voltou atrás em fevereiro de 2011, e finalmente reconheceu o Flamengo como campeão brasileiro de 1987, *ao lado do Sport*.

O reconhecimento da CBF se deu por meio da Resolução da Presidência (RDP) nº 02/11, que inseriu o título do Flamengo no espectro da ampla unificação de dezembro de 2010 (objeto da RDP 03/10). Entre os *consideranda* da RDP nº 02/11, consignou-se que “o objetivo da CBF, como entidade de grau máximo da estrutura organizacional do futebol brasileiro, ao editar a citada RDP nº 03/2010, era o de pacificar um tema controvertido de longa data, capaz de suscitar desarmonia no ambiente desportivo, de todo indesejável”. Com o mesmo propósito, dava-se o reconhecimento do título do Flamengo.

Repita-se ainda que a RDP nº 02/11 se escudou em parecer firmado por Álvaro Melo Filho, outro documento muito importante para se identificar a inspiração do ato da CBF. Diz esse parecer: “Vê-se, então, com clarividência, que tivemos dois torneios — Torneio João Havelange (ou Módulo Verde) e Torneio Roberto Gomes Pedrosa (ou Módulo Amarelo) — disputados de forma autônoma, paralela e separadamente, gerando, portanto, dois campeões e dois vice-campeões. (...) No final de 2010, a CBF reconheceu títulos nacionais de Bahia, Santos, Cruzeiro, Palmeiras, Fluminense e Botafogo, como vencedores da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa, obtidos no período de 1959 até 1970. Nesse contexto, não se afigura justo e razoável dar um tratamento não isonômico e discriminatório aos vencedores dos torneios João Havelange e Roberto Gomes Pedrosa, ou seja, não considerá-los campeões do atípico Campeonato Brasileiro de 1987 (...).”

Fica bem claro, portanto, que em nenhum momento pretendeu a CBF rediscutir as razões da decisão judicial favorável ao Sport, razões estas ligadas a questões regulamentares da confusa Copa União de 1987. Disso a CBF passou inteiramente ao largo.

Repassados os fatos, a grande indagação a se fazer é a seguinte: a ampla unificação dos títulos brasileiros, que beneficiou em um segundo momento o Flamengo, consiste em causa idônea para uma solução diversa da indicada pela sentença favorável ao Sport?

Aparentemente óbvia se afigura a resposta afirmativa, à vista da conclusão a que chegamos no capítulo anterior, no sentido de que a exclusividade não se inseriu nos limites objetivos da coisa julgada estabelecida na demanda do Sport. Alguma prudência, no entanto, se faz recomendável, já que o assunto é inçado de sutilezas. Mesmo não havendo ofensa à coisa julgada, não se pode descartar de pronto, por exemplo, a eventualidade de uma afronta à sentença, ato estatal que todos têm o dever de observar (lembrando que a eficácia da sentença não se confunde com a autoridade da coisa julgada, distinção hoje elementar dentro do direito processual). Convém então que a nossa análise prossiga.

Antes de tudo, frise-se a legitimidade da CBF, do ponto de vista orgânico, para proceder à unificação dos títulos brasileiros, aí embutido (em um segundo momento) o ato de reconhecimento do título do Flamengo em 1987. Trata-se a CBF, como já foi dito, da entidade máxima do futebol brasileiro, gozando de larga autonomia para disciplinar esse setor, nos termos do art. 217, I, da nossa Constituição. A própria sentença favorável ao Sport admitiu tacitamente que compete à CBF dar a última palavra acerca dos títulos brasileiros de futebol. O dispositivo da sentença, com efeito, não reconheceu, diretamente, o título do Sport; em vez disso, determinou à CBF que procedesse ao reconhecimento.

A par da confirmação da legitimidade da CBF, vale acrescer que as matérias tipicamente desportivas não ficam sujeitas a qualquer reserva de jurisdição. O que existe, muito ao contrário, é o curso forçado das instâncias desportivas (Constituição, art. 217, § 1º). Dessa forma, consistiria em grande equívoco sustentar a necessidade de judicialização — compulsória — dessa nova regulação do título brasileiro de 1987, a ser promovida pela CBF. Uma exigência assim seria manifestamente inconstitucional.

A propósito, rememore-se a doutrina de Teori Albino Zavascki, consultada em momento precedente do trabalho. Mesmo quando há coisa julgada — o que aqui não existe quanto à exclusividade do título do Sport —, a mudança do *status quo*, provocada por uma nova situação de fato ou de direito, tem efeitos automáticos e imediatos,

operando independentemente de qualquer ação de revisão (sem prejuízo de eventual ação simplesmente para *declarar* a nova realidade)⁷⁷. Com muito mais razão quando não há coisa julgada.

De uma vez por todas, pois, o ato da CBF de reconhecimento do título do Flamengo de 1987 não carecia de qualquer judicialização. O ônus de judicializar, em verdade, pertence a quem se sente prejudicado pelo ato (que há de observar, pontifique-se, a necessidade de esgotamento da justiça desportiva, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição).

Vistas a legitimidade da CBF e a desnecessidade de qualquer intervenção jurisdicional, saliente-se que as razões da unificação promovida pela entidade, beneficiando o Flamengo e vários outros clubes, relação alguma têm com a motivação da demanda intentada pelo Sport. São perspectivas e contextos completamente distintos, enraizados em momentos históricos igualmente díspares. Vale aprofundar esse ponto.

Qual foi o objetivo da unificação de títulos? Com a unificação, a CBF visou ao encerramento definitivo das recorrentes controvérsias que havia em nosso futebol acerca dos ganhadores de títulos nacionais. Para tanto, deu-se a qualificação de campeonato brasileiro a certames que, mesmo sem essa qualificação originária, mostraram-se historicamente significativos e tiveram abrangência nacional. Foi o caso, expressamente, da Taça Brasil e do Torneio Roberto Gomes Pedrosa. Em outras palavras, o que se quis, assumidamente, foi “passar a limpo” a história dos campeonatos brasileiros, agora que eles já atingiram estabilidade e solidez (como ocorre nas grandes ligas europeias).

Bem se percebe que a unificação realizada pela CBF não desafiou em nenhum instante a fundamentação da decisão transitada em julgada. Lá, discutiram-se aspectos regulamentares da Copa União de 1987. Já o ato de unificação, em sintonia inteiramente diversa, ignorou conflitos regulamentares pontuais. Preferiu, em vez disso, mirar a concórdia geral. São polos muito distantes. Enquanto a decisão judicial cuidou de aspectos particulares de um determinado campeonato, o ato da CBF tocou em uma problemática geral e abrangente do futebol brasileiro.

Reitere-se que vários outros times, além do Flamengo, foram beneficiados pela unificação de títulos, a saber: Bahia, Botafogo, Cruzeiro, Fluminense, Palmeiras e

⁷⁷ Teori Albino Zavascki, Coisa julgada em matéria constitucional..., cit., p. 557-558.

Santos. Os dois últimos se viram especialmente favorecidos — o Palmeiras ganhou quatro títulos e o Santos, nada menos do que seis. Ou seja, a medida da unificação não representou casuísmo a favor do Flamengo. Muito ao revés, a CBF resistiu o quanto pôde ao reconhecimento do título do Flamengo.

Também não pode deixar de ser realçado o impacto da iniciativa da CBF. O ato de unificação alterou profundamente o *ranking* oficial de títulos do futebol brasileiro. Isso corrobora a independência do ato, em relação à causa movida pelo Sport, e indica que o reconhecimento do título do Flamengo faz parte de um todo indissolúvel. Só se poderia questioná-lo se também o conjunto fosse questionado, coisa que não aconteceu e nem de longe corre o menor risco de acontecer.

No que toca ao reconhecimento específico do título do Flamengo, tem-se aí medida que parece claramente favorável ao princípio da isonomia. No contexto da ampla unificação dos títulos brasileiros, não fazia o menor sentido que dela ficasse de fora, única e exclusivamente, o Módulo Verde da Copa União, vencido pelo Flamengo em 1987. A propósito, repisem-se fatos declinados na primeira parte do trabalho. Independentemente de o Flamengo não ter comparecido ao cruzamento previsto pelo regulamento outorgado pela Diretoria da CBF — postura que teve o apoio do Clube dos 13 e do próprio Conselho Nacional de Desportos, à época a entidade máxima do desporto no Brasil —, é notório que o Módulo Verde reuniu a nata do futebol brasileiro. Para sagrar-se campeão, o Flamengo foi obrigado a fazer 19 jogos, enfrentando os melhores times do país. Sintomaticamente, a final do torneio, disputada no Maracanã por Flamengo e Internacional — outra equipe de grande tradição em nosso futebol —, atraiu mais de 90 mil pessoas. Por outro lado, para conquistar a Taça Brasil de 1968 o Botafogo teve de enfrentar apenas três adversários. E a final, no mesmo Maracanã, jogada contra o Fortaleza, teve um público de apenas 13.588 pessoas. Foi esse o padrão das várias edições da Taça Brasil, equiparada a campeonato brasileiro pelo ato de unificação. Causava estranheza, então, que a unificação não alcançasse o Módulo Verde conquistado pelo Flamengo.

Diga-se mais. A CBF, ao reconhecer o título do Flamengo, não deu caráter oficial a um evento imaginário, quimérico. Ao invés disso, o reconhecimento veio referendar um juízo que, em 13/12/87 —, após o término da final entre Flamengo e Internacional, que encheu o Maracanã —, foi compartilhado por milhões e milhões de

brasileiros, das mais variadas torcidas, inclusive a do Internacional, que perdeu o jogo, e a do próprio Sport.

Portanto, foi no mínimo razoável, do ponto de vista substancial — abstraídas discussões processuais — a medida que a CBF tomou, dentro da sua autonomia constitucional. A falta de reconhecimento do título do Flamengo, sim, é que poderia ser reputada, com boa dose de plausibilidade, omissão ilegítima — dado que afrontosa ao princípio isonômico. E nem se objete, a propósito, que seja a CBF uma entidade puramente privada, pois tal objeção não resiste à eficácia dita “horizontal” dos direitos fundamentais, cuja dogmática tem se fortalecido sensivelmente entre nós⁷⁸.

Em suma, não há nada na unificação de títulos promovida pela CBF que a possa indispor em relação à sentença proferida na demanda intentada pelo Sport. Além de o ato da CBF respeitar os limites objetivos da coisa julgada formada — dentro dos quais não se incluíram nem a exclusividade do Sport nem a declaração de que a conquista da Copa União seria a única forma de obtenção do título brasileiro de 1987 —, os motivos que inspiraram a CBF nada têm a ver com a fundamentação da demanda do Sport. *São atos que ocupam dimensões paralelas, sem nenhuma chance de interferência recíproca.* Repita-se: a demanda colheu o individual, o particular; já o ato da CBF mirou o conjunto, o coletivo. Se também o ato da CBF carecesse de judicialização, não haveria dúvida nenhuma acerca da existência de uma nova causa de pedir, totalmente dissociada da causa veiculada na demanda proposta pelo Sport.

É mais um teste pelo qual passa o ato da CBF que, no bojo de uma ampla unificação de títulos brasileiros, reconheceu o título do Flamengo. Não se violou a coisa julgada existente e nem se desrespeitou a sentença judicial.

Insista-se no ponto, para que ele fique plenamente esclarecido. Não se confundem as noções de eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Aquela diz respeito à imperatividade dos atos estatais em geral, a que todos estão submetidos. Esta se refere à grave imunização das decisões judiciais, em prol da segurança jurídica. Não raro, como já foi dito, a materialização prática das sentenças implica desdobramentos implícitos, não só perante terceiros mas também em relação às próprias partes. Desdobramentos implícitos que não estão, logicamente, cobertos pela coisa julgada, a qual exige cognição exauriente e decisão expressa sobre determinada pretensão. Pode

⁷⁸ Por todos, na doutrina brasileira, consulte-se Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

consubstanciar-se, então, ato ou conduta que, sem ofensa à coisa julgada, desrespeite uma dada sentença, obliquamente que seja.

No caso em tela, é intuitivo que o ato da CBF, se tivesse reconhecido o título do Flamengo com base em questões regulamentares de 1987 — exatamente o que se discutiu na demanda vencida pelo Sport —, estaria sem dúvida contrariando a sentença proferida naquela demanda. Não estaria, torne-se a dizer, afrontando a coisa julgada, mas sim a sentença. Ocorre que a motivação da CBF, como se viu, foi inteiramente diversa. Não há, assim, qualquer burla, direta ou indireta, à sentença. O ato da CBF não melindra minimamente o provimento judicial. A CBF tem ampla autonomia, concedida pela nossa Constituição, para reger os destinos do futebol brasileiro. Tirar a competência da CBF para qualificar torneios, equiparar campeonatos e reconhecer títulos brasileiros é atingir em cheio a Constituição.

Não bastasse, mostra-se altamente duvidosa a possibilidade de o Judiciário repudiar, *a posteriori*, a opção realizada pela CBF. Assim como um ato discricionário do poder público não pode ser devassado pelo Judiciário, o mesmo se poderia dizer das escolhas razoáveis das entidades desportivas (questão já vistoriada no capítulo nº 9, acima).

Prossiga-se. A diversidade de fundamentação é tão importante que valida o ato da CBF até mesmo na hipótese — recusada enfaticamente pelo nosso trabalho — de a exclusividade reivindicada pelo Sport ter ficado coberta pela coisa julgada.

O caso é inédito e o tema, complexo. Para facilitar a compreensão do que acabou de ser dito, faça-se um paralelo com a hipótese de pluralidade de ações. Imagine-se que a CBF (ou o próprio Flamengo) precisasse ir à Justiça, em face do Sport, para sacramentar o reconhecimento do título de 1987 a favor do Flamengo. Nessa hipótese de necessidade de judicialização (outra hipótese que já descartamos categoricamente, sendo usada agora tão somente para fins de argumentação), pergunta-se: a demanda, tendo como causa de pedir o fato da unificação de títulos, e lastreada juridicamente no princípio da isonomia, poderia prosperar? No que toca à questão da coisa julgada, é evidente que sim. Não haveria, no particular, qualquer impedimento. Estaríamos diante de uma causa de pedir completamente diversa da que apresentou a demanda vencida pelo Sport. A lide seria outra. Não restaria configurada, portanto, a tríplice identidade.

Além disso, na mesma hipótese, *ad argumentandum*, de a exclusividade do Sport ter ficado coberta pela coisa julgada, nem de longe se poderia cogitar da eficácia preclusiva da coisa julgada. Esta diz respeito somente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca aos fatos supervenientes. Na época em que tramitou a demanda vencida pelo Sport, a unificação dos títulos não poderia ter sido utilizada como defesa pelos réus, porque só veio a se materializar muitos e muitos anos depois. Em consequência, trata-se de defesa ou fundamento que escapa por completo da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Estamos aplicando, não se deixe de frisar, lições remansosas que figuraram em parte anterior do trabalho. Na voz de Teori Albino Zavascki, “considerando que as normas jurídicas são passíveis de modificação ou de revogação e que os fatos, por natureza, são dinâmicos e mutáveis, todas as sentenças contêm, implicitamente, a cláusula *rebus sic stantibus*: elas mantêm seu efeito vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático com base nos quais estabeleceram o juízo de certeza”⁷⁹.

Enfim, mesmo na hipótese — aqui não aceita — de os limites objetivos da coisa julgada incluírem a exclusividade postulada pelo Sport, o reconhecimento do título do Flamengo é possível, eis que fundado em motivos bem distintos e, ainda por cima, supervenientes.

Já é tempo de fecharmos este capítulo. Nele, verificamos a ocorrência de fatos supervenientes de indiscutível relevância. Fatos cujas lógica e razão de ser guardam completa autonomia em relação aos fundamentos da demanda intentada pelo Sport.

Note-se que este capítulo complementa e reforça o anterior. Lá falamos de objeto (pedido e dispositivo da sentença). Aqui, de fundamentos. A questão dos fundamentos, como acabou de ser constatado, é igualmente relevante para a resolução da controvérsia. Se pudéssemos expressar em uma equação o presente estudo de caso, ela ficaria assim: limites objetivos da coisa julgada restritos (neles não figurando a exclusividade pretendida pelo Sport) + fatos e fundamentos inteiramente novos (em relação à demanda proposta pelo Sport) = legitimidade do ato que reconheceu o título do Flamengo de 1987 (emitido o ato pela entidade que possui autonomia constitucional para regular o futebol brasileiro).

⁷⁹ Teori Albino Zavascki, *Coisa julgada em matéria constitucional...*, cit., p. 565.

Em outras palavras, tínhamos verificado que nem coisa julgada houve quanto à exclusividade do título do Sport. A questão ficou em aberto, com mais espaço ainda para o futuro penetrar, validamente. Penetrar e moldar uma nova regulação para a questão do título brasileiro de futebol de 1987. Foi exatamente o que fizeram os fatos supervenientes explorados neste capítulo.

Essa peculiar “cinética” processual eliminou qualquer dúvida: mostra-se válido e legítimo o ato da CBF que partilhou o título brasileiro de 1987 entre Sport e Flamengo, não violando a coisa julgada e nem a sentença da demanda intentada pelo Sport junto à Justiça Federal. A CBF não poderia reconhecer o título do Flamengo *no lugar* do Sport; mas podia, sem qualquer problema, reconhecer o Flamengo como campeão de 1987 *ao lado* do Sport.

13. ENCERRAMENTO: RECAPITULAÇÃO DAS IDEIAS PRINCIPAIS:

Para a boa compreensão do conjunto, textos mais extensos pedem um resumo das suas ideias principais. É o que passaremos a fazer, associando tais ideias ao capítulo específico em que foram lançadas.

Introdução (1)

- Trata-se de estudo de caso em que a conexão do processo com as pulsações do mundo exterior é vista por um ângulo peculiar, e exibindo uma rara mistura de ingredientes. De um lado, a coisa julgada, instituto de grande complexidade na ciência processual. Do outro, uma das maiores paixões nacionais, o futebol.

A Copa União de 1987 (2)

- O tema do estudo é o título nacional de clubes de 1987, objeto de ruidosa polêmica jurídico-futebolística. O “Módulo Verde” da Copa União — reunindo os times mais tradicionais do Brasil — foi vencido pelo Flamengo. O Sport do Recife conquistou o “Módulo Amarelo”, composto por times sem a mesma expressão. Iniciou-se então uma “guerra de regulamentos”, propiciada pelo momento conturbado por que passava o futebol brasileiro. Pelo regulamento invocado pelo Flamengo, o campeão brasileiro de 1987 seria o vencedor do Módulo Verde. Já o regulamento sustentado pelo Sport previa um “cruzamento” entre os dois melhores do Módulo Verde e os dois melhores do Módulo Amarelo. Contrariando o entendimento do CND – Conselho Nacional de

Desportos (à época a entidade máxima dos desportos no país), a CBF – Confederação Brasileira de Futebol confirmou a necessidade do cruzamento. Os dois melhores do Módulo Verde, Flamengo e Internacional, não compareceram aos jogos marcados. Ficaram apenas os dois melhores do Módulo Amarelo, Sport e Guarani, tendo o Sport vencido a disputa.

A demanda intentada pelo Sport Club do Recife (3)

- Em virtude da confusão relativa ao regulamento da Copa União, o Sport intentou ação judicial para ser reconhecido como campeão brasileiro de 1987. No polo passivo figuraram o Flamengo, o Internacional, a CBF e a União Federal (cuja estrutura administrativa abrigava o CND, já extinto). A demanda tramitou na Justiça Federal de Pernambuco e restou vitoriosa. A parte mais significativa do dispositivo da sentença: “(...) concluindo, pois, por determinar seja reconhecido o demandante como Campeão Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987, pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF.”

A superveniência de fatos relevantes (4)

- Mais recentemente, a Confederação Brasileira de Futebol, no bojo de uma iniciativa visando à completa unificação dos títulos brasileiros de clubes — que beneficiou vários times, principalmente o Santos e o Palmeiras —, reconheceu que também o Flamengo deve ser, *ao lado do Sport*, considerado campeão de 1987. No entanto, tal deliberação teve de ser revogada, em acatamento a ordem da Justiça Federal de Pernambuco, dada à guisa de “cumprimento de sentença”. No ato da revogação, ressaltou a CBF que continuava entendendo “que o reconhecimento do título de campeão nacional de 1987 também ao Clube de Regatas do Flamengo não contraria os limites da coisa julgada.”

As principais questões a serem analisadas no caso (5)

- Quais exatamente os limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport Clube do Recife? Só o Sport é o campeão de 1987? Ou há espaço para uma fórmula diversa? Fatos novos podem ter alguma influência sobre a definição do título brasileiro de 1987?

A coisa julgada nos dias atuais: a necessidade de uma leitura suave e a rejeição da “coisa julgada polvo” (6)

- Como qualquer instituto jurídico, a coisa julgada não pode permanecer indiferente ao entorno social e político. Daí resulta que, nos tempos atuais, relativistas e iconoclastas, a

coisa julgada não pode mais, se é que já pôde algum dia, ser tratada de maneira hipertrofiada, quase opressiva. Rejeita-se uma coisa julgada que se poderia dizer “pesada” — excessivamente espaçosa e otimista. Em consequência, a leitura da coisa julgada contemporânea há de ser uma leitura mais suave, mais cautelosa.

- É crucial pensar, mais seriamente do que nunca, nos *limites* da coisa julgada. Para que esta continue funcionando legitimamente, em meio a tanta incerteza e velocidade, os seus limites devem ser reforçados em muitas situações. A coisa julgada, insista-se, não pode amordaçar o futuro. Nem aprisionar a vida. Em outros termos, não pode assumir a forma de uma “coisa julgada polvo”, repleta de braços e tentáculos.

Os limites objetivos da coisa julgada (7)

- O tema dos limites objetivos da coisa julgada é muito caro ao almejado equilíbrio entre os valores segurança e liberdade dentro do processo hodierno. O fenômeno da imunização — provocado pela coisa julgada — é algo extraordinariamente forte dentro das funções estatais, desafiando mecanismos de frenagem. Os limites da coisa julgada têm, ordinariamente, essa nobre missão de controlar o poder estatal de interditar discussões.

- A própria sistemática vigente entre nós já preconiza limites objetivos estreitos para a coisa julgada, até mesmo em prol da segurança jurídica, o grande valor no qual se baseia o instituto da coisa julgada.

Coisa julgada e fatos supervenientes (8)

- Cada vez mais, o direito se preocupa com os fatos. De uma era eminentemente formalista e legalista passamos, no pós-positivismo, a um direito mais tópico e atento às peculiaridades empíricas dos casos concretos. Por conta disso, a força jurígena dos fatos é fenômeno que tem merecido atenção crescente. Todo esse apreço pelos fatos contamina também, como não poderia ser diferente, o plano processual. De resto, a valorização do material fático já é da tradição do sistema processual brasileiro.

- Ao falarmos da relação entre coisa julgada e fatos supervenientes, tocamos em outra importante limitação à contundência da coisa julgada. A superveniência de fatos relevantes, ainda que incidindo sobre um mesmo episódio já levado a juízo, tem o condão de fazer aparecer uma nova demanda, suscetível de provocar uma coisa julgada igualmente nova, inconfundível com qualquer outra. Diz-se mesmo que a força da *res iudicata* se sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Também a chamada eficácia preclusiva

da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC, concerne unicamente aos fatos que poderiam ter sido deduzidos ao tempo da lide, nunca a fatos supervenientes. Ou seja, o foco principal da coisa julgada é eminentemente retrospectivo, servindo para imunizar eventos pretéritos. A coisa julgada não pode exorbitar do passado. Ela seria excessivamente autoritária se se arvorasse a bloquear, também, a apreciação e a incidência de fatos supervenientes.

O peculiar regime constitucional das questões desportivas (9)

- A Constituição de 1988 prescreveu um regime de larga autonomia não só para as entidades desportivas mas também para a “justiça desportiva”. Dessa forma, ficou refletida no texto constitucional a transcendência cada vez maior do esporte na vida das pessoas e das sociedades.

- Parece razoável que, no campo tipicamente desportivo — demarcado pelo art. 217, § 1º, da Constituição —, os limites da coisa julgada experimentem leitura particularmente restritiva. Assim se evita que área por demais extensa seja atingida pela imunização respectiva, permitindo-se a reconfiguração da matéria, em alguma medida, pelas instâncias desportivas, de acordo com as peculiares necessidades destas.

Conclusão parcial, à vista das premissas examinadas (10)

- À vista das premissas analisadas, pode-se deduzir uma diretriz valiosa, autêntica *regra de ouro*, para conduzir o bom equacionamento do caso concreto. A saber: havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada.

Voltando ao caso concreto: os limites objetivos da coisa julgada (11)

- Dos vários pedidos feitos pelo Sport na demanda por ele vencida na Justiça Federal de Pernambuco — alguns até redundantes —, nenhum explicitava pretensão de exclusividade no tocante ao título de 1987. Congruentemente, tal exclusividade não foi positivada pelo dispositivo da respectiva sentença, afigurando-se revelador que esta não tenha usado os termos “o” campeão ou “único” campeão (aliás, é igualmente significativo que o termo “único” só tenha aparecido na recente decisão de “cumprimento de sentença”, proferida mais de 12 anos após o trânsito em julgado). Além disso, não foi pedido, e nem figurou no dispositivo da sentença, qualquer declaração no sentido de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987.

- Nos termos do art. 293 do CPC, devem ser interpretados “restritivamente” os pedidos, o mesmo se passando com a resposta judicial ao pedido, materializada no dispositivo da sentença. Claro. Se os pedidos devem ser interpretados restritivamente, com muito mais razão o dispositivo — sobretudo para fins de coisa julgada — há de merecer a mesma interpretação.
- A exclusividade do título do Sport poderia ser inferida, no máximo, da motivação da demanda intentada pelo clube pernambucano, coisa que não tem a menor chance de alcançar a autoridade da coisa julgada (CPC, art. 469). Ainda que a causa de pedir sirva para esclarecer o objeto litigioso do processo, ela jamais vai ter o condão de suprir o que deveria ter sido expressamente pedido e não foi (tanto assim que no atual sistema pátrio há a previsão da ação declaratória incidental — CPC, arts. 5º, 325 e 470). Tal desvio produziria grave ofensa ao princípio da demanda, conspirando ainda contra a função garantística dos limites da coisa julgada, muito encarecida por este ensaio.
- Não tendo sido pedida a exclusividade pelo Sport, não houve sequer ação a respeito. O próprio conflito que foi judicializado ignorava por completo o dilema da exclusividade *vs.* concomitância de campeões. Esse dilema só apareceu muito tempo depois. Sem que houvesse pedido e ação sobre a questão da exclusividade — e sem que o dilema da exclusividade *vs.* concomitância fosse levado ao Judiciário —, era mesmo impossível que sobre a questão incidisse a imunização própria da coisa julgada.
- Admitir que a autoridade da coisa julgada possa recair sobre pretensões não expressamente deduzidas é atentar, de modo paradoxal, contra a própria segurança jurídica, o grande valor que informa o instituto da coisa julgada. Sem dúvida, a admissão de coisas julgadas implícitas propicia enorme insegurança e, no seu bojo, favorece tremendamente, nesse tema tão decisivo, doses elevadas de voluntarismo judicial. É realmente um paradoxo sem tamanho: insegurança fomentada pelo instituto, logo ele, que deveria ser o baluarte maior da segurança no reino processual.
- O caso é primoroso para se perceber a significação axiológica da coisa julgada. Quando a lei impõe limites à coisa julgada, há uma clara opção valorativa que está sendo realizada, em prol da contenção do poder estatal e também em favor da segurança jurídica. Assim, não é a mera sintaxe que determina a estreiteza dos limites objetivos da coisa julgada formada no processo vencido pelo Sport. São razões bem mais

transcendentes. Não raro, conforme lições clássicas, é na forma e na literalidade que a liberdade vai encontrar as suas maiores amigas.

- Acaso ainda tenha restado alguma dúvida, vários fatores desenvolvidos no trabalho podem ser invocados para desempatar de uma vez por todas a controvérsia. Quais sejam: a) uma leitura contemporânea da coisa julgada, atenta a valores de grande significação nos dias que correm; b) a ambiência material do caso, considerada a ampla autonomia concedida pela nossa Constituição ao setor desportivo; e c) os contornos do caso concreto, um caso complexo e *sui generis*, a ponto de merecer decisões antagônicas da autoridade desportiva (CND) e da justiça estatal. Tudo isso leva ao reforço dos limites da coisa julgada, evitando o esmagamento de debates que se façam indispensáveis no futuro. É, enfim, a aplicação da “regra de ouro” formulada para o equacionamento do caso: havendo qualquer dúvida, devem-se restringir, nunca ampliar, os limites da imunização imposta pela coisa julgada. Aplicada essa diretriz restritiva, mais certa ainda fica a rejeição da coisa julgada implícita.

Os fatos novos e sua influência no deslinde do caso (12)

- A chamada unificação dos títulos brasileiros de clubes realizada pela CBF — que em um segundo momento beneficiou o Flamengo — visou ao encerramento definitivo das recorrentes controvérsias que havia em nosso futebol acerca dos ganhadores de títulos nacionais. O que se quis, assumidamente, foi “passar a limpo” a história dos campeonatos brasileiros, agora que eles já atingiram estabilidade e solidez (como ocorre nas grandes ligas europeias). Vários times foram favorecidos pela unificação, sobretudo Santos e Palmeiras, alterando-se sensivelmente o *ranking* dos títulos do futebol brasileiro. Caso não fosse alcançado o Flamengo, vencedor do Módulo Verde de 1987, haveria fundada suspeita de agressão ao princípio isonômico.

- A ampla unificação promovida pela CBF, dentro da sua autonomia constitucional, nenhum parentesco tem com a demanda vencida pelo Sport. São contextos completamente distintos, enraizados em momentos históricos igualmente díspares. A demanda judicial discutiu aspectos regulamentares da confusa Copa União de 1987. Colheu pois o individual, o particular. Já o ato de unificação, em sintonia inteiramente diversa, ignorou conflitos regulamentares pontuais, fixando-se em uma problemática geral e abrangente do futebol brasileiro. Mirou o conjunto, o coletivo. São polos muito distantes. Se por hipótese o ato da CBF carecesse de judicialização — e não carece —,

teríamos uma nova causa de pedir, inequivocamente dissociada da causa veiculada na demanda proposta pelo Sport.

- Portanto, não há nada na unificação de títulos efetuada pela CBF que a possa indispor com a sentença proferida na demanda intentada pelo Sport. Além de o ato da CBF observar os limites objetivos da coisa julgada — dentro dos quais não se incluíram nem a exclusividade do Sport nem a declaração de que a conquista da Copa União seria a única forma de se obter a qualificação de campeão brasileiro de 1987 —, os motivos que inspiraram a CBF guardam completa autonomia em relação aos fundamentos da sentença favorável ao Sport. São atos que ocupam dimensões paralelas, sem nenhuma chance de interferência recíproca. Definitivamente: não houve violação à coisa julgada existente e nem desrespeito à sentença respectiva (lembrando que a noção de autoridade da coisa julgada não se confunde com a de eficácia da sentença).

- Resumindo ao máximo, o Sport é campeão brasileiro de 1987, esta sim uma situação coberta pela coisa julgada e perfeitamente consolidada. Mas não restou imunizada qualquer exclusividade do Sport. Em decorrência, permaneceu em aberto a possibilidade de uma nova regulação para o assunto. Essa peculiar “cinética” processual serve para eliminar qualquer dúvida a respeito da legitimidade do compartilhamento, entre Sport e Flamengo, do título de 1987. A CBF não poderia reconhecer o título do Flamengo *no lugar* do Sport; mas podia, sem qualquer problema, reconhecer o Flamengo como campeão de 1987 *ao lado* do Sport.

- Se pudéssemos expressar em uma sentença matemática o presente estudo de caso, ela ficaria assim: limites objetivos da coisa julgada restritos (neles não figurando a exclusividade pretendida pelo Sport) + fatos e fundamentos inteiramente novos (em relação à demanda proposta pelo Sport) = legitimidade plena do ato que reconheceu o título do Flamengo de 1987 (emitido o ato pela entidade que possui autonomia constitucional para regular o futebol brasileiro).

Encerre-se, finalmente. Além de interessar aos aficionados por futebol, o caso do título brasileiro de 1987 é muito rico para o direito processual. Numa situação absolutamente inédita, a dogmática da coisa julgada é chamada a intervir. Considerando os contornos do caso concreto e os valores em jogo — ingredientes fundamentais na processualística atual, eminentemente tópica e valorativa —, perseguimos, ao longo do estudo, um árduo troféu. Qual seja: em meio a tanta complexidade, chegar a uma

aplicação equilibrada do instituto da coisa julgada, à luz da tábua constitucional e do tempo presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ASSAF, Roberto. *História completa do Brasileirão – 1971/2009*. Rio de Janeiro: Lance, 2009.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In Luís Roberto Barroso (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 33, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BOGDAN. A justiça desportiva e o Poder Judiciário: uma análise à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Monografia de final de curso apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina, 2009

(<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos> - acesso em 30/06/11).

- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. Vol. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 9. ed. Salvador, Juspodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 4. ed. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.
- GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- _____. *Instituições de processo civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer com a seguinte ementa: “Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico”. *Revista Forense*, nº 353, jan./fev. 2001.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da coisa julgada (comentários ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo de Petição nº 11.227).

- Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. II, fascículo II, out. 1945.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol. *Revista de Processo*, nº 31, jul./set. 1983.
- _____. As lides de natureza desportiva em face da justiça comum: uma contribuição para a superação das dificuldades daí resultantes. *Revista dos Tribunais*, nº 631, maio 1988.
- MELO FILHO, Álvaro. Do contencioso desportivo: sugestão *de lege ferenda*. *Revista Forense*, nº 290, abr./jun. 1985.
- MIRANDA, Martinho Neves. *O direito no desporto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista Forense*, nº 388, nov./dez. 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro. In *Temas de direito processual: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada. In *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (coordenador). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, nº 112, out./dez. 2003.
- RAMOS, Rafael Teixeira. Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o Poder Judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, nº 13, jan./jun. 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual. *Revista Forense*, nº 410, jul./ago. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os limites “temporais” da coisa julgada). *Revista Jurídica*, nº 354, abr. 2007.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. In Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré (coordenadores.). *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

EFETIVIDADE NO PROCESSO ANTIEXACIONAL: A PERSECUÇÃO DA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NA EXECUÇÃO COLETIVA DO DIREITO INDIVIDUAL HOMOGENEO

Juliana Peralva Domingues

Advogada e Professora. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Mestranda em Sociologia e Direito (PPGSD) pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Resumo: A consolidação do Direito Processual Coletivo, enquanto ramo específico, é fenômeno contemporâneo; e, como tal, pelo débil arcabouço normativo vigente, exige estudo minucioso, buscando parâmetros que dêem azo a um tratamento de melhor efetividade à matéria. Efetividade esta, para o presente contexto, analisada à luz da repercussão da compensação tributária no âmbito da execução de sentenças coletivas, quando da tutela de direitos individuais homogêneos. Ainda o mais ao sê-la reforçada pela hodierna tendência às novas sentenças e aos novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional. Tal sistematização e análise constituem o objetivo precípua deste trabalho, que, acrescido do fato de que o processo coletivo revela-se um dos caminhos mais potencializados para um instrumento de tutela dos hipossuficientes, encontra na sua função social o seu porquê.

Abstract: The consolidation of Procedural Law Collective, as a specific branch of law, is a contemporary event, and as a result of it, your current legal framework is weak and requires careful study, being necessary to seek parameters which lead to a treatment of better effectiveness to the matter. This effectiveness, to the present context, is viewed in the light of the impact of the tax compensation under the enforcement of collective

sentence, in terms of the protection of homogeneous individual rights. That's reinforced by today's trend of new sentences and new powers of the judge to provide for judicial protection. That systematization and analysis are the main objective of this work, which, plus the fact that the collective process proves to be one of the most leveraged way to an instrument for the protection of disfavored people, find in its social function your why.

Palavras-Chave: Direito Processual Coletivo Antiexacional. Direitos e Interesses Individuais Homogêneos. Execução de Sentença Coletiva. Compensação Tributária. Efetividade Jurisdicional.

Keywords: Procedural Law Collective. Homogeneous Individual Rights. Enforcement of Collective Sentence. Tax Compensation. Jurisdictional effectiveness.

1 INTRODUÇÃO:

O Processo Coletivo, cujos contornos afeiçoam-se às necessidades de nossa época, já que atendem aos anseios da sociedade contemporânea, é tratado como um novo fenômeno. Como tal, o assunto apresenta dificuldades em sua abordagem, seja por não haver ainda esgotado todas as esferas das discussões, seja pelo fato de a ele serem, até então, aplicadas as normas relativas ao processo civil tradicional, que serve de conduto às pretensões individuais. E o processo coletivo apresenta características marcadamente diferentes daquelas.

Destarte, o foco deste estudo se centra na possibilidade de se perquirir a compensação tributária e suas principais consequências, ante a execução dos direitos individuais homogêneos, na qual a Fazenda Pública figure no pólo passivo.

Espera-se, com a tutela jurisdicional, a realização de atividade condizente com o direito material sob violação ou ameaça, inadmitindo-se, hodiernamente, que o direito se considere realmente tutelado com a mera declaração daquela, mas que o Poder Judiciário tenha condições de forçar a sua observação e, em conjunto com a Administração, ensejar a máxima efetividade e o acesso à justiça. À luz dessa assertiva, conduzido foi este trabalho.

Assim sendo, o Capítulo inicial se inclina a caracterizar e delimitar o objeto de trabalho, tecendo linhas gerais sobre o processo coletivo, conceituando o direito individual homogêneo e, por se voltar para a ação, inclusive as antiexacionais, perpassa pela litispendência e pela coisa julgada resultante do processo de conhecimento. Em continuidade, o Capítulo seguinte nos traz a necessidade da liquidação das sentenças condenatórias coletivas e genéricas, estabelecendo os procedimentos para tal, como caminho natural para a execução. E o Capítulo final, direcionando-se para a questão fazendária, apresenta a satisfação do direito pela compensação tributária e, por fim, enlaça execução, contra a Fazenda Pública, e efetividade da sentença coletiva, travando sérios questionamentos sobre o tema.

2 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: A TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:

No caminho da adequada formulação do processo coletivo, há que entendê-lo como “litigação” de interesse público primário¹, o que corresponde a demandas judiciais que envolvam a preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade (a exemplo dos interesses dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural). É por essa perspectiva que nele se incluem os direitos coletivos *lato sensu* e os direitos individuais indisponíveis, ambos de ordem social e pública. E mesmo havendo qualquer resistência à presença do interesse público - quanto às partes ou à natureza dos bens envolvidos -, as características da lesão e o elevado número de pessoas atingidas serão o diferencial na indicação do interesse primário necessário ao processo coletivo.

Como o objetivo deste trabalho não é destrinchar o direito e o processo coletivo como um todo, ater-nos-emos ao recorte do nosso objeto de estudo. Acima, ao falarmos em direitos coletivos *lato sensu*, tomamo-los por gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos. É deste último que nos ocuparemos. Isso porque o direito do contribuinte de não pagar

¹ Celso Antônio Bandeira de Melo (2006) diferencia interesse coletivo primário do secundário, em que o primeiro corresponde a um fundamento constitutivo, que vai legitimar o segundo, o qual - por sua vez - representa os interesses imediatos da Administração Pública. E exemplifica-os, o primário pelo fato de não se poder gravar os cidadãos de impostos além de certa medida e o secundário pela conveniência da Administração aumentar ao máximo (sem ferir o primário) os impostos.

certo tributo, por exemplo inconstitucional, toma ares de direito individual homogêneo, seja pela ausência da indeterminação dos sujeitos (determináveis pela incidência da norma tributária no caso concreto), seja pela divisibilidade de seu objeto, em função da Administração conferir certeza, liquidez e exigibilidade à obrigação tributária gerada, através, via de regra, do lançamento - procedimento administrativo que determina o montante do total devido e individualiza o sujeito passivo da obrigação (art. 142 do CTN). Características estas que afastam completamente a possibilidade da inserção da obrigação tributária entre os interesses difusos e coletivos, eminentemente caracterizados por sua natureza indivisível e pela indeterminabilidade dos interessados.

2.1 OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:

Direitos coletivamente tratados que, embora individuais, têm dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, esta decorrente da padronização ou massificação das relações jurídicas e das lesões daí conseqüentes, posto partirem de um fato social comum - a procedência da conduta comissiva ou omissiva da parte contrária geradora de um dano.

Logo, consideram-se homogêneos os direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir suas tutelas jurisdicionais de forma conjunta. Sendo-lhes, pois, possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo-os uns dos outros (margem de heterogeneidade). Àquele núcleo pertencem três elementos das normas jurídicas concretas: a existência da obrigação, a natureza da prestação devida e o(s) sujeito(s) passivo(s) comum(ns). A identidade do sujeito ativo (credor) e a sua específica vinculação com a relação jurídica, inclusive no que diz respeito ao *quantum debeatur*, se for o caso, são elementos pertencentes a um domínio marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos (ZAVASCKI: 2007).

O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência de se impetrar uma ação coletiva; o que a justifica é a economia processual proporcionada, além do acesso à justiça e da aplicação voluntária e

autorizativa do direito material. É justamente por essa razão que a sua sentença tem eficácia *erga omnes* (art. 103, III, CDC), *i.e.*, os titulares dos direitos individuais são abstrata e genericamente beneficiados.

Além disso, os direitos individuais decorrentes de lesões homogêneas, que se basearem em ínfimos valores, podem não ser suficientemente atrativos para a sua realização individual, já que provavelmente inexistirá motivação econômica para ajuizar uma ação visando reparar um prejuízo de pequena monta, mas que coletivamente podem representar uma soma substancial.

Nessa perspectiva, o pedido dessas ações é uma “tese jurídica geral” e as peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente. Daí, concluir-se que os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução.

2.1.1 Litispêndência e Coisa Julgada:

Torna-se relevante salientar alguns aspectos cruciais em relação às ações cujo objeto seja um direito individual homogêneo. Este tipo de ação não permite que os efeitos da coisa julgada coletiva beneficiem os autores das ações individuais propostas concomitantemente, a não ser que estas sejam suspensas no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104, CDC).

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, no caso dos direitos individuais homogêneos, a não ocorrência da coisa julgada e a possibilidade de propor novamente a ação não se vinculam à extinção da ação por insuficiência de provas, sendo que somente haverá coisa julgada *erga omnes* na hipótese de procedência do pedido (art. 103, III, CDC). E, em caso de improcedência da ação (qualquer que seja a causa), só aqueles que não estiverem habilitados como litisconsortes na ação coletiva poderão propor ações de indenizações individuais. O legislador, neste caso, não faz qualquer distinção ou ressalva quanto aos motivos da improcedência, de sorte que, em qualquer situação, fica inviabilizada a tutela futura dos direitos individuais homogêneos pela via da ação coletiva.

Improcedente a ação coletiva, a coisa julgada gerada não pode prejudicar os titulares dos direitos individuais (salvo se tiverem ingressado no processo coletivo como assistentes qualificados² ou se a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria³), não podendo ser ela inclusive utilizada pelo réu como defesa na ação individual para precipitar a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Se o autor da ação individual, cientificado da pendência da ação coletiva, requerer tempestivamente, no trintídio legal, a suspensão de seu processo, haverá a extensão *in utilibus*⁴ da imutabilidade do provimento jurisdicional de procedência do pedido na ação coletiva e, ao demandante individual, a seu favor, um título executivo. Se o pedido for julgado improcedente na ação coletiva, a suspensão do processo individual não acarretará ao seu autor qualquer gravame, portanto não será atingido pela coisa julgada coletiva, de maneira que o processo individual retomará o seu curso e a postulação formulada poderá ser acolhida, sem que haja qualquer vinculação do juízo ao pronunciamento do órgão jurisdicional da ação coletiva sobre a questão fática ou jurídica comum.

Ainda é possível que o autor da ação individual, a despeito da ciência nos autos da existência da ação coletiva, não requeira a suspensão do processo, exercendo, destarte, o seu direito de exclusão do âmbito da coisa julgada coletiva⁵. Logicamente, o trânsito em julgado da sentença de improcedência na ação coletiva em nada afetará o interessado, que poderá ter o seu pleito de reparação do dano individual acolhido. Por outro lado, o provimento jurisdicional de procedência do pedido da demanda coletiva não favorecerá o autor individual que não requereu a suspensão de seu processo. Ou seja, caso ainda não tenha sido prolatada sentença de mérito no processo individual, o

² O art. 13, §1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (USP) traz a possibilidade de qualquer interessado, inclusive litisconsortes, improcedente o pedido, propor ação a título individual.

³ Ver art. 37, § único, Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

⁴ Há o aproveitamento da “parte útil” do conteúdo do julgamento coletivo, ou seja, do provimento da ação coletiva aos titulares de ação individual suspensa.

⁵ CMI-A, art. 31, *caput*. Relação entre ação coletiva e ações individuais - *A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.* Ademais, pelo CDC, arts. 94 a 100, “poder” é o verbo de comando dos enunciados, o que implica na facultatividade dada ao interessado em aderir ou não à ação coletiva, sem prejuízo do ajuizamento da individual.

órgão jurisdicional poderá decidir a questão fática ou jurídica comum contrariamente ao pronunciamento emitido na ação coletiva. E a decisão de procedência na ação coletiva servirá, no máximo, como precedente, capaz de influir no convencimento do magistrado da ação individual.

Nos casos de vinculação da tutela individual à coletiva, para minimizar a possibilidade de decisões divergentes sobre a mesma questão de direito, envolvendo pessoas que estão em uma mesma situação de fato-tipo, a exemplo dos contribuintes, pode-se fazer uso da súmula vinculante (art.103-A, CRFB)⁶, permitindo ainda o julgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A, CPC). Ou seja, no caso de direitos individuais homogêneos, as ações coletivas brasileiras se prestam à finalidade precípua de eliminar ações individuais repetitivas quando procedente o pedido, remanescendo a necessidade da liquidação do dano individual; se improcedente, o seu potencial de contenção de litigiosidade é debilitado. E, como qualquer interessado pode ajuizar a sua demanda individual, certa é a emissão de julgamentos variados e antagônicos, conforme a convicção do magistrado – muito embora a decisão nas ações coletivas traga alguma influência sobre as ações individuais, mesmo quando denegatória no mérito, visto que a natural amplitude da discussão no processo coletivo age como fator de reforço da convicção jurisdicional.

Em sentido oposto, o sistema nacional de ações coletivas, estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor, determinou a ocorrência da coisa julgada material entre os colegitimados e a contraparte, i.e., a impossibilidade de propor novamente a demanda coletiva caso haja sentença de mérito (*pro et contra*)⁷, atendendo, assim, aos fins do Estado na obtenção da segurança jurídica e respeitando o devido processo legal com relação ao réu que não se expõe indeterminadamente à ação coletiva (chamado “devido processo social”).

⁶ CRFB, 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. § 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...].*

⁷ Porque ocorre tanto para o benefício do autor, com a procedência da demanda que confirma sua pretensão, como em seu prejuízo, como declaração negativa de um direito.

Em síntese, a ação coletiva não substitui a individual, não esgota o seu objeto, nem possibilita, de *per si*, a resolução da mesma lide ou a obtenção total dos mesmos resultados ou efeitos obtidos na ação individual. Uma, porque o pedido, na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, limita-se à declaração da obrigação genérica de indenizar pelo fato, não se postulando a reparação de qualquer lesado determinado, o que dependerá de posterior liquidação coletiva ou individual. E a ação individual, ao contrário, tem por pedido a indenização específica, privativa do autor ou autores em litisconsórcio facultativo. Outra, porque, apesar de o legislador (art. 104, CDC) - imbuído do propósito de evitar, pelo ajuizamento da ação coletiva pertinente, o congestionamento do Poder Judiciário com várias ações relativas a direitos individuais homogêneos e de garantir tratamento isonômico aos jurisdicionados em situações idênticas - prever a faculdade de o autor individual requerer a suspensão da sua demanda até o desfecho da ação coletiva, para que possa beneficiar-se da sentença de procedência proferida na última, a Lei 7.347/85⁸ e o Código de Defesa do Consumidor⁹ sozinhos se mostram ineficientes para alçá-lo.

Destarte, a persistência do modelo vigente choca-se com a tendência e o movimento de outorga de eficácia vinculante às decisões dos Tribunais Superiores e reduz a efetividade do processo coletivo, ferindo, inclusive, os princípios constitucionais da razoabilidade e da isonomia. Incongruência à parte, deixemos, por ora, tal crítica, para que possamos dar o devido prosseguimento ao nosso estudo: se tratamos da coisa julgada, de sentença proferida em processo de conhecimento, fato é que se está diante de um título executivo judicial, com o qual se inicia a liquidação e a execução daquela sentença coletiva.

⁸ “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 16).

⁹ Arts. 103 a 104 - CDC.

3 O PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO E A EXECUÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:

Foi outorgada a eficácia de título executivo a todas as sentenças que declararem a existência de obrigação a ser cumprida pelo réu (art. 475-N, I, CPC, acrescido pela Lei nº. 11.232/2005)¹⁰, caso das sentenças mandamentais¹¹ - quando afirmarem a existência de obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa - e das executivas *lato sensu* - quando se referirem à obrigação em dinheiro -, ambas de caráter condenatório (DINAMARCO: 2007). E a sentença não é satisfativa de *per si*, como a condenatória, depende de técnica executiva. Assim também o é com as ações em que figure como sujeito passivo a Fazenda Pública, que, por sua particularidade¹², exige, em regra, ação autônoma de execução.

A *priori* existe, então, uma necessária vinculação da proteção de interesses individuais homogêneos com as tutelas ditas ressarcitórias (pecuniárias) – a opção pela via condenatória¹³ aparece de fato no Código de Defesa do Consumidor e, ao que se pode notar, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (arts. 26, 27 e 30 - CBPC-IBDP: 2007), em que a ação reparatória mais desponta como uma maneira de se amoldar, devido às suas características, aos interesses individuais homogêneos do que uma tentativa de restringi-los (ARENHART: 2007, p. 219). O que não implica

¹⁰ CPC, art. 475-N. *São títulos executivos judiciais: I- a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia [...].*

¹¹ Há doutrinadores, como Cassio Scarpinella Bueno, que negam o caráter condenatório da sentença mandamental. Pontes de Miranda, inclusive, rotula tal sentença de executiva ou mandamental. Aqui, defende-se a idéia de que obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa não se dá por execução, mas por outros mecanismos - no máximo, chamados de execução indireta - que dependem muito mais da boa vontade do obrigado do que, propriamente, do juiz ou do aparato jurisdicional por ele representado. Deixando, portanto, o *status* de condenatória à sentença que condena em pagamento em dinheiro.

¹² Dada a impenhorabilidade dos bens públicos, subordina-se às normas gerais de execução contra a Fazenda Pública, que - em sendo condenação por quantia certa - dar-se-á por meio dos precatórios e da requisição do pagamento de débito de pequeno valor.

¹³ Para Teori Albino Zavascki: [...] *refogem ao âmbito da legitimação extraordinária em causa pretensões de outra natureza, notadamente a constitutiva, cuja sentença, com eficácia imediata e concreta, independentemente de posterior ação de execução, não é compatível com provimentos de natureza genérica. Ademais [...], a sentença constitutiva não comportaria a opção, que o sistema criou em favor do titular do direito material, de se submeter ou não à ação coletiva e de executar ou não, em seu favor, a sentença genérica que nela vier a ser proferida.* (ZAVASCKI: 2004, p.43)

excluir as demais vias de proteção destes direitos. Por isso mesmo, o STJ¹⁴, embora admita a outorga de sentenças com outras eficácias, acaba por limitá-las às tutelas mandamentais e executivas.

Tais tutelas se amoldam ao fato de os direitos individuais homogêneos não serem direitos coletivos propriamente ditos, antes são direitos individuais de massa e, como tal, possuem instrumento de proteção próprio (ação civil coletiva e mandado de segurança coletivo), cuja característica é a condenação genérica - por não especificar o montante devido a cada vítima do dano, resultando apenas no dever de indenizar - com posterior liquidação e execução (individual ou coletiva, da pretensão individual coletiva¹⁵ ou da pretensão coletiva residual - esta última chamada *fluid recovery*)¹⁶.

3.1 O CAMINHO DA EXECUÇÃO: O PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO:

A liquidação, com a Lei 11.232/2005, não é mais buscada em processo autônomo de liquidação de sentença, deve ser buscada numa fase do processo, certificando o direito e efetivando a decisão judicial (chamada liquidação-fase). A despeito dessa lei, ainda hoje subsistem o processo autônomo de liquidação - em que ela é objeto de um processo de conhecimento autônomo, instaurado com essa exclusiva finalidade, geralmente para título executivo extrajudicial - e a liquidação incidental - em que ela ocorre como: a) um incidente processual da fase executiva do procedimento; ou b) um incidente processual do processo autônomo de execução (DIDIER & ZANETI, 2008, p. 403).

¹⁴ STJ, 1ª Seção, EREsp 475.566/PR, rel. Min. Teori Zavascki, DJU, 13.09.2004, p. 168.
STJ, 5ª T., AgRg no REsp 676.239/RS, rel. Min. Laurita Vaz, DJU, 01.08.2005, p. 535.

¹⁵ De pouca aplicabilidade prática, e, por isso, por nós não examinada. Nesse caso, a execução coletiva é necessariamente individualizada, abrangendo o grupo de vítimas cujas indenizações já foram fixadas na(s) sentença(s) de liquidação (art. 98, CDC). É assim denominada porque proposta por um legitimado coletivo, tendo em vista que seu objeto é composto por pretensões individuais já liquidadas. Para Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 462) trata-se de ação pseudocoletiva, formada pela soma de parcelas identificadas de direitos individuais. Segundo ele, nem a liquidação nem a execução da norma jurídica concreta do art. 98, do CDC, é coletiva, ainda o que legitimado o seja (desde que a lei autorize a legitimidade extraordinária), pelo simples fato de que o direito tutelado é individual puro.

¹⁶ V., nesse sentido, STJ, 1ª T., REsp 487.202/RJ, rel. Min. Teori Zavascki, DJU 24.05.2004, p. 164.

Para o presente estudo, interessa-nos a liquidação incidental, uma porque a sentença judicial coletiva, transitada em julgado, é título executivo judicial, sendo por ela, no caso da tutela coletiva, buscadas a liquidação e a execução; outra por ter este trabalho como foco o processo judicial antiexacional, contra a Fazenda Pública, cuja execução em regra será feita por processo autônomo de execução.

A falta de previsão no Código de Processo Civil sobre a liquidação da sentença coletiva não impede a interpretação de que o regramento geral também se lhe aplica – logo, pode tal liquidação se dar, segundo os arts. 475-C e 475-E do CPC, por arbitramento¹⁷ ou por artigos¹⁸. Via de regra, a sentença coletiva relacionada a direitos individuais homogêneos tem sua liquidação buscada por cada um dos titulares individuais, em processo autônomo (caso de liquidação incidental). Não se pode esquecer, por óbvio, da liquidação e execução coletivas, promovidas por um substituto legal, que dar-se-ão nos próprios autos do processo de conhecimento, sem prejuízo das liquidações e execuções individuais daí pertinentes (cf. art. 97 e 98 *caput c/c* § 2º do art. 98 da Lei 8.078/90); tampouco se poderia olvidar que, superada a fase de habilitação e liquidação dos direitos individuais, cujo prazo é de um ano, cabe liquidação e, por certo, execução da *fluid recovery* nos mesmos autos do processo principal de conhecimento (art. 100, Lei 8.078/90). Nestes dois casos, a liquidação será apenas uma fase do processo de conhecimento, mesmo quando se tratar de direitos individuais homogêneos.

3.1.1 Condenação Genérica e Necessidade de Liquidação:

A) A Execução Individual da Sentença Coletiva:

Conforme já exposto, se o pedido na ação coletiva for julgado procedente, haverá a extensão da imutabilidade do julgamento aos interessados - às vítimas, ou seus

¹⁷ Mediante atividade de perito judicial, objetivando fixar o valor de certo bem ou de determinada prestação (art. 475-C, CPC), sendo utilizada: a) quando sentença ou convenção das partes impuser o seu uso; e b) quando a natureza do objeto da obrigação assim o exigir. Incide o contraditório, devendo a parte contrária ser comunicada para, querendo, participar (art. 475-A, §1º, CPC), indicando assistente técnico, apresentando quesitos ou ainda acompanhando o resultado da perícia ou a decisão judicial a seu respeito.

¹⁸ Feita quando, para a determinação do valor da condenação, houver necessidade de se alegar e provar fato novo (art. 475-E, CPC) - aquele que ficou de fora da condenação por não ter sido alegado, em virtude de autorização legal, na fase de conhecimento e que tenha influência direta na apuração do *quantum debeat*. Tem o intuito de apurar o dano existente e o nexo de causalidade entre este e o fato apurado na fase de conhecimento.

sucessores, do ato praticado pelo réu da demanda coletiva - que estarão exonerados da propositura de ações cognitivas individuais para a tutela de sua situação pessoal, em razão de já ter se formado título executivo em seu favor. Essa ampliação subjetiva alcança os indivíduos que intervieram no processo coletivo como assistentes - e não propriamente como litisconsortes de acordo com a dicção legal -, bem como aqueles que não ingressaram naquela relação processual (regra da coisa julgada *secundum eventum litis*).

De igual sorte, havendo procedência em ação coletiva referente a direito ou interesse difuso ou coletivo, a coisa julgada material se expande (extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva ao plano individual) para beneficiar os lesados individuais, servindo-lhes como título de uma execução individual.

Em ambos os casos, a efetiva reparação da lesão individual estará condicionada apenas à propositura da liquidação e da execução individual, seguindo, em linhas gerais, o sistema do Código de Processo Civil e em consonância com o art. 97 do CDC (que cuida da sentença condenatória *in pecunia*), quando deverá ocorrer a prova do dano individual, do seu nexos com o fato apurado na ação coletiva e do montante dos prejuízos. A liquidação tem, portanto, por objetivo verificar a extensão do dano e a identidade da vítima.

O pronunciamento do juízo do processo coletivo sobre questão fática ou jurídica comum - que é premissa, ou questão prejudicial da condenação individual - vincula o juízo da liquidação e execução individual, que não pode manifestar-se em sentido contrário. A existência do dever genérico de indenizar não é mais discutida nos processos individuais, nem negada pelo órgão judiciário, ficando a cognição restrita à prova do dano e da inserção da situação individual na responsabilidade genérica definida na sentença coletiva (art. 475-G, CPC¹⁹) – é o princípio da fidelidade à sentença liquidanda ou ao título.

B) A Execução Coletiva da Sentença Coletiva:

Há, ainda, a execução coletiva da sentença coletiva, mesmo em nível de direitos individuais homogêneos. Nesta, a liquidação da sentença pelos legitimados do

¹⁹ CPC, art. 475-G - *É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.*

art. 82, do CDC²⁰, é sempre diferenciada daquelas promovidas pelas vítimas ou seus sucessores, o que está claro no art. 100, do CDC - pelo qual a liquidação coletiva tem por finalidade exatamente definir o *quantum* da lesão globalmente causada e não o dano individualmente sofrido por cada um dos lesados individualmente considerados -, que dispõe que os legitimados do art. 82 somente poderão propor tal liquidação se houver decorrido o prazo de 01 (um) ano sem que tenha havido qualquer iniciativa dos interessados ou sem que tenha habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano²¹ (é *residual*, vez que o objetivo da liquidação é apurar o “*quantum* residualmente devido”)²².

Entre os legitimados elencados no art. 82, do CDC, em função do foco deste trabalho ser o processo judicial antiexacional, em que o Fisco figure no pólo passivo do processo, ressalvam-se: i) o Ministério Público, pelo fato dos direitos individuais homogêneos se tratarem de direitos disponíveis; ii) União, Estados, Municípios e Distrito Federal e iii) entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, casos em que haveria coincidência dos sujeitos processuais. Restando²³, pois, as Associações legalmente constituídas há pelo menos um ano²⁴. Este último extensível aos partidos políticos, com representação no Congresso Nacional, aos sindicatos e às entidades de classe²⁵, para mandado de segurança coletivo, conforme art. 5º, LXX, “a” e “b”, da Constituição Federal.

²⁰ De acordo com a Professora Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 887), os legitimados do art. 82 agem como representantes processuais e não como legitimados extraordinários, pois não agiriam em nome próprio, mas em nome das vítimas identificadas na liquidação.

²¹ A expressão “número (in)compatível com a gravidade do dano” infere em conceito indeterminado. Consubstancia em técnica legislativa que proporciona flexibilidade à norma, gerando também um espaço maior de liberdade ao juiz, como aplicador da lei.

²² O objetivo daquela regra é impedir que o condenado na ação coletiva envolvendo direitos homogêneos individuais esteja em situação de vantagem, quando se confronto o resultado obtido com a conduta danosa e a reparação a qual foi submetido judicialmente.

²³ O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 34, CBPC-IBDP: 2007) estenderia a representação, para liquidação e execução individuais das sentenças coletivas, mediante instrumento de mandato, às Defensorias Públicas, nada esclarecendo sobre a liquidação e execução coletivas das sentenças coletivas.

²⁴ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 140.097-SP, Rel. Min. César Rocha, em 04/05/2000, decidiu que, pela relevância do bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição, superior a um ano.

²⁵ Desde que os direitos individuais homogêneos sejam conexos com os fins da entidade.

Veja que a legitimidade prevista no art. 82 serve apenas e exclusivamente para a propositura do pedido genérico de reparação e, com a sentença condenatória transitada em julgado²⁶, tal legitimação desaparece, reaparecendo se der o decurso do prazo de 01 (um) ano sem a iniciativa dos interessados. Antes deste tempo, o pedido formulado por quaisquer legitimados (art. 82, CDC) deverá resultar na extinção do processo de liquidação sem julgamento do mérito por faltar uma das condições para o exercício da ação: a legitimidade para agir. Pois, aqui não há legitimidade concorrente (e sim subsidiária) entre os ditos legitimados e os titulares dos direitos individuais homogêneos.

A liquidação coletiva tem em mira a obtenção de um *quantum* que irá, pela insignificância das liquidações individuais, diante da gravidade do dano (art. 100, CDC), integrar o Fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública. Discute-se, portanto, se nesta liquidação coletiva haveria um “*desvio*’ da finalidade primeira da decisão sobre direitos individuais [...] que seria exatamente reparar os danos individualmente sofridos” (WAMBIER & WAMBIER: 2008, p. 275). Sendo, entretanto, esse “desvio” justificável pela necessidade de dar efetividade ao processo e pela destinação de tais recursos a outros tipos de atividades dirigidas à proteção da coletividade.

De acordo com o que se estabelece no art. 83, CDC²⁷, as ações coletivas devem ter condições de propiciar “a adequada e efetiva tutela” do direito protegido, é de bom alvitre então que os recursos sejam preferencialmente destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo isto possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que ela se repita.

Com relação ao produto da execução que se reverte ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos - *fluid recovery* ou “indenização fluida” ou “recuperação fluida”, trata-se dos valores referentes aos titulares dos direitos individuais recuperados para garantir o princípio da tutela integral do bem jurídico coletivo. Importante trazer uma ponderação de Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p.466): “*não pugnamos pela possibilidade de que seja possível a utilização da reparação fluida (art. 100 do CDC) quando as liquidações individuais sejam oriundas da coisa julgada ‘in utilibus’*”.

²⁶ Note-se que para Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 384-385), o prazo pode começar a correr antes do trânsito em julgado se o recurso contra decisão exequenda não tiver sido recebido com efeito suspensivo.

²⁷ CDC, art. 83 - *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.*

Após um ano, todavia, não haverá prejuízo para novas habilitações de vítimas ou seus sucessores que, ainda assim, poderão liquidar seus danos individualmente, pois a falta de habilitação da maioria dos interessados não pode determinar que a minoria que não foi inerte venha a perder o seu direito - este é o entendimento de Arruda Alvim (2006, p. 447). Cabem as observações críticas de Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 465), que teme por eventual *bis in idem*, tendo em vista a exigüidade do prazo de 01 (um) ano, que pode acarretar a situação de a liquidação fluida começar e terminar antes mesmo de o indivíduo ter promovido a sua liquidação individual.

Também seria possível a existência de liquidações distintas e concomitantes, promovidas individualmente pelas vítimas (ou sucessores) e por qualquer um dos legitimados do art. 82, hipótese em que incide o disposto no art. 99 do CDC: “*Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei 7.347(...) e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento*”. Caso em que deveria suspender o processamento da liquidação coletiva, porque o valor a ser apurado na liquidação individual deverá ser compensado.

Vê-se, com todo o exposto, que a execução coletiva de direito individual homogêneo esbarra com problemas de ordem prática. Muito acertadamente Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 466) entende que melhor teria feito o legislador se tivesse fixado o prazo de início da reparação fluida para o fim do prazo prescricional de exercício judicial do direito reconhecido como existente na sentença condenatória genérica.

De toda forma, acolhendo nossa tese, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, em seu art. 36, §4º (CBPC-IBDP: 2007), dispõe que: “*Enquanto não se consumir a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido*”. Caso em que seria possível obter alguma segurança em relação às indenizações já pagas, mas também em relação às que estivessem em curso, tendo em vista a existência de certeza que daí para frente não poderia surgir nenhuma nova ação. Solução razoável seria também permitir ao juiz, no âmbito do controle jurisdicional da demanda, determinar qual o momento em que, arrefecidas as liquidações e execuções individuais, ficariam autorizadas a liquidação e a execução coletiva. Do contrário, prazo

prescricional muito extenso poderia prejudicar a efetividade da função para a qual foi estabelecida a “fluid recovery”.

3.2 A EXECUÇÃO NA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA:

Transitada em julgado a sentença, após o trâmite dos recursos cabíveis na liquidação²⁸, ou seja, passada a liquidação, citada é a Fazenda Pública para opor embargos à execução²⁹, no prazo de 30 dias³⁰ (art.730, *caput*, CPC); sendo estes parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada (art. 739-A, §3º, CPC)³¹ - relativamente ao valor equivalente à parte incontroversa³². Não apresentados ou rejeitados que sejam, o juiz, após o trânsito em julgado que julgar improcedentes os embargos³³, determina a execução.

A execução da sentença em ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, mediante extração da certidão de sentença, é regulada pelos arts. 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser promovida, como já visto, pelas vítimas e seus sucessores (execução individual), bem como pelos legitimados em lei

²⁸ A liquidação incidental como: a) Incidente processual da fase executiva do procedimento de execução - decisão interlocutória proferida à etapa de cumprimento da sentença requerida, objetada mediante mero incidente de impugnação, que, por sua vez, é oponível por agravo de instrumento, importando em extinção da execução, caberá apelação; b) Incidente processual do processo autônomo de execução - se encerra, em primeira instância, com a decisão interlocutória, posto não pôr fim a nenhuma fase do procedimento, é ela agravável (art. 522, CPC) - por agravo de instrumento (art. 475-H, CPC). Se, no entanto, essa decisão interlocutória versar sobre o mérito da pretensão de liquidação, tem aptidão para, tornando-se irrecorrível, fazer coisa julgada material. Como liquidação-fase: encerra uma fase cognitiva do procedimento em primeira instância, seu julgamento gera uma sentença - impugnável por agravo de instrumento (art. 475-H, CPC).

²⁹ Os embargos à execução, opostos pela Fazenda, pela necessidade do trânsito em julgado da sentença de sua interposição, devem ter efeitos suspensivos, afastando a possibilidade de execução provisória.

³⁰ Não se aplica a regra do art. 188, CPC - que dá à Fazenda prazo em quádruplo para contestar - porque não se trata de defesa.

³¹ Art. 739-A, § 3º, CPC. “Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante”.

³² Que não se confunde com o fracionamento vedado no §4º, do art. 100 da CRFB/88.

³³ O ato do juiz que rejeita liminarmente os embargos, indeferindo, desde logo, a petição inicial (art. 295, CPC), ostenta o cariz de sentença, Logo, cabível, apelação, a ser recebida no duplo efeito. No curso do procedimento dos embargos, pode haver a prolação de decisões interlocutórias, que, em princípio, são atacadas por agravo retido, o qual deve ser reiterado nas razões ou contra-razões de apelação. Somente será cabível agravo de instrumento, se houver grave lesão ou de difícil reparação, ou na hipótese de inadmissão da apelação, ou, ainda, da decisão relativa aos efeitos em que recebe a apelação (art. 522, CPC).

para promover a ação (substitutos processuais), caso de execução coletiva. A despeito da importância dos direitos coletivos, não existe norma que privilegie a sua execução; subordinam-se eles às normas gerais de execução contra a Fazenda Pública, que - em sendo condenação por quantia certa - dar-se-á por meio dos precatórios e da requisição do pagamento de débito de pequeno valor.

E, em termos de precatório, os pagamentos devidos pela Fazenda devem limitar-se ao teto previsto nos orçamentos (ou créditos extraordinários adicionais), aprovados pelo Legislativo (art. 167, II, CRFB/88). Assim, os débitos da Fazenda só poderão ser saldados se o montante devido para tanto estiver previamente incluído no orçamento do respectivo órgão. Logo, as condenações somente serão pagas mediante precatório, expedido pelo Judiciário, e dirigido à entidade condenada, que deverá incluir o débito em seu orçamento, para pagamento, em futuro exercício financeiro, conforme a possibilidade da pessoa de direito público, ou seja, na medida da disponibilidade financeira da entidade para os exercícios futuros. Destarte, os valores requisitados serão incluídos no orçamento do ente condenado e pagos conforme a ordem da apresentação dos precatórios (art. 730, CPC).

Já os créditos de pequeno valor são saldados diretamente pela entidade devedora por meio da expedição de ofício requisitório pelo juízo da condenação, cujo procedimento é disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais Federais. Não há propriamente um procedimento para a “execução”, limitando-se o juiz a requisitar do condenado o montante suficiente a saldar o crédito fixado em sentença. E, requisitado o pagamento, a entidade condenada terá o prazo de 60 dias para providenciá-lo, mediante depósito em agência da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, à disposição do Juízo. Não atendida a requisição judicial, poderá o juiz determinar o seqüestro da quantia suficiente a saldar o crédito devido (art. 17, §2º, da Lei 10.259/2001). Tal seqüestro não se presta a atacar eventual violação na ordem de pagamentos da Fazenda, mas sim a dar efetividade à decisão judicial, que não foi cumprida pelo devedor.

Assim, transitada em julgado a decisão favorável aos legitimados da ação coletiva, faz-se a liquidação, por cálculo ou arbitramento, apurando-se os valores a que faz jus cada legitimado. Esses valores variam de conformidade com a situação pessoal de cada litisconsorte ativo. Uns poderão situar-se dentro dos limites do *quantum* legalmente definido como sendo de pequeno valor, na forma do § 3º, do art. 100, da

CRFB/88, fixados em sessenta salários-mínimos³⁴. Outros poderão situar-se além desse limite, impondo-se, pelo que, o pagamento por via de precatório.

Nada impede também de os legitimados (coautores)³⁵, de comum acordo, solicitarem a expedição de um único precatório com a discriminação de valores cabíveis a cada um – o que importar-se-ia à “*fluid recovery*” por lhe ser mais palpável. Não podendo a lei ou o Presidente do Tribunal impedir que cada coautor receba o que lhe é devido, desde que - evidentemente - situado dentro do valor limite definido na lei de cada ente político devedor, ou, na sua ausência, do limite fixado no art. 87 do ADCT, acrescentado pela EC 37/2002.

4 A SATISFAÇÃO DO DIREITO PELA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA:

No que tange os instrumentos de tutela dos direitos individuais homogêneos, ao mandado de segurança pode-se agregar a condição de demanda coletiva, não fazendo, por isso, juízo particular e individualizado dos direitos subjetivos tutelados, mas sim juízo genérico sobre o núcleo de homogeneidade desses direitos. Ressalta-se que o mandado de segurança, de acordo com a Súmula 213 do STJ, é a ação adequada para obter o efeito de compensar, objeto deste estudo, pois visa à tutela de direito líquido e certo na ocorrência de lesão ou ameaça à lesão de ato abusivo praticado pela autoridade administrativa tributária. Nada impede, pois, que nesse mesmo instrumento se conjugue as duas hipóteses cogitadas: a veiculação de uma pretensão de direito individual homogêneo cumulada com pedido de impedimento da exigência do tributo que, em face da compensação tributária, o contribuinte deixou ou vai deixar de pagar – posto preferir compensar no lugar da satisfação dessa dívida pela via dos precatórios.

Embora a lei atribua ao contribuinte o direito de fazer a compensação, podendo esta dar-se independentemente de qualquer procedimento judicial, caso ele se veja diante de atos normativos infralegais que restrinjam tanto o próprio direito de compensar quanto o modo de exercitá-lo, tendo justo receio de vir a ter não homologado o

³⁴ O § 5º, do art. 100 (CRFB/88) faculta à lei de cada entidade política fixar valores distintos conforme a sua capacidade financeira. São duas as delegações ao legislador ordinário: definir as obrigações de pequeno valor e distinguir valor em função da capacidade financeira de cada entidade devedora.

³⁵ HARADA, Kiyoshi. *Precatórios de pequeno valor. Parcelamento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1065, 1 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8394>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

lançamento com a devida compensação que venha a fazer, pode o contribuinte se valer do mandado de segurança – posto serem questões exclusivamente de direito. Como também o poderia nos casos em que a Administração questiona o entendimento do contribuinte sobre o haver sido indevido o pagamento do tributo objeto da compensação.

E a condução da satisfação do crédito obtido pelo contribuinte perante a Fazenda, por meio da compensação tributária, é meio mais célere e eficaz do que a subordinação desse mesmo crédito ao sistema precatorial – não se incluindo nessa assertiva a requisição de pagamento de débito de pequeno valor. Isso porque os precatórios apresentados até 1º de julho deverão ser obrigatoriamente incluídos no orçamento da entidade, para pagamento até o final do exercício seguinte (art. 100, §1º, CRFB/88); tal obrigatoriedade é limitada pela disponibilidade orçamentária do ente condenado (art. 100, §2º, CRFB/88). Por isso, freqüentemente, os precatórios apresentados até aquela data não são pagos no exercício financeiro seguinte, por conta de insuficiência de recursos para saldar todos os débitos, ficando postergados para o exercício financeiro subsequente ou para mais adiante. E, por seu turno, os precatórios apresentados depois de 1º de julho, que deveriam ser encaminhados para inclusão no orçamento seguinte ao próximo, obedecem a ordem cronológica, estendendo-se no tempo.

Por compensação tributária se entende o “encontro de contas” entre a Administração e o contribuinte, ou seja, a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários (os devidos pelo contribuinte por realizar fato gerador de determinado tributo) com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do contribuinte contra a Fazenda Pública (os devidos pela Fazenda em ações antiexacionais procedentes – como seria o caso da ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos).

A compensação tributária – modalidade indireta (por lei) de extinção do crédito tributário – está prevista nos arts. 170 e 170-A do CTN, sendo vedada mediante o aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. Carece a compensação de lei autorizativa, conforme a dicção do art. 170 do CTN. Tal pressuposto é o motivo de

constante confusão entre a compensação a que se reporta o Código Tributário Nacional com aquela autorizada pelo artigo 66, da Lei 8.383/91, de âmbito federal.

Cuida o Código da compensação de créditos tributários, com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública. Caso em que depende de prévia anuência da autoridade fazendária, que promoverá a anterior verificação do *quantum* devido. Os objetos da compensação, aqui, são, de um lado, um crédito tributário, que é por natureza líquido e certo, posto que constituído pelo regular procedimento administrativo de lançamento; e do outro, um crédito que o sujeito passivo daquela relação tributária tem junto a um devedor qualquer, que pode ser a própria Fazenda ou terceiro.

Já a Lei 8.383/91, em seu art. 66, permite a compensação dos tributos federais com a mesma destinação constitucional ou quando arrecadados pelo mesmo sujeito ativo, ou seja, para tributos de mesma espécie³⁶. Concerne à compensação no âmbito do lançamento por homologação, o que não depende de prévia anuência da autoridade fazendária; e a verificação do *quantum* pela autoridade se dá posteriormente. Aqui, a compensação autorizada é apenas de créditos do contribuinte, ou responsável tributário, contra a Fazenda Pública, decorrentes de pagamento indevido de tributos ou contribuições federais, com tributo da mesma espécie, relativo a períodos subseqüentes. Os objetos da compensação, neste caso, são, de um lado, um futuro crédito tributário e do outro, um crédito que o sujeito passivo da relação tributária tem perante a Fazenda Pública. Não exige a lei que se trate de crédito líquido e certo, posto que, limitando o direito à compensação aos valores concernentes a tributo pago indevidamente, tem como suficiente o reconhecimento de que realmente era indevido o tributo. A compensação autorizada pelo art. 66, da Lei 8.383/91, tem a mesma natureza de pagamento antecipado, não extingue o crédito tributário, ou o extingue sob condição resolutória de ulterior homologação (art. 150, §1º, CTN). Negada essa homologação, anula-se a extinção e abre-se oportunidade a lançamento de ofício.

E ainda é levado, ao âmbito do instituto da compensação, o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§2º, art. 78, ADCT); em que o não pagamento de determinada parcela do precatório acarretaria o vencimento antecipado

³⁶ Tributos de mesma espécie são os instituídos e arrecadados pela mesma pessoa jurídica e com igual destinação – Resp 252.241/RJ, j. 03.12.2002

das demais, porque devem elas ser anuais, iguais e sucessivas, o que habilita o titular do precatório extinguir o débito tributário junto à Fazenda devedora até o montante total representado pelo valor das parcelas vencidas por antecipação.

Aparece, nesse contexto, discussão doutrinária sobre a validade da compensação - que tem por característica se operar somente entre tributos (art. 170 do CTN) - feita entre crédito proveniente de precatório e o crédito tributário, o que configuraria uma dação em pagamento, seria tal questionamento imprescindível se não fosse o fato de que, na hipótese do processo antiexacional trabalhada, o crédito que originou o precatório tenha natureza igualmente tributária³⁷.

De plano, cabe salientar que ao estudo em voga não comporta alusão ao §2º do artigo 78 da ADCT, porquanto, embora comumente lhe tenha dado por nome “compensação tributária”, o caso, que difere do regime geral previsto no art. 100 da CRFB/88, é de moratória sobre precatórios judiciais já constituídos e pendentes de pagamento na data da publicação da EC 30/2000, sendo, pois, medida especial, como o foi o artigo 33 da ADCT, para forçar o regular pagamento dos precatórios não depositados no prazo legal.

Situação outra é a do objeto de nossas pesquisas, por tratar da compensação dependente de lei autorizativa, quando da exigência pelo Fisco de tributo inequivocadamente indevido ou inconstitucional, por ser suscetível de tutela coletiva. Afastamos, portanto, a compensação objeto de homologação ulterior (art. 66, da Lei 8.383/91), por contemplar basicamente situação de tributo pago indevidamente³⁸ por conta do contribuinte, o que melhor condiz com direitos individuais e não coletivos.

³⁷ Em analogia ao disposto item IV no RE 593646 / SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 23/11/2009: “Em conformidade com o que dispõe o art. 66, parágrafo 1º, da Lei nº 8.383/91, a compensação somente poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie e destinação orçamentária, daí porque as parcelas da contribuição para o salário-educação (DL 1.422/75, e Decretos ns. 76.923/75 e 87.043/82) podem ser compensadas com parcelas vencidas do próprio salário-educação (Lei nº 9.424/96)”.

³⁸ A compensação autorizada pelo artigo 66, da Lei 8.383/91, diz respeito especialmente aos casos de lançamento por homologação, cuja averbação e cálculo é de responsabilidade do contribuinte, que assume o risco da operação e, por isso, independe de qualquer procedimento administrativo preparatório.

4.1 A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO COLETIVA PELA VIA DA COMPENSAÇÃO:

Assim, o crédito tributário decorrente da procedência de ação de repetição de indébito, submete-se à regra geral insculpida no artigo 100 da CRFB/88, devendo seu pagamento ser efetuado por meio de precatório ou requisição de pequeno valor. É facultado ainda ao contribuinte manifestar a opção pela compensação do crédito (RE 591440 / SC –Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. em 04/03/2010).

Embora a compensação, desde que cumpridas as exigências legais, não se situe dentro da esfera de discricionariedade da Administração, constituindo-se em direito subjetivo do contribuinte (STF, AC 1964 / PR – Rel^a. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 11/03/2008), a compensação com um precatório que não seja o primeiro da lista de preferência pretere aqueles que estão em posição anterior (RE 585288 / DF –Rel^a. Min. ELLEN GRACIE, j. em 02/02/2010). Logo, haveria a impossibilidade de se implantar a compensação no momento da execução como substitutiva do precatório. Do contrário, a pronta interposição do pedido de compensação poderia não só representar burla a ordem cronológica de pagamento do sistema precatorial, como também extrapolar as dotações orçamentárias previstas para o exercício financeiro em que correria. Aqui, sob o fundamento do princípio da razoabilidade, a questão da plena satisfação do direito individual homogêneo há que ser delineada pela segurança jurídica da ordem econômica.

Em relação ao precatório, o aproveitamento do crédito nele representado, para garantir execução movida contra o seu titular, importa, por vias transversas, espécie de compensação tributária. E em execução fiscal só é admitida a compensação de créditos mediante expressa autorização legislativa, conforme resulta do art. 170, *caput*, CTN. Deste mesmo dispositivo, se extrai, inequivocamente, que a norma não consagra direito à compensação, apenas confere ao legislador ordinário a faculdade de 'autorizar a compensação de créditos tributários'. Destarte, ausente autorização legislativa, inviável a compensação de créditos de precatório com débitos da Fazenda Pública. Se a compensação de créditos constantes de precatórios com débitos tributários vencidos não está autorizada em lei, aplicar, pura e simplesmente, o regime da compensação prevista no direito privado para as relações de direito tributário abriria perigosa via para fraudar

o modo de pagamento dos precatórios, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar (STF, AI 699198 / RS – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 14/04/2008).

E, sem lei específica, a compensação só pode ser operada de forma indireta, no bojo de uma execução fiscal onde o executado, credor da Fazenda Exequente, tenha oferecido à penhora os direitos decorrentes do precatório judicial³⁹.

Vê-se, com isso, que, em primeiro plano, a facultatividade da elaboração de lei autorizativa de compensação obsta a efetividade da execução ou satisfação do crédito tributário devido. No tocante à execução de uma tutela coletiva que trata de direitos individuais homogêneos, pode ela se dar, como já visto, individual ou coletivamente (caso do *fluid recovery*), desde que em consonância com os requisitos e critérios - por nós já desenvolvidos no corpo do trabalho - que lhes são demandados. Impera neste ponto os subprincípios da continuidade da demanda e do interesse público na execução integral, visando, com isso, a máxima efetividade e o acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

Todavia, ainda que haja a possibilidade de conversão, em razão da celeridade e efetividade processual, da condenação por quantia certa em compensação tributária, nas causas tributárias ajuizadas contra a Fazenda Pública, sob o critério da facultatividade, aquela é uma opção eminentemente da “execução individual” (receber o precatório ou compensar); quanto à “execução coletiva”, por esta ser feita por um legitimado extraordinário, obrigatoriamente deve ela ser ressarcida por meio dos precatórios, seja porque o interessado individual pode, na proporção que lhe é devida, “resgatar” a indenização pelo seu dano, que lhe ficaria, em princípio, garantida através do Fundo, seja porque a tais legitimados (substitutos processuais) - como o sindicato e o partido político - não lhes é dado compensar, vez que o direito é titularizado por terceiros – e, mesmo se deles também o fosse, sua imunidade tributária para impostos faria com que, em tese, a compensação não fosse plausível ou possível.

Neste último ponto, faz-se necessário observar que a imunidade tributária dos representantes processuais é em relação a impostos - uma das espécies de tributo (art.

³⁹ HARADA, Kiyoshi. *Precatórios judiciais e compensação tributária*. Em: <http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=573>, acessado em 25 de Março de 2010.

150, VI, c, CRFB/88)⁴⁰, não a tributos como um todo; já a compensação, pelo Código Tributário Nacional (art. 170 c/c art. 156, II)⁴¹ - que contém as normas gerais de Direito Tributário -, fala em “créditos tributários”, ou seja, créditos decorrentes de tributo (gênero). Assim, conquanto se possa proceder à compensação, tal atividade em nada impede que o interessado venha a resgatar o seu crédito no sindicato, *v.g.*, desde que não decaído o seu direito. O que não significa um desvio de finalidade, pois o sindicato - por exemplo - recolhe contribuição sindical, tendo, pois, um “Fundo” próprio (melhor, receita própria), podendo, com este, restituir o Fundo coletivo. Obviamente haveria a necessidade de fiscalização e, provavelmente, de um prévio depósito ou penhora em garantia. O intuito aqui não seria se utilizar ele próprio de um benefício coletivo, mas aproveitar a possibilidade da compensação, como mecanismo célere e eficaz do resultado do processo. Na prática, entretanto, a administração do Fundo não é feita pelo autor da ação coletiva, *i.e.*, não fica a cargo do legitimado extraordinário (da associação); do contrário, é revertida para o próprio ente estatal, constituindo-se em receita pública – o que esvazia a finalidade precípua da execução coletiva, contra a Fazenda Pública.

Se formos pensar mais profundamente, veremos que o mandado de segurança coletivo pode conjugar a proteção dos direitos individuais homogêneos com a compensação tributária - por ser ação propícia tanto para um quanto para outro - e, apesar da sentença proferida ser declaratória⁴², sua eficácia pode ser sim executiva⁴³. Logo, como instrumento adequado para veicular essas duas hipóteses em conjunto, só se

⁴⁰ CRFB/88, art. 150 - *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI- instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; [...].*

⁴¹ CTN, art. 170. *A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. [...]*

CTN, art. 156, II. *Extinguem o crédito tributário: [...] II - a compensação; [...].*

⁴² O direito à compensação pode e, no geral, é feito por meio de sentença declaratória, tanto por via de mandado de segurança como por ação declaratória de inexistência da relação jurídica tributária.

⁴³ *“Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente”* (REsp 502.618/RS, 1ª Seção, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 01.07.2005).

lhe aplica a execução individual dos direitos acidentalmente coletivos. Vê-se, com isso, que, nas ditas hipóteses, o legislador afastou a execução por via do “*fluid recovery*”.

Fato é que o bem jurídico tutelado e a repercussão social da demanda não sofrem modificações, uma vez que o processo de conhecimento é único, apesar de haver duas maneiras de se executar aquele processo coletivo de direitos individuais homogêneos (pela via coletiva ou individual); logo, parece um exagero um tratamento tão desigual em função do tipo de execução feita (até poderia caber um diferenciado dada às peculiaridades de cada qual, mas um desigual não). Afastar totalmente o cabimento do mandando de segurança para compensação em execução coletiva contra a Fazenda fere os princípios constitucionais defendidos nesta redação.

Assim, precatório, requisição de pagamento e compensação são as únicas formas⁴⁴ de sanar a dívida fazendária de pagamento de quantia certa. A última só para débito de natureza tributária. Tais mecanismos executórios, como foi visto, possuem imperfeições do ponto de vista prático. Não é o caso, no entanto, de se buscar outras maneiras de se efetivar o direito garantido no título. Mas de amadurecer os mecanismos já existentes. O que aqui se assera também se aplica aos instrumentos de tutela dos direitos coletivos. Logo, os direitos tutelados pela via das ações coletivas necessitam de uma tutela jurisdicional executiva de resultados efetivos. E falar em jurisdição destituída de instrumentos que permitam realizar materialmente o direito, tal como ocorre, implica em reduzir significativamente sua importância e razão de ser.

5 CONCLUSÃO:

Diante do panorama necessário ao entendimento das questões – que permeiam os direitos individuais homogêneos – elucidadas no decorrer deste trabalho, *mister* se faz debruçar tais direitos à luz dos seus adequados instrumentos a fim de que, por servirem ao processo judicial antiexacional, propiciem a eficácia executiva da pretensão a que se busca: notadamente uma sentença condenatória que enseja uma execução por quantia certa.

A execução da sentença em ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, mediante extração da certidão de sentença, é regulada pelos arts. 97 a 100

⁴⁴ Veja que o sequestro só a sana em função do inadimplemento daqueles; trata-se, pois, de forma de reparação sancionadora.

do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser promovida pelas vítimas e seus sucessores (execução individual), bem como pelos legitimados em lei - substitutos processuais - para promover a ação (execução coletiva). Apesar da importância dos direitos coletivos, não existe norma que privilegie sua execução; subordinam-se eles às normas gerais de execução contra a Fazenda Pública, que - em sendo condenação por quantia certa - dar-se-á por meio dos precatórios e da requisição do pagamento de débito de pequeno valor.

Quanto à restituição dos valores recolhidos indevidamente, pode ela se dar por meio de ação declaratória ou por sentença condenatória contra a Fazenda, na qual se emita precatório, podendo este - a pedido do contribuinte - ser substituído pelo instituto da compensação. Lembrando que, em cognição sumária, o juiz não pode aferir liquidez de crédito oriundo de indébito tributário, ou seja, o pedido que se pode fazer em mandado de segurança que visa à compensação do crédito tributário só pode dizer respeito ao reconhecimento do direito do contribuinte em proceder à compensação; reservando-se, expressamente, à autoridade fazendária o direito, também inalienável, de fiscalizar se a compensação será efetivada adequadamente ou se será realizada de acordo com os comandos legais.

Todavia, a mera opção pela compensação não é, de *per si*, condição para a plena satisfação do direito do credor-contribuinte, esbarrando com obstáculos que vão desde “ausência de lei autorizativa para proceder a compensação” a “restrições do instituto, sem fundamento legal, à execução individual dos direitos individuais homogêneos tão-somente, tendo por prejudicada a execução coletiva”.

Vemos, assim, que inúmeros são os percalços por que passa o processo que visa à tutela de um direito individual homogêneo; por isso, a importância de se estudar com mais afinco os meandros, por nós deparados em todo o caminho processual, que obstam a real efetividade da sentença coletiva, a fim de que o magistrado de fato promova a harmonização entre os institutos de Direito e a justiça social.

Hodiernamente, porque a efetividade é o signo que marca as modernas preocupações processuais, discute-se o papel do juiz como intérprete de dispositivos legais para sanar as lacunas do Direito positivista e se aplicar aos casos concretos uma norma garantidora de resultados que satisfaçam a realização do direito pleiteado pela via processual, a que pese trazer inovações como alternativa para aquela satisfação.

Mas, se o Poder Judiciário exerce papel preponderante dentro das relações de poderes, pelo fenômeno da judicialização tanto política quanto das relações sociais, no caso do processo tributário - a despeito da dimensão de um direito que se assume coletivo - é condição “*sine qua non*” que o Executivo com ele interaja. Estamos, pois, diante de um contencioso administrativo que é atravessado pelo judicial, em que este só existe por conta daquele.

Com toda essa atividade conjunta, questiona-se - principalmente porque no Direito Comparado, a exemplo da Alemanha, já foi implantado e funciona - se há, nos casos de atividades estritamente administrativas, como é o Direito Tributário, a necessidade de acionar indiscriminadamente o Judiciário. Ao ponto de se forçar, atualmente, o aperfeiçoamento e o desenvolvimento da *justiça administrativa*, tornando imperativa, para tal, a necessidade de adaptação das leis e da doutrina, e desde que se promova o princípio da harmonização processual entre as duas esferas cognitivas (a administrativa e a judicial), conjugado com o princípio da efetividade de suas tutelas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Eduardo Arruda. *Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini et. all (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini et. all (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Cumprimento da sentença e Processo de Execução: ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias*. In: *Execução Civil*. DIDIER Jr., Fredie (coord.). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6ª ed., Bahia: Editora Podivm, 2008.

_____. *Execução Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

- _____. *Ações Constitucionais*. 2ª ed., Bahia: Editora Podivm, 2008.
- DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Vol. 4. 3ª ed. Bahia: Podivm Editora, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed., Vol. 4. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Direito Processual Coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. *Precatórios de pequeno valor. Parcelamento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1065, 1 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8394>>. Acesso em: 25 jun. 2009.
- HARADA, Kiyoshi. *Precatórios judiciais e compensação tributária*. Em: <http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=573>, acessado em 25 de Março de 2010.
- MACHADO, Hugo de Brito Machado. *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. São Paulo: RT, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2ª ed., vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINS, James. *Ações Coletivas em Matéria Tributária*. São Paulo: Revista de processo, 1995.
- _____. *Fundamentos do Processo Tributário e Execução Fiscal*. Caderno de Direito Tributário. São Paulo: EMAGIS, 2006.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT, 2005.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 8. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. RePro 78/42, São Paulo: RT, abr.-jun., 1995.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para Direitos Individuais Homogêneos e para Direitos Transindividuais*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. all* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a Liquidação e a Execução das Sentenças Coletivas*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. all* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre a crise do processo de execução: algumas sugestões voltadas à sua efetividade*. In: *Execução Civil*. DIDIER Jr., Fredie (coord.). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

PROVAS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JUIZ E DAS PARTES DE ACORDO COM PROJETO DO NOVO CPC

Juliano Oliveira Brandis

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

Miller Freire de Carvalho

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

Resumo: O presente artigo destina-se a avaliação do papel das partes e dos poderes do juiz durante a produção de provas no curso do processo civil, de acordo com as inovações trazidas pelo Projeto de Lei do Senado n. 8.046/2010, que trata do Novo Código de Processo Civil.

Abstract: The present article has the goal to evaluate the role of the parties and of the judge in producing evidences on the civil procedure, according to the inovations brought by Bill 8.046/2010, currently in the brazilian Senate, that formulates a New Civil Procedure Code.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Projeto. Inovações. Provas. Poderes do Juiz.

Keywords: Civil Procedure Code. Bill. Inovation. Evidences. Judge's role.

Sumário: 1. Introdução – 2. Análise principiológica do tema proposto – 3. Alteração da ordem de produção das provas – 4. Iniciativa probatória do juiz – 5. Utilização de prova emprestada – 6. Inversão do ônus da prova – 7. Forma de inquirição das testemunhas – 8. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução:

Os fatos podem criar direitos quando as normas jurídicas os apontam como aptos e suficientes para tanto, mas também podem impedir a constituição de direitos ou extinguirem e modificarem o direito constituído. Desse modo, o acolhimento da pretensão manifestada pela parte, seja na ação, seja na defesa, pressupõe a demonstração da veracidade dos fatos que a fundamenta.

Dá a importância para as partes da demonstração em juízo dos fatos controversos e a razão pela qual a elas é assegurada ampla liberdade em matéria probatória. A prova funciona, para a parte, como condição de possibilidade do gozo do direito assegurado pela ordem jurídica, sendo a liberdade de prova uma exigência do processo justo e democrático.

Lembra Leonardo Greco, ao discorrer sobre o conteúdo mínimo das garantias fundamentais do processo, que as partes “*devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário*”¹.

Contudo, a justa solução dos conflitos e a realização concreta do direito assegurado pela ordem jurídica também interessam à sociedade². Em decorrência desse interesse

¹ *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

² Essa ideia de que o interesse no processo civil não se limita às partes, mas se estende à sociedade foi bem anunciada por José Carlos Barbosa Moreira: “*Em todo e qualquer feito existe uma dimensão de interesse público, no sentido de interesse que toca ao público, à população em geral. Nem poderia ser de outro modo, se considerarmos que o processo é instrumento de jurisdição, e portanto exercício do poder estatal (...). Creio não exagerar se disser que ao juiz, quando lhe cabe julgar uma causa, é impossível prever a extensão integral do terreno que sua sentença direta ou indiretamente afetará, assim como o menino que atira uma pedrinha ao lago é incapaz de adivinhar até onde chegarão os círculos concêntricos que seu gesto simples desenha na superfície da água. (...) Extraio sem hesitar a conclusão: a rigor, não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade*”.

social, ao juiz deve ser conferido o poder de determinar a produção de provas que considerar imprescindível à solução do conflito de interesses. A iniciativa probatória do magistrado, entretanto, não é aceita por todos. Em oposição àqueles que a admitem, parcelas da doutrina e da jurisprudência criticam a concessão desse poder ao juiz, ao argumento principal de violação da imparcialidade³.

O atual caráter público do direito processual exige atuação do juiz especialmente quando a atividade probatória das partes tiver restado insatisfeita. As regras sobre o ônus da prova não mais autorizam a passividade do magistrado, caracterizando-o como mero expectador. Nem por isso deixa de ser correta a proposição de Bentham, citada por Moacyr Amaral Santos, de que “(...) *el arte del proceso no es otra cosa que el arte de administrar las pruebas*”. Ademais, afirma ainda o referido autor na mesma obra: “*O dever do juiz é dizer e investigar a verdade. Para isso se acha munido de poderes extensos, concedidos pela sociedade, e encontra auxiliares nos próprios litigantes, que estão obrigados a fornecer-lhe os meios de investigação*”⁴.

A verdade é que, na atual evolução do direito processual, consubstanciada na garantia do devido processo legal, ou do processo justo, não pode o juiz guiar-se, na apreciação dos fatos controvertidos, apenas pela sua consciência, suposições e impressões pessoais. As decisões judiciais, para serem legítimas, devem ser proferidas também e principalmente com fundamento nas provas colhidas durante a instrução probatória, sempre com a observância dos princípios e garantias processuais.

Assim, a atuação do juiz e das partes em matéria probatória, sob o prisma dos princípios e garantias processuais, a partir das inovações propostas pelo PL n. 8.046/2010, que visa instituir um Novo Código de Processo Civil, em substituição ao atual, é o tema que se propõe abordar nas próximas páginas.

Alguns críticos do Projeto do Novo Código de Processo Civil cometem o erro de atribuir ao seu texto normativo um suposto alargamento dos poderes do juiz. Neste artigo constata-se, exclusivamente no que tange os poderes instrutórios dos juízes, que a Comissão apenas ratificou nos dispositivos da matéria probatória a jurisprudência

(*O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de Direito Processual. Oitava Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 29/40).

³ Neste aspecto Montero Aroca: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.

⁴ *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I. p. 9.

majoritária dos tribunais superiores, bem como procurou ratificar o entendimento da maioria da doutrina.

2. Análise principiológica do tema proposto:

Antes de se adentrar especificamente na análise de alguns dispositivos do PL n. 8.046/2010, torna-se fulcral a contextualização principiológica da atuação das partes e do juiz no cenário do direito probatório.

O direito à produção de provas é um direito subjetivo público das partes que pode ser extraído do art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, do texto constitucional, quando este se refere, respectivamente, ao acesso à justiça, ao princípio do devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O Estado, na tentativa de tutelar os interesses que lhe são submetidos, deve possibilitar às partes a produção de todas as provas que entendam necessárias para a comprovação dos fatos relacionados à apreciação do direito material.

Todavia, no direito pátrio, também é permitido aos juízes a iniciativa probatória, em caráter subsidiário à iniciativa das partes, o que leva alguns autores a chamarem a atenção para os efeitos colaterais de se conferir esses poderes instrutórios aos juízes, sob influência do sistema da *common law*, em que tradicionalmente a iniciativa probatória fica restrita às partes.

O princípio dispositivo e o princípio inquisitivo são amplamente estudados no Brasil. O primeiro, que permite apenas às partes a produção de provas, historicamente prevalece no sistema processual da *common law*, típico dos países anglo-saxônicos, enquanto o segundo, que possibilita o exercício de poderes instrutórios pelo juiz, se mostra mais presente nos países que adotam o modelo da *civil law* de tradição romano-germânica⁵.

Especialmente no direito inglês, que tradicionalmente adota o sistema da *common law*, é possível notar a ocorrência de um movimento de ampliação dos poderes

⁵“The world’s modern legal systems are for convenience usually divided into two major groupings, the ‘common law’ and the ‘civil law’ countries. The United States is a member of the common law family, like other nations with legal roots in England. Most other countries share the civil law tradition, which originated in the Roman Empire and then spread to Continental Europe.” (CHASE, Oscar G., e HERSHKOFF, Helen. *An introduction and overview*. In: *Civil litigation in comparative context*. Thomson West. 2007. p. 3).

instrutórios do juiz⁶. A aproximação desses dois sistemas evidencia-se em alguns ordenamentos jurídicos, mas não pode ser estudada como um movimento global, visto que, nos Estados Unidos, por exemplo, a adoção do sistema *adversarial* permanece inabalável⁷.

Fala-se também em um sistema misto, isto é, aquele em que coexistiriam o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo dentro de um mesmo ordenamento jurídico⁸.

No Brasil, o sistema processual confere poderes instrutórios aos juízes, embora prevaleça o princípio dispositivo. Assim, de início, a produção de provas é ônus das partes. Subsidiariamente, admite-se a produção de provas de ofício pelo juiz, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. Este entendimento afigura-se fundamental para evitar que o juiz se transforme em um autêntico investigador⁹.

O art. 333, do CPC, promove a divisão do ônus probatório entre as partes, ao dispor que enquanto cabe ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito alegado em juízo (art. 333, I), ao réu incumbe comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele (art. 333, II).

Desta feita, o processo civil foi criado, *a priori*, para servir como instrumento de apreciação das ações que se relacionam com o direito privado, especialmente o Direito Civil. Historicamente, os juízes sempre tiveram uma postura inerte, se preocupando em

⁶ Nesse aspecto José Carlos Barbosa Moreira: “*Para começar, mudanças sensíveis vêm afastando o mundo anglo-saxônico do modelo clássico do adversary system, para dar ao órgão judicial função de maior relevo na atividade de instrução. A figura do juiz ‘passivo’, que se limitava a receber dos litigantes os elementos de convicção sobre os fatos, já não corresponde, por exemplo, àquela que se desenha no vigente direito inglês. É certo que as Civil Procedure Rules não chegam a atribuir expressamente ao órgão judicial o poder de determinar de ofício a realização de provas; mas decerto lhe outorgam amplas faculdades de controle da atividade probatória (...)*”. (Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: Temas de Direito Processual. Nona Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 57).

⁷ “*Já nos Estados Unidos, a produção da prova continua quase que exclusivamente nas mãos das partes que, por intermédio de seus advogados, conduzem o trabalho investigatório no procedimento denominado discovery, não mais adotado com essa amplitude na Inglaterra*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 84).

⁸ “*L’indagine comparatistica pone in luce una realtà ben diversa, basata su tentativi di mediazione concreta fra le soluzioni teoricamente estreme. In tal modo, le divergenze si riducono, per mezzo di modelli misti – meglio caratterizzabili, di volta in volta, come “dispositivi” o come “inquisitori” attenuati – in cui coesistono, secondo proporzioni variabili, strutture “antagonistiche” ed elementi “inquisitori”*”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 187).

⁹ Segundo Humberto Theodoro Júnior: “*O juiz, porém, deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo. A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não de atividade extra-autos, sugerida por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares auridos pelo magistrado fora do controle do contraditório. O juiz pode ordenar a produção das provas não requeridas pela parte, mas não pode tornar-se um investigador ou um inquisidor*”. (Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I. p. 493).

deixar a critério das partes a produção das provas, motivo pelo qual era incontestável que o escopo desse ramo processual seria a busca da verdade formal¹⁰ e não a busca da verdade material ou substancial.

Todavia, é fundamental a utilização dos poderes instrutórios pelo juiz para garantir a moralidade do processo, o que poderá evitar a prolação de decisões nitidamente injustas. Usa-se como exemplo a hipótese, já citada por Cândido Rangel Dinamarco, na qual o juiz julga improcedente um pedido formulado em ação de investigação de paternidade pelo fato de o autor não ter requerido a produção de prova pericial, no caso, exame de DNA. Decisão como esta, inevitavelmente, provoca o descrédito do Poder Judiciário e, acima de tudo, revela o despreparo do juiz na utilização dos mecanismos processuais previstos no Código de Processo Civil, que lhe permitem a produção de prova pericial *ex officio* nessa hipótese.

Todas as prerrogativas de iniciativa probatória previstas nos artigos 125, inciso I, 130, 342, 418, inciso I, 437 e 440, do CPC, demonstram essa preocupação do legislador em criar um modelo de juiz que não fique submisso à atuação das partes durante a atividade probatória.

O garantismo processual dá um passo à frente, porque se preocupa com a forma como a decisão se edifica (contraditório) e com os meandros da decisão propriamente dita (motivação) e não apenas com o caminho percorrido até se chegar a ela¹¹.

A hipótese de uma decisão final que não leve em conta as provas produzidas nos autos, assim como a que se baseie em uma interpretação absurda das normas, ofende, de sobremaneira, a necessidade de o juiz motivar adequadamente as suas decisões¹².

¹⁰ Sobre as origens da verdade formal ensina Leonardo Greco: “*Essa indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas todos estes seguramente não satisfazem aos ideais democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juizes na credibilidade das suas decisões*”. (*Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II. pp. 101/102).

¹¹ Sobre a necessidade de o juiz abordar as matérias alegadas nos autos, Leonardo Greco expõe que “*De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão. Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados*”. (*Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286).

O juiz garantista deve, *ab initio*, verificar se todas as garantias processuais restaram devidamente respeitadas durante o transcorrer do procedimento, especialmente o contraditório participativo. Após, deve verificar se a sentença proferida foi adequadamente motivada, ou seja, se levou em conta as provas produzidas em contraditório e baseou-se numa interpretação razoável do direito material envolvido.

Classicamente, o princípio do contraditório é compreendido como ciência e participação. Ademais, qualifica-se pela necessidade de o juiz conferir às partes a possibilidade de influírem nas decisões¹³. Exatamente por isso, aliás, deverá ser sempre prévio¹⁴.

O contraditório envolve também a participação do juiz¹⁵. Este sempre deverá promover o diálogo entre as partes e expor suas dúvidas, de modo a assumir uma postura ativa na direção do processo, nos termos do art. 262, parte final, do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do impulso oficial.

O princípio da motivação e o princípio do contraditório são, de certa maneira, o coração que faz pulsar o processo, no sentido de que a comunhão entre esses dois princípios é responsável, em grande parte, por dar legitimidade democrática às decisões do Poder Judiciário. Pelo contraditório, o juiz permite que as partes construam os seus pontos de vistas sobre a realidade dos fatos e construam também o conteúdo da decisão.

¹² Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “O artigo 131 do Código de Processo Civil, ao fixar a regra do livre convencimento, manda que este se forme com base nos elementos de provas existentes nos autos, o que levou a doutrina a definir a regra do livre convencimento motivado (José Rogério Cruz e Tucci). Motivando adequadamente, o juiz presta conta de sua conduta às próprias partes, aos órgãos superiores da Magistratura e à opinião pública, para os devidos controles e particularmente para aquele que se faz em via recursal”. (Instituições de Direito Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 248).

¹³ “O processo é um instrumento de composição de conflito – pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão”. (DIDIER Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008. v. I. p. 45).

¹⁴ “Contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação, através de liminares cautelares ou antecipatórias, ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou do retardamento da decisão (Oliveira). Corrado Ferri chega a afirmar que o prévio contraditório é um instrumento de civilidade jurídica e que o contraditório a posteriori distorce e reduz o sentido da garantia”. (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005).

¹⁵ “A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 220).

Pela motivação, o juiz comprova que esses pontos de vistas foram, no mínimo, analisados, e que, baseado nessa pluralidade participativa, ele enquadrou os fatos à norma dentro de uma interpretação razoável do direito material.

3. Alteração da ordem de produção das provas:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(omissis)

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de provas adequando-os à necessidade dos conflitos, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

Art. 346. As provas orais serão produzidas na audiência, preferencialmente nesta ordem:

I - o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do parágrafo único do art. 463, caso não respondidos anteriormente por escrito;

II - prestarão depoimentos pessoais o autor e depois o réu;

III - serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados e o Ministério Público não poderão intervir ou apartear, sem licença do juiz.

Art. 442. O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras.

Parágrafo único. O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no *caput* se as partes concordarem.

A atual evolução do processo civil não permite que o juiz seja visto como mero aplicador do direito material do texto legal ao caso concreto, tal como o juiz *bouche de la loi*. A concepção publicista do processo, em contraposição à ideia privatista, tem permitido um progressivo aumento dos poderes outorgados ao juiz, para bem desempenhar as suas atividades. Nessa ampliação de poderes, destaca-se, no âmbito do PL n. 8.046/2010, o reforço dos poderes especificamente instrutórios – aqueles concedidos ao juiz na instrução da demanda para o alcance da mais ampla produção probatória possível. Aos magistrados confere-se o poder de adaptabilidade do procedimento.

O Código de Processo Civil em vigor, ao regulamentar os procedimentos, impõe a observância de uma ordem na produção das provas. No tocante à prova documental, por exemplo, o primeiro a produzi-la deve ser o autor, junto com a inicial, observadas algumas exceções. Ao réu incumbe produzi-las após o autor e em conjunto com a contestação. No depoimento pessoal e na oitiva das testemunhas, a mesma cronologia é verificada. Primeiro, ouve-se o autor; após, o réu. Primeiro, são colhidos os depoimentos das testemunhas do autor; em seguida, os depoimentos das testemunhas do réu.

Essa ordem própria de produção das provas advém do ônus probatório e justifica-se pelo princípio do contraditório. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito. Só então, ciente das provas produzidas pelo autor, tem o réu o ônus de provar algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo daquele direito. Caso, por exemplo, considere não comprovado o direito autoral, pode se eximir de produzir contraprovas. O que, todavia, não seria possível se tivesse que produzir suas provas antes do autor.

Fixados os pontos controvertidos da lide, seja no despacho saneador, seja em audiência, às partes é assegurado o direito de produção de prova pericial e oral. A audiência de instrução e julgamento, do procedimento ordinário, e a audiência preliminar, do procedimento sumário, são os momentos adequados para que sejam

tomados os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos, o depoimento pessoal das partes e a inquirição das testemunhas.

Não obstante a regra do art. 452, do atual CPC, não excepcionar essa ordem, doutrina e jurisprudência têm admitido a sua inversão, especialmente quando inexistente qualquer prejuízo para as partes. Aduzem, com efeito, que como o Código de Processo Civil, ao exigir a observância daquela ordem, não impôs cominação de nulidade, o ato, conforme preceitua o art. 244, não pode ser considerado inválido, se foi capaz de alcançar a sua finalidade.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira admitem a inversão da ordem de depoimentos (peritos, partes e testemunhas), prevista no art. 452, do CPC, agora no art. 346 do Anteprojeto, a critério do juiz, de ofício ou a requerimento, mediante justo motivo. Aliás, aduzem ser “*até comum na prática forense. É o que ocorre, por exemplo, quando uma das testemunhas por motivos profissionais ou de saúde, solicita que sua oitiva seja postergada*¹⁶”. Afinal, continuam eles, nada “*justifica que, num ordenamento que consagra o dever do juiz velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II), um atraso justo de uma das partes, testemunhas ou especialistas, implique a paralisação de toda a sessão de audiência para a sua prolongada espera*¹⁷”.

Em consonância com a instrumentalidade e efetividade do processo, afastando qualquer ideia de formalismo exacerbado, o PL n. 8.046/2010 permite ao magistrado modificar a ordem de produção dos meios de provas, tanto que o art. 346 é expresso sobre a preferência (e não obrigatoriedade) da ordem do colhimento das provas orais.

Ao conferir esse poder instrutório ao juiz, o Anteprojeto, a princípio, não impõe restrições no tocante às espécies de provas, mas apenas exige que a modificação da ordem legal seja realizada como forma de adequação à necessidade dos conflitos. Em decisões motivadas, portanto, poderá o juiz nos casos peculiares alterar a sequência de produção das provas, sempre com observância do contraditório.

Confirmando a regra do art. 413 do CPC, a regra do PL n. 8.046/2010 mantém a ordem de oitiva das testemunhas. Primeiramente, serão ouvidas as testemunhas do autor; depois, as do réu. Contudo, mesmo no atual sistema, essa ordem não é absoluta, podendo ser alterada pelo magistrado, a despeito da ausência de previsão expressa,

¹⁶ *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 243.

¹⁷ *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 243-244.

como a proposta pelo parágrafo único do art. 442, do Anteprojeto, no caso concreto, desde que observado o princípio do contraditório. A própria previsão de produção antecipada da prova testemunhal, em razão de urgência, atribui certa elasticidade àquele comando normativo.

À primeira vista, a norma do art. 442, parágrafo único, impõe como requisito a concordância das partes – não prevista no art. 118, inc. V, ambos do mencionado PL –, para a alteração da ordem de produção da prova testemunhal.

Ao enumerar os poderes do juiz, o PL n. 8.046/2010 lhe assegura a possibilidade de alterar a ordem de produção dos meios de provas, adequando-o à necessidade dos conflitos, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico. Em consonância com essa regra genérica, o parágrafo único do art. 442 também prevê essa possibilidade, mas exige, para que as testemunhas do réu sejam ouvidas antes das testemunhas do autor, que ambos concordem.

A modificação da ordem legal pode ocorrer por iniciativa do juiz, a pedido das partes ou do representante do Ministério Público. Em qualquer situação, a lei exige que autor e réu estejam de acordo. A concordância, contudo, pode ser expressa ou tácita. Ao juiz incumbe intimar as partes, através de seus procuradores, para manifestarem, no prazo mínimo de cinco dias, sobre tal medida. Apenas no caso de discordância devem manifestar expressamente, inclusive com as suas razões. O silêncio implicará em concordância tácita, assim como o desacordo sem justificativa ou com motivos desarrazoados.

Da decisão do juiz que alterar a ordem de produção das provas, inclusive de oitiva das testemunhas, não caberá agravo de instrumento, por não configurar hipótese legalmente prevista. Assim, em decorrência da adoção pelo PL n. 8.046/2010 do sistema de irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, a parte deverá suscitar tal matéria em apelação.

Ademais, apesar de o art. 442, parágrafo único, do Anteprojeto, não ser expresso, a discordância das partes quanto à ordem de inquirição das testemunhas deve ser justificada. Ao juiz cabe decidir sobre a sua conveniência ou não, ainda que autor e réu estejam de acordo. Em situações comuns, em que não haja nenhuma peculiaridade, a sequência legal deve ser obedecida.

A inversão na ordem das provas pode atuar, inclusive, a favor da celeridade. Em casos em que há dúvidas sobre a necessidade da prova pericial, o juiz pode inverter a ordem legal e determinar primeiramente a oitiva das testemunhas para somente após deferir a prova pericial. Com a prova documental e testemunhal devidamente introduzidas nos autos, o juiz poderá decidir de maneira mais segura sobre o cabimento da prova técnica.

Por derradeiro, o inciso V, do art. 118, do PL n. 8.046/2010, também acertadamente possibilita ao juiz a dilação dos prazos durante a fase instrutória do processo, uma vez que durante a produção de provas, comprovada a ausência de má-fé, deve prevalecer a flexibilização do procedimento¹⁸, sob pena de um formalismo excessivo¹⁹ impedir o alcance da prestação jurisdicional adequada²⁰.

4. Iniciativa probatória do juiz:

Art. 354. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Até o início do século passado, tolhia-se a participação do juiz no tocante à iniciativa probatória. Como estava adstrito à regra das Ordenações, devia ele julgar *“segundo o que achar provado de uma ou de outra parte, ainda que lhe a consciência*

¹⁸ Para Leonardo Greco: *“As limitações procedimentais, como as decorrentes da inobservância de prazos e de preclusões, como regra, devem ser respeitadas, para assegurar a boa marcha do processo, a celeridade e a observância do princípio da confiança legítima. Entretanto, devem ser afastadas se a parte requerer a prova tardiamente, justificando a sua necessidade ou utilidade e o motivo do retardamento, que evidenciem que este não resultou de manifesta má-fé, com o intuito de procrastinar o desfecho do processo”*. (Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II. p. 172.

¹⁹ Sobre o tema ler Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, 2007. v. 388, p. 11-28.

²⁰ Nesse sentido o STJ tem entendido que o prazo para formulação de quesito e indicação de assistente técnico que consta no atual art. 421, §1º, CPC, é um prazo dilatório, sendo permitido às partes cumprir a determinação até antes dos trabalhos periciais se iniciarem. Nesse sentido ver o REsp nº 796.960/MS, publicado em 26/04/2010. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 14 de março de 2012.

*dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado*²¹”. Apesar de prevalecer no processo brasileiro o sistema fundado no princípio de disposição das partes, que atribuía à elas a iniciativa da escolha e da produção das provas, ao juiz era assegurado o poder de *ex officio* determinar diligências que visassem esclarecer pontos obscuros deixados pelas provas produzidas.

Entretanto, ainda no primeiro quartel daquele século, surgiu, nas vozes de Manoel Aureliano de Gusmão, da cátedra da Faculdade de Direito de São Paulo, a possibilidade de conferir ao juiz a autorização de subsidiariamente cooperar na produção das provas, permitindo ordenar ou proceder a quaisquer diligências que lhe pareçam necessárias a bem da apuração da verdade dos fatos contidos em juízo. Já naquela época, argumentava que “*o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes*”²².

O Código de Processo Civil de 1939 (DL n. 1.608) admitiu expressamente a iniciativa do juiz no que se refere à escolha das provas, ao dispor, no art. 117, que o juiz poderá “*a requerimento, ou ex officio, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação ao seu objeto, ou requeridas com propósito manifestamente protelatório*”. Todavia, como afirmou Moacyr Amaral Santos, a despeito dessa regra, “*a atribuição concedida ao juiz, no art. 117, continua sendo, como dantes, meramente supletiva da iniciativa dos litigantes*”²³.

Com o desenvolvimento do direito processual e a conseqüente adoção da concepção publicística do processo, o juiz deixou de ser visto como um espectador inativo, que deveria simplesmente aguardar a iniciativa probatória das partes, aplicando as regras sobre o ônus da prova na hipótese de *non liquet*. Agora, o magistrado compartilha com as partes o dever de evitar o referido não julgamento. Portanto, não mais como mero sujeito passivo na relação jurídico-processual, o juiz não está obrigado a aceitar a verdade que lhe é trazida ao processo quando a narração das partes lhe pareça inverossímil, pois ele tem verdadeiro dever na prestação de tutela jurisdicional adequada, célere e idônea. Há muito a sua iniciativa probatória deixou de ter natureza meramente complementar ou subsidiária.

²¹ Ordenações, Livro 3º, título 66, princ.

²² *Processo Civil e Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Acadêmica, 1939, v. 2º, p. 102.

²³ *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I. p. 124.

Hoje, como admitimos que o processo tem outras finalidades públicas além do atendimento do interesse das partes, o juiz, apesar de inerte e imparcial, não pode ser indiferente ao resultado da demanda. Outrossim, como a tutela jurisdicional efetiva exige a prova dos fatos controvertidos, a iniciativa probatória do juiz não o converte em um juiz autoritário ou fascista.

Como salientado outrora, o PL n. 8.046/2010, assim como as reformas processuais, têm reforçado os poderes do juiz na direção e na atividade de instrução, a fim de permitir um alcance de um resultado justo e efetivo. Para julgar, o juiz precisa não só do direito, mas também dos fatos. Como ele não pode valer-se dos seus conhecimentos particulares, os fatos que fundamentarem o julgamento devem necessariamente estar provados nos autos.

A iniciativa probatória dos magistrados é repelida sob o fundamento da quebra de imparcialidade do juiz, todavia, tal argumento não merece prosperar. Com efeito, o juiz que, vislumbrando a possibilidade de realização de uma prova, não a produz, pode ser tão imparcial quanto aquele que a produz. Ademais, a imparcialidade só seria motivo para limitar o poder probatório do juiz, se ele tivesse prévio conhecimento do resultado da prova. Como não sabe a quem ela poderá beneficiar ou prejudicar, não há que falar em imparcialidade.

Por isso, assevera Cândido Rangel Dinamarco que “*a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das parte*”²⁴. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, por sua vez, salientam que a imparcialidade somente seria quebrada na hipótese de o juiz não determinar a produção da prova²⁵.

Esse poder do juiz previsto atualmente no art. 130 do CPC – art. 354 do NCPC –, tem sido interpretado, inclusive pelo STJ²⁶, de forma ampla. Por isso, tal iniciativa tem

²⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. III. p. 52.

²⁵ “*Ademais, é bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo imparcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da ‘verdade’, e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), está voltado apenas para a efetividade do processo*”. (*Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2. p. 290).

²⁶ O Projeto do Novo Código de Processo Civil, portanto, mantém o entendimento já pacificado pelo STJ no sentido de que o poder investigatório dos juízes é tão amplo que se estende também ao segundo grau de jurisdição. Ver REsp 1.012.306/PR, publicado em 07/05/2009. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 22 de agosto de 2011.

sido admitida em primeiro e segundo grau de jurisdição. Não apenas os juízes, mas também os desembargadores podem, sem violação ao princípio da demanda, determinar a produção das provas que considerarem necessárias, a fim de firmarem seu juízo de livre convicção motivada.

A faculdade de atuação do juiz, na fase probatória, é tão ampla que quaisquer provas, inclusive depoimentos, requisições de documentos, perícias etc., podem ser determinados por ele, a requerimento da parte ou *ex officio*, em qualquer fase do processo, até a prolação da sentença final.

Assim, o que se pretende ao manter no Código de Processo Civil a regra do art. 130, é não excluir a faculdade que tem o juiz de tomar as providências e ordenar as diligências que lhe parecerem necessárias ou úteis à decisão da causa e à formação livre de sua convicção. Com efeito, *“passando por cima de fatos ponderáveis, omitindo circunstâncias relevantes ao deslinde da controvérsia, e aproveitando talvez a inércia ou a boa-fé do litigante contrário, a parte poder-se-ia beneficiar se o juiz, que a tudo contemplasse, devesse ficar inerte e indiferente a essa tentativa de encobrir a verdade.”*²⁷

Finalmente, no tocante à obrigação de pagamento das despesas das provas produzidas por determinação do juiz, o PL n. 8.046/2010 manteve a regra anunciada no art. 19, § 2º, do CPC, impondo ao autor a responsabilidade para adiantar essas despesas, mesmo na hipótese de inversão do ônus da prova, pois, conforme orientação do STJ²⁸, a inversão do ônus probatório não implica na inversão do ônus do pagamento antecipado das despesas processuais.

5. Utilização de prova emprestada:

Art. 356. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

A regra expressa no art. 356 do NCPC apenas positiva uma norma jurídica já consagrada na jurisprudência. Não é nova a discussão sobre a possibilidade ou não de

²⁷ FADEL, Sérgio Sahione, *Código de processo civil comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 179.

²⁸ REsp 696.816/RJ, publicado em 29/10/2009. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 23 de agosto de 2011.

utilização em um processo de provas colhidas em outro e denominadas de provas emprestadas. Nem por isso, entretanto, deixa de merecer elogios a inovação legislativa proposta pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil e, após as alterações sugeridas pelo Senador Valter Pereira, mantida no PL n. 8.046/2010.

Fundamentada no princípio da economia processual, pelo qual se pretende buscar a máxima efetividade do direito material com o mínimo de emprego das atividades processuais, prova emprestada é toda aquela produzida em um processo, para nele gerar efeitos, e depois transportada documentalmente a outro processo, em que visa a gerar efeitos. É, conforme Bentham, citado por Eduardo Cambi²⁹, aquela “*ya establecida juridicamente pero em outra causa, ya sea en el mismo tribunal o en otro*”. Apesar de não limitadas às essas hipóteses, as provas emprestadas guardam maior relevância quando as fontes de prova não mais estão disponíveis.

Não obstante a inexistência de regra legal no atual ordenamento processual civil, a prova emprestada tem sido largamente admitida, conforme salientado anteriormente. Contudo, mesmo a jurisprudência só a admite quando o princípio do contraditório tiver sido observado no outro processo. Para tanto, exige-se que pelo menos a parte contra quem a prova emprestada será usada tenha participado do primeiro processo. A observância do princípio do contraditório, inclusive presente na redação do art. 356 do NCPC, exige que às partes tenha sido permitido manifestar sobre a prova emprestada. Essa manifestação não carece de ser efetiva, pois para o contraditório basta a oportunidade.

O contraditório, além de ter sido garantido no processo originário, com maior razão também deve ser oportunizado no processo em que a prova será reutilizada. Com efeito, a prova emprestada está sujeita à contra-argumentação e à contraprova da parte adversária, o que só é possível através do exercício do contraditório.

A necessidade de observância do contraditório é tão importante que impede, por exemplo, a utilização de prova emprestada colhida em inquérito policial, inquérito civil público ou procedimento administrativo. Essas provas não foram produzidas perante um órgão jurisdicional, ferindo a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição,

²⁹ *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

além de não terem passado pelo crivo do contraditório, que é uma garantia não necessariamente observada nos procedimentos de natureza investigatória.

O contraditório no processo originário, contudo, não exige de ter sido realizado perante o mesmo juiz da segunda causa. Apesar da respeitável posição da professora Ada Pellegrini Grinover, não há nessa hipótese violação à garantia constitucional do juiz natural. Exigência dessa natureza, por esvaziar demasiadamente a admissibilidade da prova emprestada, não nos parece ser a melhor interpretação do art. 356 do NCPC, que seguramente está assentado na necessidade de economia processual. Entendimento contrário, como adverte Eduardo Cambi, “*significaria tornar vazia a fórmula da prova emprestada que é utilizada, com frequência, para transladar provas produzidas no juízo criminal para o civil, e vice-versa*”³⁰.

Também o princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 132 do CPC, deve ser mitigado para não limitar indevidamente a admissibilidade das provas emprestadas e proporcionar o acesso à ordem jurídica justa.

Finalmente, cumpre-nos lembrar que a prova emprestada, assim como todas as demais provas, há de ser sempre analisada no contexto probatório e valorada como qualquer outra. Além disso, o princípio do livre convencimento autoriza ao magistrado atribuir efeito diverso à mesma prova ou até mesmo de não lhe atribuir nenhuma importância, em face dos outros elementos probatórios trazidos ao processo em que a causa está sendo discutida.

6. Inversão do ônus da prova:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em

³⁰ *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 55.

decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Regra geral, a parte deve comprovar os fatos que fundamentam o direito afirmado. Assim, enquanto incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra de distribuição do ônus da prova, porém, tem natureza subsidiária, conquanto guarde importante relevância apenas se verificada a insuficiência de provas. Devidamente instruído o processo, não pode o juiz proferir decisão por aquela regra. Deve, outrossim, fundamentar o julgamento nas provas produzidas no processo.

Eventualmente, o julgamento conforme as regras sobre o ônus da prova pode inviabilizar o reconhecimento de determinados direitos. Nem sempre aquele a quem a lei impõe o ônus de provar algum fato tem condições suficientes para tanto. Antevendo situações peculiares como essa e a fim de evitá-las, em consenso com a necessidade de se conferir maior efetividade ao processo, o legislador prevê a possibilidade de inversão daquele ônus probatório, tal como no art. 6º, inc. VIII, do CDC.

A efetividade das garantias constitucionais exige que a inversão do ônus da prova seja realizada durante a fase de saneamento do processo, precisamente na audiência preliminar, quando o juiz deve fixar os pontos controvertidos, ou no despacho saneador. É exatamente essa a exigência felizmente prevista no § 1º do art. 358 do NCPC, que garante à parte a possibilidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O processo não pode tomar as partes de surpresas. Essa, aliás, a ideia que norteia todo o PL n. 8.046/10, tanto que o art. 10 proíbe a prolação de decisões de terceira via, como são chamadas aquelas sobre as quais as partes não têm conhecimento. No mesmo

sentido, se a lei prevê o ônus da prova de uma forma, qualquer alteração deve observar o contraditório – às partes deve ser autorizada a manifestação oportuna sobre tal possibilidade – e conceder à parte um prazo razoável para se desincumbir do ônus.

Apesar dos inquestionáveis conhecimentos daqueles que assim entendem, como José Roberto dos Santos Bedaque e Nelson Nery Jr., para citar apenas dois, acredita-se que a inversão do ônus da prova não é apenas regra de julgamento. Como também é regra de comportamento dirigida às partes, o juiz tem o dever legal de indicar de antemão quais os fatos que cada um dos litigantes deve provar. Afastando aquela noção restritiva, o art. 358, § 1º, do Anteprojeto, impede que a inversão do ônus da prova seja conhecida somente na sentença, sem assegurar à parte oportunidade de exercer satisfatoriamente o seu direito à prova.

Da mesma maneira como previsto no Código de Defesa do Consumidor, o PL n. 8.046/10 traz a possibilidade de inversão do ônus da prova, desde que determinado por decisão do juiz, que deve verificar se estão presentes, no caso concreto, os requisitos legais necessários para efetuar a inversão. Não se trata, portanto, de regra automática.

O art. 358 do NCPC, ao permitir a inversão do ônus probatório, exige a observância de alguns requisitos. Primeiro, determina que a decisão que distribuir de modo diverso (do art. 357 do NCPC) o ônus da prova seja fundamentada. Esse requisito, se mal interpretado, poderá levar a conclusão errônea de que a decisão denegatória da inversão do ônus da prova, ou mesmo a que deferi-la de forma diversa, não precisa ser fundamentada. Na verdade, qualquer decisão sobre a distribuição daquele ônus deve ser fundamentada em observância a garantia constitucional³¹ prevista no art. 93, inc. IX.

O segundo requisito consiste na observância do contraditório. Antes de inverter o ônus da prova, o juiz deve garantir às partes uma oportunidade para manifestarem sobre tal possibilidade, especialmente quando a inversão decorrer de sua iniciativa.

Apesar de, pela proposta do PL n. 8.046/2010, a inversão deixar de ser medida excepcional, ela está condicionada a mais dois elementos: circunstâncias da causa e peculiaridades do fato a ser provado. Esses requisitos confirmam a ideia de que a

³¹ Sobre a exigência constitucional de motivação das sentenças e demais decisões judiciais, escreveu Cândido Rangel Dinamarco: “*Sem ser um princípio, a exigência de motivação adequada figura como uma garantia constitucional das mais relevantes e insere-se no quadro de imposições ao juiz e limitações à sua liberdade de atuação, caracterizado pela cláusula due process of law*”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I. p. 244)

alteração do ônus probatório, por estar condicionada ao caso específico, não é regra automática.

A demanda deve conter particularidades que demonstrem ao juiz a necessidade de inversão do ônus probatório. Além disso, o fato a ser provado deve ser particular, a ponto de a regra geral sobre o ônus da prova não satisfazê-lo. É o que se verifica, por exemplo, com os fatos negativos.

Interessante ressaltarmos que a decisão interlocutória que inverter ou não o ônus probatório não poderá ser impugnada de imediato, conquanto não seja hipótese legal de cabimento do agravo de instrumento. Nem por isso, todavia, deixa de ser impugnável. Como mencionado, o PL n.8.046/2010 adotou como regra o sistema de irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Diversamente do atual sistema, as partes insatisfeitas com as decisões interlocutórias que não forem recorríveis por agravo de instrumento não carecem de manifestar seu inconformismo, especialmente para fins de evitar a preclusão. A proposta pretende manter a recorribilidade daquelas decisões – nem poderia ser diferente –, postergando-a, entretanto, para o momento da apelação, tal como atualmente previsto na Lei n. 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais.

A parte, portanto, que não ficar satisfeita com a distribuição do ônus da prova apenas expressará o seu inconformismo em grau de apelação. Caberá ao Tribunal decidir sobre a adequação ou não daquela inversão, inclusive analisando a presença dos requisitos legais. Caso altere a inversão do ônus, não poderá julgar de imediato o processo, porquanto imprescindível à concessão de prazo para que a parte se desincumba do ônus anteriormente não atribuído a ela.

Por último, mas não menos importante, sobre a controvérsia doutrinário-jurisprudencial referente à inversão ou não do pagamento antecipado das despesas processuais quando invertido o ônus probatório, duas correntes se formaram. Alguns acreditam na possibilidade de efetivação da inversão do ônus da prova sem modificação no dever de antecipar o pagamento das despesas³². Outros, aos quais nos filiamos, entendem que a alteração do ônus da prova exige também a inversão do ônus de adiantar as despesas processuais.

Como a discussão sobre esse assunto se limita praticamente ao pagamento dos honorários periciais, nos atemos a essas despesas. O STJ, por exemplo, mesmo

³² É, aliás, a atual jurisprudência do STJ.

considerando que a inversão do ônus probatório não gera a obrigação de custear as despesas, admite que o réu, que não produzir a prova por ausência de pagamento de honorários periciais pelo autor, possa sofrer as conseqüências daquela regra. É no mínimo um contra senso dizer que o réu não está obrigado a antecipar os honorários do perito, mas se não o fizer, presumir-se-ão os fatos afirmados pelo autor.

Acreditamos, por isso, e a despeito da ausência de previsão legal nesse sentido, que a alteração do ônus probatório presume a inversão do dever de pagar antecipadamente as despesas processuais. Se aquele a quem incumbe o ônus é quem verdadeiramente tem interesse na produção da prova, é também ele quem deve arcar inicialmente com as suas despesas. Caso contrário, estar-se-ia atribuindo as parte distintas um mesmo ônus.

7. Forma de inquirição das testemunhas:

Art. 438. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 1º O juiz poderá inquirir a testemunha assim antes como depois da inquirição pelas partes.

§ 2º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 3º As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

O PL n. 8.046/2010, tal como fez a reforma do Código de Processo Penal em 2008, pretende afastar o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, previsto atualmente no CPC, em que as perguntas são feitas por intermédio do magistrado, para felizmente adotar o sistema americano denominado de *cross and direct examination*. Conforme previsto no art. 438, *caput*, do NCPC, a parte que arrolou a testemunha

pergunta em primeiro lugar (*direct-examination*), e em seguida a parte contrária (*cross-examination*).

O Anteprojeto, apesar de transferir aos procuradores das partes o direito de formular diretamente as perguntas às testemunhas, não eliminou o poder de fiscalização judicial, conquanto atribua ao juiz o dever de obstar a resposta em três situações excepcionais. Primeiro, quando a pergunta puder induzir a resposta; segundo, quando a pergunta não tiver relação com a causa; e terceiro, quando a pergunta importar em repetição de outra já respondida.

Essas hipóteses em que o juiz não deve admitir as perguntas correspondem às mesmas previstas no art. 212 do Código de Processo Penal, introduzido recentemente pela Lei n. 11.690/08, que, como referido, suprimiu o sistema presidencialista na oitiva de testemunhas no processo penal.

O magistrado, portanto, não pode indeferir perguntas que não incorram diretamente nas vedações legais, sob pena de limitação do direito à prova. Caso assim proceda, deverá a parte requerer a transcrição do teor da pergunta no termo de audiência. O juiz, contudo, está obrigado a transcrever a pergunta e a fundamentar a sua negativa, em decorrência da garantia constitucional de motivação das decisões. Afinal, apenas com a fundamentação poderá a parte impugnar a decisão e o tribunal reformulá-la.

Finalmente, a lei mantém a possibilidade de o juiz formular as suas próprias indagações às testemunhas. Poderá fazê-lo antes da inquirição pelas partes, após a inquirição e nos dois momentos. Excepcionalmente, apesar da ausência de expressa previsão legal, consideramos que poderá inclusive questionar a testemunha durante a inquirição pelas partes, mas nesse caso apenas para sanar alguma divergência ou contradição. No mais, deve aguardar o final da inquirição pela parte, para então formular as suas perguntas.

8. Conclusão:

Percebe-se que as principais alterações promovidas no Projeto de Lei n. 8.046/2010, em matéria probatória, refletem o posicionamento majoritário da doutrina e entendimentos já consagrados nos tribunais superiores, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça.

Todos os dispositivos devem ser interpretados levando em conta o sistema jurídico praticado no Brasil, que é o da *civil law*, no qual é permitido conferir poderes instrutórios ao juiz.

Ademais, fulcral dimensionar a importância do *garantismo processual*, visto que a utilização de quaisquer poderes do juiz deverão ser precedida de motivação e orientada pelo contraditório. Diante de um contexto valorização dos princípios, percebe-se a relevante preocupação da Comissão de Elaboração do Projeto de Lei n. 8.046/2010, especialmente pelo fato de iniciar o Código com um rol de princípios fundamentais do Processo Civil.

Não há, portanto, uma ampliação exacerbada dos poderes do juiz em matéria probatória, mas, ao contrário, há apenas a normatização de entendimentos doutrinários e de jurisprudência dominante.

Durante a fase probatória é possibilitado às partes comprovarem as suas alegações, motivo pelo qual, o magistrado deve ter poderes para flexibilizar o procedimento e determinar, por exemplo, a inversão na ordem de produção das provas e a inversão do ônus probatório.

É bem verdade, que o engessamento do procedimento na instrução do processo representa um formalismo excessivo e não serve apenas para consagrar a garantia da segurança jurídica, como também se presta a servir de subterfúgio para a consagração de injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I.

AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. In: Temas de Direito Processual. Nona Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

_____ *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de Direito Processual. Oitava Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

BRASIL, Lei nº. 5.869, de 11 de jan. de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 de jan. de 1973.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.012.306/PR, publicado em 07/05/2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 de agosto de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 796.960/MS, publicado em 26/04/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de março de 2012.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CHASE, Oscar G., e HERSHKOFF, Helen. *An introduction and overview*. In: Civil litigation in comparative context. Thomson West. 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

DIDIER Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008. v. I.

_____ BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.

_____ MOUTA, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. Coordenadores. *O Projeto do Novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III.

FADEL, Sérgio Sahione, *Código de processo civil comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286.

_____ *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____ *O princípio do contraditório*. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial*. 3ª ed. São Paulo: Acadêmica, 1939, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC – críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____ ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, 2007. v. 388, p. 11-28.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.

A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI PELO STF EM CONTROLE CONCENTRADO E A COISA JULGADA ANTERIOR – ANÁLISE DO PARECER 492 DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Leonardo Greco

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor Adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Com frequência empresas atingidas por nova legislação instituidora de determinado tributo, que consideram inconstitucional, dirigem-se ao Poder Judiciário propondo ação declaratória da inexistência da relação jurídica tributária em que obtêm êxito, com sentença transitada em julgado. Não raro, dez ou mais anos depois, o Supremo Tribunal Federal, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, vem a declarar a constitucionalidade do referido tributo. Qual é o alcance dessa decisão, em face da coisa julgada anterior?

I – Extensão do pedido na ação declaratória:

1. No universo dos instrumentos de tutela dos direitos subjetivos legal e constitucionalmente assegurados, as ações declaratórias – que Buzaid preferia que fossem denominadas *ações meramente declaratórias*¹ – são absolutamente indispensáveis.

¹ “A rigor, deveríamos dizer ação meramente declaratória, em vez de ação declaratória, para distingui-las das demais ações que, posto tenham outro objeto e conteúdo, não deixam de ser declaratórias.” BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 139.

2. O artigo 4º do Código de Processo Civil de 1973 deixou isso bem claro ao proclamar que o interesse de agir pode consistir simplesmente na declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento. E o seu parágrafo único, ainda mais enfático, faculta a propositura da ação meramente declaratória ainda que já tenha ocorrido a lesão ao direito.

3. Apesar do reconhecimento de que a sua feição moderna tenha sido fixada pela Ordenança Processual Civil alemã de 1877, parece inquestionável que a sua origem remonta ao Direito Romano:

A existência das *formulae et actiones praeiudiciales*, no direito romano clássico, denota claramente que, além da tutela judicial posterior à violação do *direito*, existia uma forma autônoma, sem *condemnatio* e composta somente de *intentio*, denominada *praejudicium*, consistente em um juízo normativo de eventual juízo sucessivo, aplicado nas situações ou questões de estado e nas mais variadas hipóteses de incerteza jurídica.²

4. Ada Pellegrini Grinover enfatiza que o seu surgimento foi uma conquista de Justiniano.³

5. A sua pioneira positivação no Brasil, em 1924, no Código do Processo Civil e Comercial do Distrito Federal, foi o resultado de um intenso movimento em prol da expansão dos meios de tutela jurídica, ao qual deram importantes contribuições Rui Barbosa, Costa Manso, Muniz Barreto, entre outros.⁴

6. De certo modo criticando a lição da doutrina capitaneada por Chiovenda, de que a condição da ação meramente declaratória seria a “incerteza atual e objetiva”, Ada Pellegrini Grinover ressalta, com assento em Carnelutti, que, tal como nas ações

² BUZUID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 18.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Editora da Universidade de São Paulo, 1972. p. 18.

⁴ ESTELITA, Guilherme. **Direito de ação. Direito de demandar**. 2. ed. prefaciada por Pedro Batista Martins e com remissões ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942. p. 21-27; BUZUID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 41-48, passim.

constitutivas e condenatórias, a atuação do direito objetivo visa, sempre “a composição de um conflito de interesses”.⁵ E continua:

O interesse de agir não se limita apenas a debelar a incerteza jurídica, atual e objetiva, mas sim a incerteza que tenha determinado ou possa determinar a explosão de uma lide; e como o dano da incerteza consiste precisamente na lide, a finalidade imediata da ação meramente declaratória consiste em sua composição. O limite da ação declaratória está, assim, senão na atualidade, no perigo da lide.⁶

7. Como bem esclarece João Batista Lopes, o interesse de agir na ação declaratória “objetiva o valor segurança, emergente da coisa julgada”,⁷ ameaçado pela expectativa plenamente fundada de que o adversário venha a lesar o direito do autor ou a recusar o seu respeito, situação que se encontra amplamente caracterizada quando o Poder Público edita uma lei inconstitucional que cria uma indevida obrigação tributária para o contribuinte.

8. Na tentativa de explicitar qual é a lide que a ação meramente declaratória visa compor preventivamente, Celso Agrícola Barbi esclarece que se trata do *dano* que sofreria o autor “no caso de não poder obter a declaração judicial a respeito da relação incerta”.⁸ Ademais, a certeza desse dano deve existir no momento em que a sentença é proferida.⁹

9. O artigo 4º do Código de Processo Civil não explicita as espécies de relação jurídica que facultam o pedido meramente declaratório da sua existência ou inexistência. A referência à *relação jurídica* no artigo 4º tem o mais amplo sentido, abrangendo não apenas o *ser* ou *não ser* de um vínculo jurídico entre dois sujeitos, como também qualquer outro aspecto jurídico desse vínculo, como, por exemplo, a sua eficácia.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Editora da Universidade de São Paulo, 1972. p. 49.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Editora da Universidade de São Paulo, 1972. p. 50.

⁷ LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed. rev. ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 55.

⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4. ed. rev. aum. e atual, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 86.

⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4. ed. rev. aum. e atual, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 87.

10. A lição de Pontes de Miranda é clara nesse sentido:

Onde quer que se tenha de avivar a linha divisória entre o fazer e o omitir de alguém e o fazer e o omitir do autor, aí pode estar o seu interesse na propositura de ação que declare a existência ou inexistência de relação jurídica. Isso mostra que o legislador não se referiu somente a categoria jurídica, a que corresponde a relação jurídica típica, e sim a quaisquer filetes da relação jurídica ou categoria, a que, por brevidade, chamou “relação jurídica”.¹⁰

11. O essencial é que se trate de relação jurídica concretamente existente ou cuja existência seja controvertida, como consequência “de fatos precisos e determinados, e não meras conjecturas ou suposições”,¹¹ daí resultando as suas características de atualidade e concretude que, aliadas à elevada probabilidade de dano, fundamentam o interesse de agir por meio da ação meramente declaratória.

12. Com base nesses fatos, o autor formula o seu pedido, ou seja, a declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica, que é o “bem da vida”¹² cujo gozo pretende que a sentença lhe assegure, ou seja, segundo Eduardo Talamini, o resultado econômico, social, moral etc., revestido de relevância jurídica, pleiteado pelo demandante.¹³

13. Superadas as hesitações manifestadas em meados do século XX pelo Supremo Tribunal Federal à admissibilidade das ações meramente declaratórias nas relações de

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. I (arts. 1º a 45), p. 140.

¹¹ LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed. rev. ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 58.

Para Marinoni e Arenhart, no mesmo sentido, “o interesse que legitima a postulação da sentença declaratória é a dúvida objetiva que paira sobre a relação jurídica. É a dúvida resultante da controvérsia com alguém sobre a relação jurídica, e não apenas a dúvida meramente subjetiva.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, Processo de Conhecimento, p. 428.

Na jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, cf. o teor do verbete nº 181: “É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual” (DJ 17 fev. 1997). Também admitindo o cabimento da ação declaratória, cf.: REsp 273.181/MG (DJ 11 dez. 2000); REsp 132.688/SP (DJ 03 nov. 1998).

¹² JUNOY, Joan Picó i. **La modificación de la demanda en el proceso civil. Reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 36.

¹³ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 69.

direito público,¹⁴ as hipóteses mais emblemáticas da sua utilização nesse campo são a de inexistência da obrigação tributária de recolhimento de um tributo em razão da sua inconstitucionalidade e a de nulidade de um ato do Poder Público em virtude da violação do princípio da legalidade.

14. Com efeito, se a lei cria a obrigação de recolhimento de um tributo por determinadas empresas, e estas entendem que essa obrigação é nula por afronta à Constituição, podem elas se valer da ação declaratória de inexistência da obrigação tributária para obter em Juízo a certeza do seu direito a não efetuar o pagamento e, também, na face oposta, a certeza quando ao dever de abstenção do Fisco de cobrá-lo, com fundamento no artigo 4º do Código de Processo Civil.¹⁵

15. Em tais casos, o pedido que, para a doutrina dominante, constitui o objeto litigioso – o *Streitgegenstand*, usando a denominação clássica da doutrina alemã –, é a declaração de inexistência da obrigação de recolher o referido tributo, cujo acolhimento impõe ao Fisco o dever de se comportar em conformidade com a certeza jurídica declarada na sentença.

16. Embora essa declaração de direito/dever não seja desde logo exequível pela via judicial, ela gera para o réu um dever jurídico de abstenção e determina a ilicitude de qualquer iniciativa sua que a desrespeite, iniciativa essa que, se verificada, poderá ser coibida por qualquer outra via judicial. Nessa seara, portanto, a sentença declaratória vale como preceito, tendo efeito normativo quanto à existência ou inexistência da relação jurídica entre as partes.¹⁶

¹⁴ Recorda Celso Agrícola Barbi que, por duas vezes “o Supremo Tribunal Federal decidiu ser a ação declaratória inadequada à discussão sobre existência ou não de débito fiscal. A primeira vez, em 24 de setembro de 1941, com fundamento em que, tratando-se de matéria de cobrança de tributo, o devedor não poderia litigar sem que o juízo estivesse seguro. A segunda vez, em 26 de julho de 1956, quando, sem maior fundamentação, limitou-se a afirmar ser inadequada a ação e a acrescentar que outros seriam os procedimentos judiciais pertinentes”. BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4. ed. rev. aum. e atual, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 104-105.

¹⁵ BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 165-175, passim.

¹⁶ LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed. rev. ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 64.

Essa, aliás, sempre foi a lição da doutrina brasileira, sintetizada por Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em sua clássica obra Teoria Geral do Processo. Cf.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 307. Vale observar que, recentemente, em razão do novo conceito de sentença oriundo da Lei nº 11.232/2005, respeitáveis opiniões, modificando o posicionamento anterior, têm permitido a exequibilidade das

17. É a extensão do pedido que vai determinar a extensão da coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil, porque “a *res iudicata* não pode ser maior do que a *res iudicanda*”, segundo lição difundida por José Maria Tesheiner.¹⁷ O princípio da congruência estabelece a vinculação do dispositivo da sentença ao objeto *mediato* do pedido, nos termos do magistério preciso de Egas Moniz de Aragão.¹⁸

18. A causa de pedir e a identidade das partes delimitam a extensão da imutabilidade da decisão sobre o pedido, mas não se tornam imutáveis pelo advento da coisa julgada sobre o pedido, porque não fazem coisa julgada os motivos (artigo 469, inciso I, CPC), podendo ter desfecho diverso em processo diverso.

19. É sutil a distinção entre a causa de pedir e o pedido nas ações meramente declaratórias. Se o pedido é a declaração de certeza de inexistência de relação jurídica, qual é a causa de pedir que não se confunde com o próprio pedido? Eduardo Talamini oferece coordenadas seguras para estabelecer a necessária diferenciação:

[...] a causa de pedir é integrada (i) pela descrição dos fatos que servem de fundamento ao pedido e (ii) pela *correlação lógico-jurídica* entre os fatos descritos e a consequência jurídica pleiteada. Essas são, respectivamente, a causa fática (ou remota) e a causa jurídica (ou próxima).¹⁹

20. E, mais adiante:

Já na ação declaratória negativa, Chiovenda reputava que bastaria a afirmação em si da inexistência do direito, não importando o motivo (falta de um ou outro fato constitutivo; existência de um ou outro fato extintivo etc.). Essa concepção não parece a mais adequada à luz do nosso direito positivo. Mais uma vez, impõe-se considerar o princípio geral estabelecido no direito brasileiro segundo o qual a configuração da causa de pedir depende sempre da narração de fatos específicos pelo

próprias sentenças meramente declaratórias. Nesse sentido, na mesma obra, cf.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 323-324.

¹⁷ TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 142.

¹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada. Exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 114.

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 72.

autor. Cada fundamento fático-jurídico que possa implicar a inexistência de um direito, situação ou relação jurídica constitui uma *causa petendi* para a ação declaratória negativa.²⁰

21. Assim, na hipótese que aqui me propus a examinar, a causa de pedir do pedido principal, que gerou a imutabilidade da declaração de inexistência da obrigação de recolher determinado tributo, foi a existência de uma situação fática caracterizada pela exigência do tributo com base em lei inconstitucional.

22. É relevante frisar que, se em algum outro processo situação fático-jurídica análoga viesse a ser decidida de modo diverso, essa nova decisão não teria o condão de afetar a imutabilidade da declaração de inexistência da obrigação de recolhimento, estando essa parte – o *decisum* –, e somente ela, acobertada pela imutabilidade da coisa julgada.

II – A coisa julgada como garantia constitucional:

23. A estabilização das decisões judiciais sempre foi uma aspiração da sociedade humana.

24. Na história dos povos, a força da coisa julgada (*res judicata*) evoluiu sempre progressivamente,²¹ de início como consequência do desenvolvimento das relações comerciais e, mais tarde, da própria complexidade das relações jurídicas travadas numa sociedade caracterizada pelo pluralismo político, econômico e social, bem como pelo rápido desenvolvimento científico e tecnológico, sem olvidar a força motriz da globalização.

25. Em sede doutrinária, conceituei a coisa julgada como “a imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material da sentença não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida”.²²

26. A doutrina clássica costuma apontar dois fundamentos para a coisa julgada, um *jurídico* e outro *político*.

²⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 76.

²¹ CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1976. v. VII, p. 131 et. seq.

²² Cf.: GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil. Processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II, p. 290.

27. O fundamento jurídico é a unidade da jurisdição, segundo a qual o Estado a exerce apenas uma vez, exteriorizando por seu intermédio a vontade concreta da lei acerca da postulação que lhe foi encaminhada. Nesse sentido, estatui o artigo 471 do Código de Processo Civil que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”.

28. O fundamento político da coisa julgada é a necessidade de estabilidade das decisões judiciais e das relações jurídicas a elas submetidas no exercício da jurisdição.²³ Aquele cidadão cujo direito foi reconhecido pela sentença deve poder gozá-lo plenamente, exigindo da outra parte o comportamento determinado pela decisão, devendo poder contar, para tanto, e se necessário, com todo o apoio do aparato estatal.

29. Isso porque a coisa julgada é uma garantia não somente da segurança jurídica (prevista na Constituição, artigo 5º, *caput* e inciso XXXVI), mas também da própria tutela jurisdicional efetiva (Constituição, artigo 5º, inciso XXXV),²⁴ pois, se ao vencido sempre for facultado rediscutir o direito declarado na sentença, nunca o titular do direito por ela reconhecido o gozará de modo pleno e sem ser injustamente molestado.

30. Para Nelson Nery Junior “a doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como elemento de existência do Estado Democrático de Direito”, que não pode, por isso, receber “tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária”.²⁵

31. Também Luiz Guilherme Marinoni, citando Rosenberg-Schwab-Gottwald, afirma que “a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário”.²⁶

²³ Para Barbosa Moreira parece exato dizer que “a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade, característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere [...] quando fala da ‘autoridade da coisa julgada’”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 113.

²⁴ A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos reconhece que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim ficou decidido nos casos: *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28 out. 1999; *Pullar v. Reino Unido*, julgado em 10 jun. 1996; *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou v. Grécia*, julgado em 14 dez. 1999; e *Antonetto v. Itália*, julgado em 20 jul. 2000. Cf.: CHIAVARIO, Mario. Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. **Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali**. Padova: CEDAM, 2001. p. 171.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 506.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p.16.

32. Barbosa Moreira, de forma enfática, recorda que:

[...] a garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, LIV). [...] não é só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas. A ingerência será legítima na medida em que prevista na lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatui; fora daí será ilegítima. Se o Poder Judiciário já interveio uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados.²⁷

33. Nesse contexto, a coisa julgada não é apenas uma garantia individual, mas também uma garantia coletiva, porque a coletividade tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária, o que engloba a estabilidade das decisões nos termos previstos na legislação processual.²⁸

34. Se o Estado não oferecer essa estabilidade, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos, frustrando as promessas constitucionais de que os direitos constitucionalmente assegurados têm eficácia imediata e de que o acesso ao Judiciário é o meio eficaz para a tutela desses direitos.

35. O Estado Democrático de Direito, delineado entre nós pela Constituição de 5 de outubro de 1988, acolheu a coisa julgada entre os direitos e garantias fundamentais, prevendo-a expressamente no inciso XXXVI do seu artigo 5º, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

36. Ainda que se quisesse extrair desse dispositivo uma garantia restrita da coisa julgada em relação à superveniência da lei, o *caput* do próprio artigo 5º da Constituição daria à coisa julgada um amplo suporte, uma vez que assegura a todos o direito à segurança.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p. 99-100.

²⁸ Nesse sentido, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p. 99-100.

37. O direito à segurança, que é um direito fundamental, não compreende apenas a segurança patrimonial e a incolumidade física, mas também a segurança jurídica, que corresponde ao direito de gozar plenamente os direitos que a Constituição e as leis conferem a cada pessoa, proteção incompatível com a eternização dos litígios.

38. Dissertando sobre o aspecto objetivo da segurança jurídica adotada na Constituição Federal de 1988, Humberto Ávila leciona que ela corresponde à segurança do ordenamento, de uma norma geral ou individual e de um comportamento, notadamente estatal.²⁹

39. E, quanto aos beneficiários, particularmente no direito tributário, Ávila ressalta que a segurança jurídica se destina a proteger o contribuinte:

[...] na medida em que as normas constitucionais têm como objetivo, de um lado, permitir a antecipação da atuação estatal, como comprovam os princípios da moralidade e da publicidade; de outro, têm como finalidade permitir o conhecimento das conseqüências atribuíveis aos atos praticados pelo contribuinte, como ilustra o conjunto de regras de competência e as regras da anterioridade e da irretroatividade tributárias. A segurança jurídica, nesse aspecto, na feliz expressão de Machado Derzi, “não tem mão dupla”, não podendo a irretroatividade, a proteção da confiança e a boa-fé serem invocadas para proteger os cofres públicos contra efeitos das variações jurisprudenciais, por exemplo.³⁰

40. A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão a respeito de quais são as normas de convivência que ele, cidadão, deve observar, e com base nas quais poderá travar relações jurídicas válidas e eficazes.

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 257.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 258-259.

Também nesse sentido, leciona Valter Shuenquener de Araújo, que “se uma orientação jurisprudencial tiver de ser alterada, os atos praticados com base no posicionamento antigo não deverão ser desfeitos se isso violar a confiança do cidadão. O princípio da proteção da confiança não pode impedir ao juiz de evoluir em suas decisões. Caso contrário, o Direito se petrificaria por conta da confiança (*Recht durch Vertreuen versteinert ware*). No entanto, o aludido princípio impõe ao Estado que, ao menos, respeite as decisões tomadas com base em uma jurisprudência antiga”. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009. p. 177.

41. Quando uma dessas normas jurídicas se torna controvertida e o Estado, por meio do Poder competente, que é o Judiciário, declara quem tem razão – atuando a vontade da lei –, revelando e impondo ao demandante e ao demandado a norma que licitamente eles deverão respeitar como sendo aquela que, concretamente, representa a vontade do próprio Estado, não lhe será lícito desfazer essa manifestação de vontade oficial, depois de tornada imutável e indiscutível, em prejuízo das relações jurídicas travadas e dos respectivos efeitos produzidos sob a égide da sua própria decisão.

42. A coisa julgada emerge, assim, como uma exigência da segurança jurídica, porque é ela que dá estabilidade às relações jurídicas, obstando a continuidade das discussões e pondo termo à insegurança anterior.³¹

III – A projeção temporal dos efeitos da sentença:

43. A sentença meramente declaratória normalmente produz efeitos a partir da data do fato de que se originou o direito à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, ou seja, desde quando “se verificou a situação jurídica declarada”, nas palavras precisas de Humberto Theodoro Júnior.³²

44. No momento da propositura da ação o autor normalmente alega que essa situação jurídica já ocorreu, mas, para que o juiz reconheça as consequências jurídicas que dela decorrem, é preciso que essa situação subsista até a sentença, sem que nesse meio tempo ocorra nenhum fato extintivo, modificativo ou impeditivo da produção dos seus efeitos jurídicos.

45. Tema de suma importância, aqui, diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada, que explicitam quais são os pronunciamentos do juiz na sentença que adquirem a imutabilidade que decorre da *preclusão* ou da *perda da faculdade de recorrer* ou ainda do *esgotamento de sua utilização* no processo em que a decisão foi proferida.

46. A matéria está regulada nos artigos 469 e 470 do Código de Processo Civil, como se adiantou acima. De acordo com o primeiro dispositivo não fazem coisa julgada as razões, os motivos ou os fundamentos da decisão (inciso I), a apreciação da verdade

³¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 75.

³² THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 517.

fática (inciso II) e a questão prejudicial decidida incidentalmente como pressuposto necessário ao julgamento do pedido, se não suscitada por meio da ação declaratória incidental (inciso III).

47. Ao excluir os motivos, a verdade fática e a questão prejudicial do alcance da coisa julgada, o Código de Processo Civil, em especial o artigo 469, pretendeu filiar-se à corrente moderna oriunda do direito alemão que restringe os limites objetivos da coisa julgada apenas ao objeto litigioso ou objeto da jurisdição: o acolhimento ou a rejeição do pedido (*Streitgegenstand*).

48. Afasta-se da coisa julgada, dessa forma, toda motivação, por mais relevante que ela seja, e isso como consequência do respeito devido pelo Estado à liberdade das partes, forte no princípio da demanda, que busca evitar que sejam elas tomadas de surpresa com uma extensão da coisa julgada mais ampla do que aquela que conscientemente desejaram e postularam.

49. Dos limites objetivos decorre o chamado *efeito preclusivo da coisa julgada*, disciplinado no artigo 474 do Código de Processo Civil, segundo o qual “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

50. Assim, a sentença de mérito transitada em julgado torna certa, na data da sua prolação, a existência ou inexistência do direito ao bem da vida nela reconhecido, reputando-se deduzidas e repelidas todas as alegações que o réu poderia aduzir para desmentir essa declaração, não porque aquelas alegações ficaram cobertas pela coisa julgada propriamente dita, mas porque, em face desta, elas se tornaram irrelevantes.

51. São claras, nesse sentido, as lições de Barbosa Moreira:

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir [*influir*], por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada. Posto que se conseguisse demonstrar que a conclusão seria diversa, caso elas houvessem sido tomadas em consideração, nem por isso o resultado ficaria menos firme; para evitar, pois, dispêndio inútil de atividade processual, simplesmente se

exclui que possam ser suscitadas com o escopo de atacar a *res iudicata*. Se a decisão é das que só produzem coisa julgada *formal*, o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida; se é das que geram coisa julgada *material*, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se *ad extra*, fazendo sentir-se nos eventuais processos subsequentes. Daí qualificar-se de *pan-processual* a eficácia preclusiva da coisa julgada material.³³

52. Em relação ao pedido a que se refere o dispositivo da sentença acobertado pela coisa julgada, as alegações e defesas não deduzidas não mais poderão ser opostas.³⁴ O que a coisa julgada e a sua eficácia preclusiva impedem, portanto, é que os fatos e o direito em que se fundamentou a sentença voltem a ser discutidos em relação ao mesmo pedido, mas não impedem que eles sejam reexaminados e julgados em relação a quaisquer outros pedidos.³⁵

53. Esclarece Humberto Theodoro Júnior:

Esse efeito impeditivo de qualquer novo julgamento, no mesmo ou em outro processo, que possa redundar em prejuízo da situação de indiscutibilidade e imutabilidade da sentença adquirida nos termos do art. 467, consubstancia o denominado *efeito preclusivo* da coisa julgada material. Efeito esse que, em torno da mesma lide, abrange tudo o que se arguiu no processo e se decidiu na sentença, como o que não se arguiu nem se decidiu, embora fosse alegável para sustentar ou repelir o pedido solucionado na sentença passada em julgado. Nada mais se poder erguer, em juízo algum, contra a situação jurídica dela emergente. Impede-o o efeito preclusivo inerente à coisa julgada material, sempre, é claro, dentro dos limites da lide e das questões decididas.³⁶

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 100-101.

³⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada. Exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 328.

³⁵ TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 167.

³⁶ THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 542.

54. No que interessa ao presente estudo, o artigo 474 do Código de Processo Civil significa, para o réu, que, se ele tiver omitido alguma defesa que pudesse ilidir o pedido do autor, não poderá, depois, com arrimo nela, se subtrair à imutabilidade da coisa julgada.³⁷

55. Além disso, se a relação jurídica declarada existente ou inexistente é uma relação permanente, que se projeta no futuro, ou uma relação sucessiva, como alguns caracterizam a relação jurídica tributária, exatamente porque ela se renova anualmente ou a cada nova operação sob os mesmos ou diversos pressupostos fático-jurídicos,³⁸ a certeza da sua existência ou inexistência perdura até que ocorra alguma modificação na situação jurídica que ensejou essa declaração, ou seja, até que ocorra algum fato novo, apto a gerar validamente uma situação jurídica diversa daquela que gerou a declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica (CPC, artigo 471, inciso I) ou sobrevenha lei nova, que passe a dar disciplina diversa à sequência de fatos até então regulados pela coisa julgada anterior.

56. Dessa forma, se o dispositivo da sentença – que julga o pedido e atribui ou não ao autor o bem da vida por ele reivindicado – é o pronunciamento judicial que adquire a imutabilidade da coisa julgada, de acordo com os artigos 468 e 469 do Código de Processo Civil, e a sentença julgou procedente a ação cujo pedido fora a declaração de inexistência de relação jurídica, parece óbvio que a imutabilidade da *res judicata* acarreta a certeza jurídica quanto à inexistência da obrigação do autor de cumprir qualquer prestação decorrente dessa relação jurídica enquanto não surgir algum fato ou direito supervenientes, aptos a gerar um novo vínculo jurídico.

57. A declaração judicial de inexistência da relação jurídica transitada em julgado perdura e preserva a sua eficácia até que direito diverso venha a ser criado e interfira na relação jurídica entre o autor e o réu ou até que se modifiquem os fatos de que se compõe a relação jurídica entre as partes, de tal modo que estas, depois da sentença transitada em julgado, venham a se posicionar em nova situação que, pela própria lei anterior, era apta a gerar uma relação jurídica antes declarada inexistente. Assim, se se

³⁷ Não por outra razão os artigos 475-L e 741 do Código de Processo Civil, no inciso VI, somente permitem na impugnação ao cumprimento da sentença e nos embargos à execução contra a Fazenda Pública, respectivamente, que o devedor alegue “[...] causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.

³⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

modificam os fatos ou se modifica o direito, o comando emanado da sentença também pode ser modificado e isso não implica em violação da coisa julgada.

58. A parte vencida pode se livrar dos efeitos da coisa julgada anterior se sobrevier à sentença uma nova situação fático-jurídica apta a propiciar-lhe um efeito jurídico diverso do que o declarado na decisão. Essa inovação há de ter gerado uma nova causa de pedir que, mesmo sem destruir a coisa julgada anterior, impedirá a produção dos seus efeitos a partir do momento em que tiver nascido esse direito novo. Para Eduardo Talamini, em tais casos, “não se pedirá para rever a coisa julgada anterior: formular-se-á uma *nova pretensão*, inconfundível com aquela que ficou acobertada pela *res iudicata*”.³⁹

59. Enquanto essa inovação efetiva não ocorrer, a sentença declaratória da inexistência de relação jurídica produzirá todos os seus efeitos, sendo irrelevante que, em outro processo entre as mesmas partes ou mesmo em processo em que a decisão produza eficácia *erga omnes*, tenha sido declarado, em caráter principal, que não ocorreram os fatos ou o direito em que se baseou a sentença de procedência da ação declaratória.

60. Com efeito, o juízo diverso sobre a causa de pedir somente incidiria sobre a eficácia da sentença transitada em julgado se tivesse sido proferido em ação rescisória ajuizada oportunamente contra a referida sentença.

IV – A coisa julgada em matéria tributária:

61. A Constituição Federal, sede dos direitos fundamentais e das garantias do devido processo legal e do processo justo, não faz nenhuma distinção entre a coisa julgada formada nas causas entre os particulares e a coisa julgada decorrente das causas entre os particulares e o Poder Público, muito menos em matéria tributária.

62. Entretanto, como cediço, a relação fisco-contribuinte é uma relação entre dois atores que, a par de se relacionarem por um longo período de tempo (praticamente todo o tempo de duração da vida econômica do contribuinte), estão sempre criando novas situações fáticas e novas situações jurídicas, exemplificadas, aqui, de um lado, pelo contribuinte que muda de atividade em função das suas próprias necessidades ou em

³⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 90.

atenção às necessidades dos seus clientes e, de outro, pelo fisco que constantemente muda as leis tributárias, cria novos tributos ou novas hipóteses de incidência para atender aos seus objetivos arrecadatórios ou até mesmo por justiça fiscal. Poderíamos dizer, nesse contexto, que as relações jurídicas entre o fisco e cada contribuinte se caracterizam, paradoxalmente, pela permanência e também pela constante mutação.

63. Fruto dessa relação permanente, porém mutável, entre fisco e contribuinte, as divergências sobre a existência e o alcance das obrigações tributárias com muita frequência são levadas aos tribunais em busca de juízos de certeza quanto à própria existência da obrigação ou mesmo no que diz respeito ao valor.

64. Em lúcido estudo, Tercio Sampaio Ferraz Jr. rememorou duas clássicas opiniões doutrinárias que devem nortear a análise da coisa julgada em matéria tributária. A primeira delas atribuída a Liebman, que pedimos licença para reproduzir:

[...] enquanto as questões de Direito Tributário entre o fisco e o contribuinte formem objeto de uma instância judicial não há como contestar que, faltando disposições especiais, encontrem aplicação os princípios gerais que regem a atividade do Poder Judiciário. Entre eles está o da imutabilidade dos efeitos produzidos pelas sentenças transmitidas [*transitadas*] em julgado, princípio que visa a garantir a segurança das relações jurídicas e evitar a renovação das controvérsias, depois de apreciadas devidamente em processo regular.

40

65. A segunda opinião é atribuída a Rubens Gomes de Souza, para quem, rejeitando soluções extremas, a melhor solução seria tratar diferentemente os elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica tributária e os elementos temporários e mutáveis, para conferir à coisa julgada formada sobre os primeiros uma eficácia também permanente, ao passo que à coisa julgada formada sobre os segundos uma eficácia restrita ao caso específico. Para o autor, figuram entre os elementos permanentes e imutáveis a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo, a incidência ou não incidência do tributo na hipótese materialmente considerada, a

⁴⁰ Cf.: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 80.

existência ou não de isenção legal e o seu alcance, assim como a vigência e a revogação da lei tributária.⁴¹

66. Nos primórdios do Direito Tributário no Brasil, ainda antes da Emenda Constitucional nº 18 de 1965 e do Código Tributário Nacional, adotou o Supremo Tribunal Federal a Súmula 239, que regulou a temporalidade da jurisprudência tributária, com o seguinte conteúdo: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

67. Ninguém melhor do que Isaac Pereira da Silva, em seu clássico ensaio sobre a *Coisa Julgada Tributária*,⁴² fez o histórico e a defesa da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal. Um olhar retrospectivo sobre os argumentos da época dessa Súmula, editada na primeira série de súmulas em 1964, evidencia como o Direito Tributário evoluiu no Brasil, desprendendo-se de suas origens enraizadas no Direito Financeiro, que subordinava o poder impositivo à autorização orçamentária anual e à correspondente previsão da receita.

68. O traço dessa dependência ficou nítido na lição de Bilac Pinto, transcrita por Isaac Pereira da Silva:

A lei do imposto não tem a força obrigatória das outras leis: é uma lei imperfeita. Outro ato jurídico deve intervir para insuflar-lhe a vida que ela por si só não possui: é o orçamento da receita. A lei orçamentária não é outra coisa além disso, ao menos no que concerne à receita; é o ato de tornar a pôr anualmente em vigor a lei do imposto.⁴³

69. Com o Código Tributário Nacional, editado em 1966, logo após a Emenda nº 18 à Constituição de 1946, o Direito Tributário se desprendeu definitivamente do Direito Financeiro, passando a lei tributária a subordinar-se à mesma eficácia das leis comuns, dispondo enfaticamente o artigo 101 do CTN que “a vigência, no espaço e no tempo, da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral”, com as ressalvas do respectivo capítulo. Já o artigo 104 do mesmo Código, que consagra o princípio da anualidade, não mais condicionou a vigência e

⁴¹ Referência em: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 80.

⁴² SILVA, Isaac Pereira da. **Coisa julgada tributária**. Tese. Recife, 1970.

⁴³ PINTO, Bilac. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 203, *apud* SILVA, Isaac Pereira da. **Coisa julgada tributária**. Tese. Recife, 1970, p. 40-41.

eficácia da lei tributária à duração do exercício financeiro, passando ela a reger a relação jurídica entre o fisco e o contribuinte de modo contínuo.

70. É oportuno recordar que em época não distante chegou a ocorrer, no âmbito federal, o término do exercício financeiro sem que a lei orçamentária do exercício seguinte estivesse votada pelo Congresso Nacional,⁴⁴ o que ocasionou a paralisação da efetivação de inúmeras despesas, porque vedadas pelo artigo 167 da Constituição de 1988, sem que se interrompesse, a comprovar a autonomia dos ramos, a incidência das normas instituidoras de tributos e a ocorrência dos respectivos fatos geradores.

71. Portanto, o enunciado literal da Súmula 239 não mais se sustenta, estando francamente desmentido por abundante doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores. Sua utilidade, hoje, se resume a de um sinal de alerta ao particular beneficiado por sentença contrária ao fisco no sentido de que, se a lei tributária for posteriormente modificada em seu prejuízo – o que, normalmente, por força do princípio da anterioridade, somente pode ocorrer no início de cada exercício financeiro –, a nova disposição legal passará a ser aplicável às relações tributárias continuativas, por conta da reserva implícita que sustará a eficácia da sentença anterior a partir do início do exercício financeiro em que entrar em vigor a norma menos vantajosa.⁴⁵

72. No ponto, a única peculiaridade que deve ser reconhecida às lides tributárias no tratamento da questão das relações jurídicas continuativas é a que diz respeito à necessidade ou não de ação de modificação para revogar o comando da sentença que reconheceu a inexistência de obrigação tributária em face de determinada *fattispecie*, quando se modificarem as circunstâncias de fato ou de direito em que se fundamentou a decisão.

73. Pontes de Miranda, analisando amplamente a doutrina germânica, sustenta a necessidade dessa nova ação, bem como a eficácia *ex nunc* – a partir do seu ajuizamento

⁴⁴ Por exemplo, a Lei do Orçamento Anual (LOA) da União para o exercício financeiro de 2000 (nº 9.969) apenas foi aprovada no dia 11 de maio de 2000.

⁴⁵ Convém destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal tem deixado de aplicar a Súmula 239, reconhecendo a projeção temporal além do exercício financeiro da coisa julgada material, quando a relação jurídica não se modificou de um exercício para outro. Cf., nesse sentido: RE 93.048 e RE 109.073-SP, Rel. Ministro Rafael Mayer, acórdãos publicados respectivamente no DJU de 14 ago. 1981 e de 13 jun. 1986.

– da sentença desconstitutiva ou, para ele, de natureza mandamental, que vier a revogar o comando emergente da sentença anterior.⁴⁶

74. Esse entendimento não nos parece aplicável à matéria tributária.

75. Como a constituição do crédito tributário obrigatoriamente se subordina aos princípios constitucionais da Administração Pública, e deve conferir ao contribuinte todas as garantias para a demonstração da sua insubsistência,⁴⁷ entendemos que, por exceção, não depende o fisco de nova ação para romper a continuidade do não recolhimento do tributo em decorrência de sentença anterior favorável ao contribuinte se se modificarem, efetivamente, o suporte fático ou a legislação tributária a ponto de desfigurar a *fattispecie* que ensejou a decisão judicial anterior com trânsito em julgado.

76. À evidência, para a dispensa da nova ação, não basta, por exemplo, que a lei posterior tenha revogado a anterior, se a lei nova continuou regulando da mesma maneira a hipótese de incidência que foi objeto da sentença favorável anterior. Não basta, tampouco, que os fatos acessórios tenham se modificado. É preciso – e aqui se marca a posição quanto a um ponto essencial – que a modificação fática ou jurídica tenha atingido a essência do direito reconhecido na sentença.

77. São elucidativas, no ponto, as linhas seguintes de Tercio Sampaio Ferraz Jr:

Um regime jurídico tributário é um sistema de normas legais e princípios (estrutura) que configuram (qualificam) o fundamento da relação de direito público: certos fatos como geradores, conforme certa base de cálculo, donde a obrigação de determinados sujeitos pagarem um tributo ao Estado. Tendo em vista a tipicidade (reserva de lei) das normas referentes aos fatos geradores, à base de cálculo e ao sujeito, nelas estão o núcleo (estrutura) do sistema configurador de um esquema de agir. Decorrendo disto a incidência normativa, é possível dizer que uma alteração de um regime tributário requer uma modificação de sua *estrutura* nuclear, isto é, de regra básica que

⁴⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. rev. e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475), p. 150-151.

⁴⁷ Sobre o tema, cf. meu estudo anterior: GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo na execução fiscal. In: **Execução fiscal (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 249-266.

preside a relação entre o fato gerador, sua base de cálculo e a obrigação de pagar decorrente para determinados sujeitos.⁴⁸

78. Portanto, à sentença proferida em matéria tributária, notadamente quando decida questão ligada à relação jurídica continuativa, aplicar-se-ia a opinião de Kohler, citado por Pontes de Miranda, para quem esse tipo de sentença está sujeita a uma reserva implícita ou mesmo à cláusula *rebus sic stantibus* implícita. Em outras palavras, a sentença (e a coisa julgada) “é dada na pressuposição de que, mudando as circunstâncias, ocorra a modificação”.⁴⁹ Contudo, como bem observa Barbosa Moreira, não há necessidade de recorrer à figura da cláusula *rebus sic stantibus*, porque essa nova situação jurídica não tem nada de excepcional, eis que a coisa julgada que alcança o dispositivo da sentença está delimitada pelos fatos e pelo direito nela reconhecidos. Diante de novos fatos ou de novo direito, estar-se-ia diante de uma nova relação jurídica, que não desmente a eficácia da sentença quanto à relação jurídica anterior por ela acobertada.⁵⁰

V – A eficácia da declaração de constitucionalidade pelo STF sobre a coisa julgada anterior:

79. A Medida Provisória 2.180/2001 introduziu no artigo 741 do Código de Processo Civil um novo fundamento de inexigibilidade do título executivo judicial, consistente na superveniência à sentença de decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário em matéria constitucional.

80. A redação do dispositivo sofreu pequeno ajuste por meio da Lei 11.232/2005, responsável pela reformulação do sistema de execução de título judicial. Confira-se o texto atual:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

⁴⁸ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 88.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. rev. e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475), p. 150.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 112.

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

81. Idêntica causa superveniente de inexigibilidade consta do artigo 475-L, parágrafo primeiro, do CPC, também incluída pela Lei 11.232/2005:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...]

II – inexigibilidade do título;

[...]

§1º. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

82. Surgiu, a partir de então, especialmente em favor da Fazenda Pública, a tese da relativização da coisa julgada inconstitucional.⁵¹

⁵¹ O tema tem suscitado acalorados debates. Cf., a título ilustrativo: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, separata, vol. 384. p. 229-241; ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008; p. 371-383. TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). **Revista de Processo. REPRO**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n. 106. p. 38-83, abr./jun. 2002; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Coisa julgada relativa? In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 307-319; ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 83; CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 37.

83. Em defesa dessa tese, Humberto Theodoro Júnior,⁵² citando José Augusto Delgado e Paulo Roberto de Oliveira Lima, sustentou que a Constituição brasileira de 1988 não dispensou tratamento constitucional à coisa julgada, limitando-se a colocar o instituto processual a salvo dos efeitos da lei nova, como tema de direito intertemporal resultante do princípio da irretroatividade da lei. Assim, a regra do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna seria, na verdade, uma norma de sobre-direito dirigida ao legislador, que apenas o proíbe de prejudicar a coisa julgada, cabendo à legislação ordinária, por outro lado, a regulação do instituto, obviamente que sem afrontar a Constituição.

84. Para Cândido Rangel Dinamarco,⁵³ também em defesa da relativização, a inconstitucionalidade tornaria juridicamente impossíveis os efeitos materiais da decisão com trânsito em julgado, cuja inexistência poderia ser reconhecida a qualquer tempo e por qualquer meio processual, inclusive por meio da querela de nulidade.

85. Humberto Theodoro Júnior argumentou, ainda, que a ação rescisória não seria adequada para arguir a inconstitucionalidade da decisão, porque ela não é instrumento de declaração de nulidade da sentença, mas de desconstituição de sentença válida, além de estar sujeita a curto prazo decadencial. A inconstitucionalidade da coisa julgada poderia ser reconhecida, até de ofício, a qualquer tempo, em ação rescisória não sujeita a prazo, em ação declaratória de nulidade ou ainda em embargos à execução.⁵⁴

86. O autor citou julgados dos tribunais superiores que teriam relativizado a coisa julgada, estabelecendo a admissibilidade de nova investigação de paternidade, para realização do exame de DNA, por terem sido desrespeitadas as garantias constitucionais do reconhecimento da filiação e do processo justo,⁵⁵ determinando a reavaliação de

⁵² THEODORO JR., Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano V, n. 29, maio/jun. 2004, p.16-17. Na mesma linha, em data recente, cf.: THEODORO JR., Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 222 et seq.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, n° 109, ano 28, jan./mar.2003, p. 10 et. seq. Da mesma forma, em outro estudo, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Nova era do processo civil**. 2. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 217-270, passim.

⁵⁴ THEODORO JR., Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano V, n. 29, maio/jun. 2004, p. 19 e 20.

⁵⁵ STJ, 4ª Turma, REsp 226.436, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Texeira, DJU 4 mar. 2002.

imóvel expropriado em execução de sentença para realizar a garantia constitucional da justa indenização⁵⁶ e anulando segunda indenização pela desapropriação do mesmo imóvel, pela violação do princípio da justa indenização e dos princípios constitucionais da moralidade pública e da razoabilidade.⁵⁷

87. Segundo o Ministro José Augusto Delgado, é “impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade”,⁵⁸ sem cuja presença a segurança jurídica imposta pela coisa julgada “não é o tipo de segurança posto na Constituição Federal”, como complementa Cândido Rangel Dinamarco, fazendo referência ao mesmo julgado.⁵⁹

88. Antes de qualquer cogitação sobre os referidos argumentos, impende examinar se esses novos dispositivos legais podem atingir a coisa julgada formada anteriormente à sua vigência.

89. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro esclareceu a questão: “as hipóteses previstas no direito positivo que autorizam a desconsideração da coisa julgada somente podem ser aplicadas às situações existentes quando da vigência da respectiva lei, ou seja, o regime legal da coisa julgada é aquele vigente à época do trânsito em julgado da respectiva

Em data recente, conforme amplamente divulgado, o STF-Pleno, por maioria, reconheceu no RE 363.889 a possibilidade de realização de um novo exame de DNA, descartando a coisa julgada anterior, para prestigiar o direito à informação genética, elementar à dignidade da pessoa humana. DJU (ata de julgamento) 10 jun. 2011. Em decisão monocrática publicada (DJU) em 29 nov. 2011, o Ministro Celso de Mello, com a ressalva da sua posição pessoal, mas cedendo à colegialidade, aplicou idêntico entendimento para prover o RE 649.154.

⁵⁶ Cf., a título ilustrativo: STF, 1ª Turma, RE 93.412, Relator Ministro Luiz Rafael Mayer, acórdão de 4 maio 1982; RE 105.012, Relator Ministro José Néri da Silveira, acórdão de 9 fev. 1988.

⁵⁷ STJ, 1ª Turma, REsp 240.712, acórdão de 15 fev. 2000, relator Ministro José Augusto Delgado.

No voto, o Ministro José Delgado confirmou decisão que havia antecipado os efeitos da tutela em ação declaratória de nulidade ajuizada pelo Estado de São Paulo contra o reconhecimento judicial, com trânsito em julgado, do dever de pagar indenização a particulares por força de desapropriação indireta de terras públicas. Segue o trecho relevante: “Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. Esse meu posicionamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes. Pelo contrário. A sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via dos tributos pagos, a máquina estatal.”

⁵⁸ Trecho do voto no REsp 240.712, referido na nota anterior.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, n° 109, ano 28, jan./mar.2003, p. 15.

sentença – *tempus regit actum*”.⁶⁰ Nesse sentido, convém recordar, em reforço, que o próprio Supremo Tribunal Federal, a respeito das novas hipóteses de ação rescisória criadas pelo Código Processual de 1973, decidiu que elas apenas teriam aplicação às sentenças transitadas em julgado após o início da sua vigência.⁶¹

90. E mais. Em linha de coerência, justamente para assegurar o princípio maior da segurança jurídica, deve-se admitir a aplicação dos referidos dispositivos legais somente àquelas sentenças proferidas após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, quando proferida a sentença, ela não poderia ser tachada de ilegal e tampouco acusada de contrariar a posição da Corte Suprema em controle concentrado.

91. Fixada essa premissa de direito intertemporal manifestamente relevante ao escopo do presente estudo, parece-me, voltando aos argumentos quanto à relativização, que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um instrumento indispensável à eficácia concreta do direito fundamental à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e também no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, e essencial à tutela jurisdicional efetiva, direito fundamental igualmente consagrado no inciso XXXV do mesmo artigo da Carta Magna.⁶²

92. Em reforço, Nelson Nery Júnior, citando Pollak, aduziu que a “ocorrência da coisa julgada material apresenta-se como o centro do direito processual civil, enquanto essa mesma coisa julgada material cria a segurança jurídica intangível”.⁶³

⁶⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, separata, v. 384. p. 237.

⁶¹ “As condições de admissibilidade da rescisória são as da lei vigente ao tempo do trânsito em julgado de sentença rescindenda” (STF, RE 85.750/RJ, publicado na *RTJ* 82/982). No mesmo sentido, ver: STF, AR 1.066/MG, *RTJ* 120/969.

⁶² Cf. meu estudo: GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 266.

Também em sentido contrário à tese da relativização, ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: **Temas de Direito Processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235 et seq.; GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 175 et. seq.

⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 501. Em outra passagem, afirmou que “o processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais. Sem democracia e sem Estado Democrático de Direito o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. *Desconsiderar* a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo.” NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização

93. Para Luiz Guilherme Marinoni, em síntese lapidar, “eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio – como também parece ser uma tese fundada na ideia de impor um controle sobre as situações pretéritas”.⁶⁴

94. Encerrada, portanto, essa análise global envolvendo o tema da relativização da coisa julgada, impende agora assentar duas premissas fundamentais. A primeira delas está em saber se a decisão do STF que declara com eficácia *erga omnes* a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei tem força de coisa julgada, isto é, se é decisão que implica em um julgamento coletivo de – e para – todas as causas em que o dispositivo legal questionado tenha sido ou possa vir a ser aplicado. A segunda diz respeito à definição da função do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito.

95. Quanto à primeira premissa, recordamos que Mauro Cappelletti, em clássico estudo,⁶⁵ demonstrou claramente que a prejudicial constitucional, que é o objeto do controle concentrado realizado pela Corte Constitucional, constitui ação autônoma, com elementos individualizadores próprios, que não a identificam com as ações individuais em que a mesma questão constitucional tenha indispensável relevância.

96. O processo constitucional das liberdades, como o autor o denominava, tem por objeto uma norma abstrata: é uma categoria jurídico-processual autônoma. O seu *objeto imediato* é a anulação da lei inconstitucional, ao passo que o seu *objeto mediato* é a eliminação do estado de sujeição da coletividade à norma impugnada. Outro é o objeto das ações individuais que almejam atribuir ao autor um bem da vida, objeto que, pelas suas características, não é destinatário de nenhum pronunciamento no processo constitucional.

97. Não há, assim, que falar em *coisa julgada erga omnes*, formada no processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade. O bem da vida atribuído ou não a uma das partes na ação individual não é atribuído a ninguém no processo

(*desconsideração*) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 295.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p. 23.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale nel processo civile**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1972. p. 35-37.

constitucional das liberdades, do qual esse bem – específico – da vida não é objeto. A força vinculante que decorre do controle concentrado corresponde à eficácia do precedente da *common law*, mas não tem autoridade, por si mesma, para se sobrepor ao ato de vontade do Estado que, no julgamento do caso concreto, atribuiu ou não o bem disputado a este ou àquele litigante.⁶⁶

98. Em reforço, merece ser reproduzida a lição de Barbosa Moreira a respeito da diferença entre a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade e a decisão judicial do caso concreto, esta acobertada pelo manto da coisa julgada:

A diferença pode ser explicada pelo fato da *cisão* que a coisa julgada produz entre a *norma abstrata* em que se baseou o juiz e a *norma concreta* resultante da aplicação daquela. A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.⁶⁷

99. Não há, portanto, uma coisa julgada posterior, fruto do controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, apta a desfazer a coisa julgada anterior, formada em processo quanto a um bem da vida específico, mas sim dois atos de vontade do Estado com as suas respectivas eficácias delimitadas pelos respectivos objetos litigiosos.

100. A segunda premissa, como adiantado, diz respeito à definição da função do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito.

101. No ponto, as pedras fundamentais em que se assenta toda organização política do Estado Democrático de Direito são a dignidade humana e o respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, conforme destacado no preâmbulo e no artigo 1º da nossa Carta Magna.⁶⁸

⁶⁶ Sobre o tema, cf. PIZZORUSSO, Alessandro. Gli effetti delle decisioni delle Corte costituzionali nei giudizi ordinari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè Editore, ano XLI, 1987, p. 911.

⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p.103.

⁶⁸ Para o STF, o postulado da dignidade da pessoa humana, “considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)”, constitui “significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo

102. Não é o Estado que cria e define o alcance dos direitos fundamentais. São os direitos fundamentais que justificam a partilha de poderes e a organização estatal e condicionam as ações do Estado.

103. Conforme acentuou Otto Bachof,⁶⁹ os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado para tornarem-se direitos diretamente aplicáveis, deixando de ter validade apenas no âmbito da lei para, na atualidade, servir de suporte para a própria lei, que passou a ter validade se conforme os direitos fundamentais.

104. Nesta concepção antropocêntrica do Estado de Direito, o vigor do controle judicial de constitucionalidade decorre da enérgica pretensão de validez das normas materiais da Constituição, de uma pauta de valores que não foi criada pela Constituição, nem se esgota no Texto Maior (cf. a abertura existente no artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição de 1988, na redação da EC 45/2004), mas que a Constituição foi haurir nos valores determinantes da cultura ocidental e numa ideia de homem que descansa nesses valores.⁷⁰

105. O controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais. A organização dos poderes, o federalismo, o sistema partidário e eleitoral, a organização econômica, o sistema tributário, todos servem à realização dos valores humanitários almejados pela Constituição.

106. Por isso, das decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, uma vez que essa afronta representaria o total desvirtuamento da função primordial do próprio controle.⁷¹

107. César Garcia Novoa, referindo-se especificamente à matéria tributária, ao comentar decisões do Tribunal Constitucional espanhol, mostra que a declaração de inconstitucionalidade não pode atingir situações jurídicas consolidadas, seja por

expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”. (HC 85.988, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 4 maio 2010).

⁶⁹ BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987. p. 39-41.

⁷⁰ BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987. p. 39-41.

⁷¹ Na jurisprudência do STJ, em reforço, cf.: “Apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.” (MC 12.581/RN AgRg, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em 8 jun. 2011).

sentenças judiciais transitadas em julgado, seja por decisões administrativas definitivas, seja pelo recolhimento espontâneo do tributo pelo contribuinte.⁷²

108. Entre nós, soa inteiramente acertada a opinião de Helena de Araújo Lopes Xavier,⁷³ para quem a invalidade da lei declarada genericamente opera de imediato, anulando os efeitos dos atos praticados no passado, salvo com relação à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. No campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, nem deve alcançar o lançamento definitivo, os créditos prescritos e outras situações que denotem vantagem econômica para o contribuinte.

109. Luiz Guilherme Marinoni recorda que, em 1995, Clèmerson Merlin Clève já assinalara que “a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade” e que o próprio Gilmar Ferreira Mendes, em 1990, em obra, portanto, bem anterior à Lei 9.868/1999, também já observara que a doutrina da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade tem uma ressalva expressa: a coisa julgada.⁷⁴

110. O próprio Marinoni, por outro lado, pontificou que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei, mas uma interpretação judicial que se desprende do texto legal, originando, assim, a norma jurídica do caso concreto.⁷⁵

111. Ainda quanto à segunda premissa, há um outro aspecto ligado a hipótese diametralmente oposta à que estamos analisando.

112. Se a decisão da Corte Suprema se deu em controle difuso, no julgamento de um caso concreto entre duas outras partes, parece não haver dúvida de que nenhuma influência essa decisão terá sobre a coisa julgada anterior formada em causa de litigante diverso. Cada sentença regula a relação jurídica do contribuinte por ela atingido com o fisco.

113. Eis a lição categórica de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

⁷² NOVOA, César Garcia. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 210-215, *passim*.

⁷³ XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Conseqüências da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 21, jun. 1997, p.47.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p. 19.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p. 21.

Como abordado anteriormente, quanto à sucessão de sentenças na dimensão temporal, há de se lembrar a dinâmica específica das normas individuais (*lex inter partes*). Assim, a sentença rescindente revoga a rescindida, o que somente se opera pelo seu trânsito em julgado, em processo que envolva as mesmas partes. Se a coisa julgada forma lei com alcance subjetivo limitado às partes, essa norma individual somente pode ser revogada, ter seus efeitos obstados, por outra norma individual para as mesmas partes, eficácia que pode ser obtida pelo trânsito em julgado da ação rescisória contra aquela sentença.⁷⁶

114. É necessário assinalar o erro de se pretender dar força normativa às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, esquecendo-se de que somente o Senado Federal pode retirar a lei, nesse caso, do ordenamento jurídico.⁷⁷ Por outro lado, se a decisão do STF tiver se dado em controle concentrado, o §2º do artigo 102 da Constituição determina, expressamente, que essa decisão terá “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos *demais* órgãos do Poder Judiciário”.

115. É necessário, ainda, afastar qualquer correlação direta com os sistemas de controle de constitucionalidade do continente europeu, nos quais, de um modo geral, os juízes e tribunais inferiores não podem deixar de aplicar a lei que considerem inconstitucional. Dessa forma, quando lá a Corte Constitucional se pronuncia pela constitucionalidade, nada ela acrescenta ao ordenamento jurídico, pois todos os juízes já observavam o comando da lei nas suas decisões.

116. A rigor, no sistema brasileiro a diferença é mais aparente do que real.

⁷⁶ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 89.

⁷⁷ Artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988.

Esse dispositivo da Constituição tem merecido atenção da doutrina especializada, que chega a considerar a competência atribuída ao Senado um anacronismo, uma vez que a decisão do STF-Pleno, seja no controle difuso ou no controle concentrado, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Cf.: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150-153; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1084-1091.

Ainda não há manifestação conclusiva do próprio Supremo sobre o ponto. O julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, que trata do assunto e conta com dois votos a favor e dois contra a mutação da função do Senado, aguarda inclusão em pauta, depois de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski em abril de 2007.

117. A declaração de constitucionalidade em controle concentrado não cria direito novo.⁷⁸

118. Isso porque a lei já existia e já produzia todos os seus efeitos desde o início da sua vigência. Tanto não cria direito novo, constituindo precedente que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, e não o próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 2º do artigo 102 da Constituição, que a Corte Constitucional pode vir a mudar o seu entendimento em julgamento futuro.⁷⁹

119. E não cria direito novo porque a Corte Constitucional pode atuar como legislador negativo, retirando a lei do ordenamento jurídico pela declaração de inconstitucionalidade, mas não pode funcionar como legislador positivo, o que cabe

⁷⁸ Nesse sentido, ver: CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 15, abr. 1996, p. 197. Nas palavras do autor: “[...] no meio do caminho, entre partes perfeitamente identificadas, pode dar-se a cristalização do direito deduzido na lide pela ocorrência da coisa julgada. E, nesse caso, ulterior decisão contrária do STF, em via de controle difuso, entre outras partes (*res inter alios*), não afeta a decisão que já transitou em julgado. Tampouco dita decisão será afetada por acórdão em sentido contrário e posterior do STF, em via de processo concentrado de controle de constitucionalidade. Neste caso, o prestígio da coisa julgada serve de anteparo ao direito da parte que venceu a demanda e já recebeu a prestação jurisdicional. [...] a preponderar o pensamento contrário, teríamos a provisoriedade de todas as decisões que não fossem do STF sobre questão constitucional, ainda quando já transitadas em julgado, formal e materialmente falando. Estaria instalado o caos jurídico, tão abominado pelo direito tedesco e ofendendo os princípios da certeza e da segurança do direito revelado nas decisões judiciais”. Cf., ainda, com referência ao controle difuso: THEODORO JR., Humberto. Ação rescisória - Matéria tributária - Decisão incidental do STF - Proclamação de constitucionalidade de lei anteriormente havida como inconstitucional - Descabimento da rescisão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 87, jul.1997, p. 199.

Contudo, parte da doutrina reconhece que a decisão do Supremo, no controle concentrado, cria direito novo, interferindo na eficácia da coisa julgada anterior. Nesse sentido, ver, em especial: NETO, Nelson Monteiro. Inexigibilidade de tributo, coisa julgada e mudança na situação de direito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 169, out. 2009, p. 107-111; NETO, Nelson Monteiro. Declaração genérica sobre “toda e qualquer operação de certo tipo”, coisa julgada, e Súmula Vinculante (art. 4º da Lei n.º 11.417). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 140, mai. 2007, p. 69-75; GROSS, Marco Eugênio. A posterior declaração de (in)constitucionalidade contrária ao conteúdo de decisões já passadas em julgado em matéria tributária: um conflito entre a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 185, jul. 2010, p. 151; SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. **Revista de Processo**, n. 94, abr. 1999, p. 109.

⁷⁹ A assertiva encontra expressa guarida no chamado processo de inconstitucionalização das normas declaradas constitucionais pelo Supremo, verificado nas hipóteses de mutação dos substratos fático-jurídicos que serviram de base para a decisão anterior. Cf., por exemplo: STF, HC 70.514, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23 mar. 1994; RE 135.328, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29 jun. 1994.

O limite à mudança de posição pela Corte está na chamada vedação ao retrocesso. Na jurisprudência, com relação à teoria: “um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. Esse o significado último de uma cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso.” (STF, ADI 3.104, Relatora Min. Carmén Lúcia, Tribunal Pleno, trecho do voto Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 26 set. 2007).

privativamente ao Poder Legislativo e, excepcionalmente, ao Poder Executivo, por força de expressas disposições constitucionais.⁸⁰

120. Por outro lado, a declaração de constitucionalidade da lei em abstrato não restringe a eficácia dos direitos fundamentais em que se assenta a imutabilidade da coisa julgada anterior, pois a relação jurídica continuativa prossegue regida pela norma concreta resultante da coisa julgada, que vincula e impera entre as partes a ela submetidas.

121. Assim é que, para que a declaração de inexistência da obrigação de recolher determinado tributo, decorrente da coisa julgada, perdesse eficácia era necessária a edição de uma nova lei tributária, capaz de estabelecer uma nova relação jurídico-tributária entre as partes, no que é enfático o artigo 97 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “somente a lei pode estabelecer [...] a instituição de tributos, ou a sua extinção” (inciso I).

122. Sobre o ponto, corretas, uma vez mais, as lições de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

[...] é de se ressaltar que se, hipoteticamente, a lei posterior pode inaugurar nova relação jurídico-tributária, é preciso entender o que significa *nova relação*. A relação será nova quando a modificação ocorrida na lei atingir todos os elementos estruturados e isto ocorre desde que seja completa (“mudança dos termos da relação”), isto é, a modificação atinja todos os elementos básica e normativamente estruturados: o fato gerador (critério subjetivo, critério temporal, critério espacial, critério material) e a – *correspondente* – consequência normativa (alíquota, base de cálculo). Isto é, para haver mudança dos “termos da relação” é preciso que a modificação daquela consequência ocorra por força da modificação do fato gerador e não por simples alteração de alíquota, mantendo-se a mesma hipótese de incidência.⁸¹

⁸⁰ Artigo 62 da Constituição de 1988, por exemplo.

⁸¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 89-90.

123. A cessação posterior da eficácia da coisa julgada formada entre as partes, quanto à inexistência de relação jurídico-tributária, apenas ocorrerá por força de uma mudança legislativa capaz de atingir todos os elementos estruturais dessa anterior relação jurídica, para então constituir uma relação nova, sendo irrelevantes, por isso, os adornos ou as alterações secundárias, como aquelas que tocam, por exemplo, na simples fixação das alíquotas,⁸² ou a rediscussão dos fundamentos jurídicos da decisão em plano inteiramente diverso.

124. Em conclusão, somente lei formal nova, posterior à coisa julgada, que defina a relação fisco-contribuinte de modo contrário ao dispositivo da decisão na ação declaratória anterior, constituirá direito novo (ou situação jurídica nova) apta a fazer cessar a eficácia declaratória negativa da *res judicata*.

125. Cabe-nos agora, para encerrar este tópico, ressaltar que o §1º do artigo 475-L, assim como o parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil, decorrentes, como visto, da Lei 11.232/2005, se não são inconstitucionais, eles próprios, por violação dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à tutela jurisdicional efetiva,⁸³ nada mais fizeram do que suprimir para o futuro a exigibilidade do título

⁸² É o que ocorre, por exemplo, com as inúmeras leis que alteraram aspectos secundários da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei nº 7.689/1988. Sobre a manutenção do regime jurídico elementar, confira-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.118.893/MG, julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

⁸³ Ainda não há manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não dos referidos dispositivos. O debate está lançado na ADI 2.418, ajuizada pela OAB e distribuída em 22 fev. 2001 (com sucessivas substituições de Relatores, alguns pedidos de ingresso como *amicus curiae*, com pedido de preferência e até mesmo com parecer favorável da Procuradoria Geral da República, no ponto) e nos Recursos Extraordinários 590.880; 611.503 e 586.068.

Ao reconhecer a repercussão geral no RE 611.503, o Ministro Marco Aurélio afirmou: “A toda evidência, cumpre ao Supremo a guarda maior da Constituição Federal. Dela nos vem a imutabilidade da coisa julgada. O Documento Básico da República prevê a mitigação, apenas, no caso da ação de impugnação autônoma – a rescisória. Embora o acórdão do Tribunal Regional Federal esteja em harmonia com essa óptica, é conveniente o Supremo enfrentar a matéria, porquanto esta se mostra passível de repetir-se em inúmeros processos.”

O RE 590.880, que enfrenta o artigo 884, §5º, da CLT (com semelhante redação), começou a ser julgado em 24 mar. 2010, oportunidade em que se manifestaram favoravelmente à insubsistência do título executivo judicial, conferindo valia à tese da relativização, a Ministra Ellen Gracie, relatora, e os Ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Em sentido oposto, prestigiando a coisa julgada, votaram os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso. O Ministro Marco Aurélio, também favorável à coisa julgada, conferia maior amplitude ao julgamento para declarar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo. O julgamento está suspenso, desde então, com pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Há reiteradas decisões monocráticas do Ministro Celso de Mello a favor da coisa julgada. Segue trecho elucidativo da ementa: “A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso

executivo que tenha emanado da sentença condenatória anterior incompatível com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

126. Isso porque, a toda evidência, a exigibilidade, na clássica lição de Carnelutti,⁸⁴ exprime a inexistência de impedimento à eficácia atual do crédito constante de um título executivo. Mas esse impedimento, se verificado, não revoga, não anula e nem torna ilícitos os demais efeitos de direito material decorrentes do título executivo.

127. Recorde-se, ademais, como acima se expôs, que a exigibilidade não é atributo das sentenças meramente declaratórias e, ainda que se pudesse admitir a perda daquilo que nunca se teve, parece-nos acertado afirmar que a ineficácia superveniente não produzirá nenhuma consequência sobre a certeza do direito material acobertada pela coisa definitivamente julgada.

128. Como diz Luiz Guilherme Marinoni, essa esdrúxula modalidade de *inexigibilidade* se baseia na “falsa suposição de que os embargos do executado devem servir para manter a uniformidade das decisões jurisdicionais, como se a coisa julgada fosse um valor menor e insignificante”.⁸⁵

129. A segurança jurídica, como direito fundamental, é o limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão posterior do Supremo Tribunal Federal. Também por força da segurança jurídica, como visto, o único instrumento processual cabível para essa anulação, alcançando os efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, isso se ainda subsistir o prazo bienal para a sua propositura.

130. E mais. As próprias ações previstas no ordenamento infraconstitucional, como meios de ataque da sentença transitada em julgado – a saber, a ação rescisória,

temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes”. (STF, RE 594.350/RS, decisão monocrática de 25 maio 2010. Agravo Regimental pendente de julgamento. No mesmo sentido, do mesmo Ministro Relator, cf. decisões singulares nos recursos 594.892; 603.023; 595.565; e 592.912.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Processo di esecuzione**. Padova: CEDAM, 1932. v. I, p. 264.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p.24.

disciplinada a partir do artigo 485, os embargos à execução, com fundamento no artigo 741, parágrafo único, a impugnação ao cumprimento de sentença, com fundamento no art. 475-L, §1º, todos do Código de Processo Civil, e a chamada querela de nulidade, de criação pretoriana, com a aplicação extensiva das hipóteses do artigo 741, inciso I, também do Diploma Processual, às sentenças que não ensejam execução autônoma –, merecem severa análise à luz da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva, como direitos fundamentais, e da própria coisa julgada, como garantia indispensável desses direitos.

131. Firmadas essas premissas, parece-nos claro que a declaração de constitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao firmado posteriormente pela Corte Suprema sobre a questão constitucional.⁸⁶

VI – O Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

132. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional publicou no Diário Oficial da União de 26 de maio de 2011 o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, aprovado pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, concluindo, em síntese, que:

- (i) a alteração nos suportes fático ou jurídico existentes ao tempo da prolação de decisão judicial voltada à disciplina de relações jurídicas tributárias continuativas faz cessar, dali para frente, a eficácia vinculante dela emergente em razão do seu trânsito em julgado;
- (ii) possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, precisamente por serem dotados dos atributos da definitividade e objetividade, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade,

⁸⁶ O raciocínio se aplica, voltando ao exemplo referido em nota anterior, à declaração de constitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei nº 7.689/1988, nos termos do julgamento da ADI nº 15-2/DF, ocorrido em junho de 2007. Na linha exposta no presente estudo, essa declaração de constitucionalidade é incapaz, por si, de macular as sentenças declaratórias de inexistência de relação jurídica tributária anteriores, com trânsito em julgado favorável ao contribuinte.

independentemente da época em que prolatados; (ii) quando posteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e sejam confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte;

(iii) o advento de precedente objetivo e definitivo do STF configura circunstância jurídica nova apta a fazer cessar a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhe forem contrárias;

(iv) como a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado é automática, com o advento do precedente objetivo e definitivo do STF, quando no sentido da constitucionalidade da lei tributária, o Fisco retoma o direito de cobrar o tributo em relação aos fatos geradores ocorridos daí para frente, sem que, para tanto, necessite ajuizar ação judicial; por outro lado, com o advento do precedente objetivo e definitivo do STF, quando no sentido da inconstitucionalidade da lei tributária, o contribuinte-autor deixa de estar obrigado ao recolhimento do tributo, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que, para tanto, necessite ajuizar ação judicial;

(v) em regra, o termo *a quo* para o exercício do direito conferido ao contribuinte-autor de deixar de pagar o tributo antes tido por constitucional pela coisa julgada, ou conferido ao Fisco de voltar a cobrar o tributo antes tido por inconstitucional pela coisa julgada, é a data do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STF. Excepciona-se essa regra, no que tange ao direito do Fisco de voltar a cobrar, naquelas específicas hipóteses em que a cessação da eficácia

da decisão tributária transitada em julgado tenha ocorrido em momento anterior à publicação deste Parecer, e tenha havido inércia dos agentes fazendários quanto à cobrança; nessas hipóteses, o termo *a quo* do direito conferido ao Fisco de voltar a exigir, do contribuinte autor, o tributo em questão, é a publicação do presente Parecer.⁸⁷ (grifo nosso).

133. *Concessa venia*, tão fora de propósito é a busca de racionalidade do Parecer em exame que ele procura determinar a incidência dessa nova e idealizada fonte de direito tributário já a partir da sua publicação, esquecendo-se, ao que tudo indica, dos princípios constitucionais que regem o direito tributário, dentre eles, para iniciar pelo exemplo mais marcante, o princípio da anterioridade.⁸⁸

VI.1 – Coisa julgada e isonomia:

134. Há mais. Um dos fundamentos das objeções à prevalência da coisa julgada anterior em face do advento de julgado do Supremo Tribunal Federal, a ela contraposto em matéria constitucional, é a violação ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que, segundo o enfoque adotado pela Fazenda,⁸⁹ quem tiver ido ao Judiciário e obtido decisão favorável, com trânsito em julgado, acabará se beneficiando de um tratamento privilegiado em relação à interpretação da lei fixada pela Corte Suprema e aplicável a todos os demais cidadãos.

135. Desde a Antiguidade, convém frisar, o conceito de justiça está intimamente vinculado ao de igualdade. Aristóteles, na sua conhecida e sempre citada *Ética a Nicômaco*, pregava que “*se, portanto o injusto é o desigual, o justo é o igual*”.⁹⁰

136. Por isso, o direito fundamental à igualdade não se limita a um direito à igualdade *perante a lei*, a que corresponde um dever imposto ao legislador, mas inclui a

⁸⁷ DJU – Seção 1, ano 148, nº 100, Brasília, 26 maio 2011, p. 22 et seq.

⁸⁸ Constituição Federal, artigo 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

⁸⁹ Cf., em especial, parágrafo 86 et seq. do PGFN/CRJ/Nº 492/2011.

⁹⁰ Cf.: ARISTÓTELES, *Ética Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. Livro V, capítulo 3, p. 108,

igualdade *na lei*, ou seja, na sua aplicação, por parte dos administradores e do próprio Poder Judiciário.

137. A aplicação do princípio da igualdade pressupõe que as situações envolvidas apresentem *pontos de comparação*. De acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos,⁹¹ a igualdade protege os indivíduos ou grupos de indivíduos que se encontrem em uma situação *comparável*, não bastando apenas uma situação *semelhante*.

138. Ora, são absolutamente incomparáveis as situações dos contribuintes beneficiados pela declaração de inexistência da obrigação de recolher certo tributo em determinada época, em relação às de outros contribuintes que, não tendo obtido qualquer pronunciamento judicial conclusivo, são alcançados pela declaração de constitucionalidade do tributo mais de dez anos depois. O comportamento que o Estado de Direito pode exigir de uns e de outros é totalmente diferente, em face das circunstâncias fático-jurídicas em que se encontram.

139. Os precedentes judiciais e os mecanismos de uniformização de jurisprudência se destinam, justamente, a assegurar essa igualdade, assim como na elaboração das leis o legislador resguarda as situações jurídicas pré-existentes, por força do próprio inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição. E quando se depara com relações jurídicas continuativas, o legislador normalmente estabelece regras de transição.

140. Nesse aspecto, como cediço, ainda hoje o direito brasileiro deixa muito a desejar, não só porque os mecanismos existentes ainda se limitam, em grande parte, a prover apenas uma homogeneização da interpretação da lei, desprezando, por completo, todas as desigualdades de tratamento decorrentes do julgamento das questões de fato, mas também porque, frequentemente, esses mecanismos admitem a coexistência, dentro do mesmo tribunal, de órgãos fracionários com entendimentos diversos sobre as mesmas questões, circunstância que acaba favorecendo – ao invés de coibir – as mudanças bruscas na jurisprudência, muitas vezes ocorridas sem qualquer justificativa razoável.

141. Alguns tribunais constitucionais, como o da Alemanha e o da Espanha, já assentaram, como pressuposto essencial à eficácia do direito fundamental à igualdade, a homogeneidade e continuidade das decisões de cada tribunal integrante da estrutura

⁹¹ MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Genève: LGDJ Éditions, 2003. p. 20.

jurisdicional do Estado, não devendo as Cortes adotar mudanças repentinas e infundadas em sua jurisprudência justamente para não ocasionar desigualdade de tratamento na aplicação da lei.⁹²

142. Afastada, portanto, a comparabilidade que poderia ensejar a aplicação do princípio da igualdade, cumpre, de qualquer modo, reconhecer que a ocorrência de decisões desiguais é, em muitos casos, inevitável, fruto do próprio sistema judiciário liberal que faculta a qualquer cidadão ingressar sozinho em juízo para postular a proteção de qualquer situação que considere agasalhada pela lei.⁹³

143. Para evitar e corrigir essas situações de desigualdade, os sistemas processuais instituem os recursos e, após o trânsito em julgado da decisão, mas dentro de certo prazo, estabelecem ainda a possibilidade de rescisão dessa decisão por meio de um remédio que o Código de Processo Civil brasileiro denomina de ação rescisória.⁹⁴

144. Aliás, o direito brasileiro é exageradamente favorável ao restabelecimento do primado da igualdade, o que se pode notar tanto pelo número excessivo de recursos disponíveis, quanto pela largueza dos fundamentos de admissão da ação rescisória, a exemplo do erro de fato, da aparição de prova nova ou da alegação de prova falsa, bem como em razão de qualquer violação de literal disposição de lei, mesmo que a matéria tenha sido amplamente discutida e apreciada em todas as instâncias no processo de que resultou a sentença rescindenda.

145. Recentemente, o incidente de recursos especiais repetitivos⁹⁵ e, no novo Código de Processo Civil em tramitação no Congresso Nacional,⁹⁶ o incidente de julgamento de demandas repetitivas revelam a clara intenção do legislador processual de aperfeiçoar, ainda mais, essa busca de igualdade na administração e distribuição da Justiça.

⁹² ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.). **Interpreting precedents**. England, Hants: Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 17-64, passim; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.). **Interpreting precedents**. England, Hants: Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 259-292, passim.

⁹³ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 593-595.

⁹⁴ Artigo 485 e seguintes, CPC.

⁹⁵ Cf. o artigo 543-C, do CPC, incluído pela Lei 11.672/2008.

⁹⁶ Art. 930 do Projeto de Lei nº 8.406/2010 da Câmara dos Deputados.

146. Mas a igualdade, como princípio constitucional, não tem valor absoluto, merecendo de Willis Santiago Guerra Filho a classificação como um princípio constitucional geral, com grau de eficácia inferior ao dos princípios estruturantes, a exemplo do princípio do Estado de Direito, do princípio democrático e do princípio federativo.⁹⁷ Recorde-se, em reforço, que a relativa indeterminação é também característica dos princípios constitucionais.⁹⁸

147. Assim, ninguém duvida que a livre iniciativa protege a propriedade privada dos meios de produção. Todavia, em que medida ela impede o exercício pelo Estado ou por entidades públicas de atividades econômicas? Essa questão bem exemplifica a mencionada indeterminação. E dela resulta que, na colisão desses princípios, a prevalência de um não pode significar, necessariamente, o desprezo completo ao outro.⁹⁹

148. Mais do que isso. Quando um princípio, como o da igualdade, é também um direito fundamental, a sua eficácia está normalmente limitada por outros direitos fundamentais tão ou mais valiosos do ponto de vista humanitário, como é o caso dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à tutela jurisdicional efetiva, que constituem, como visto acima, o substrato da coisa julgada.

149. Assim, na impossibilidade de uma intuitiva hierarquização entre esses direitos fundamentais, pode o legislador estabelecer um limite à eficácia de cada um deles.

150. É o que faz o legislador processual civil ao permitir que se sobreponha à segurança jurídica resguardada pela coisa julgada qualquer outro direito subjetivo, desde que previsto dentre as hipóteses de admissibilidade da ação rescisória e invocado no prazo de dois anos.

151. Entre esses direitos que não podem ser opostos à segurança jurídica fora dos limites da ação rescisória se encontra, notadamente, o direito à igualdade, pois a coisa julgada, assim com a igualdade, é um sub-princípio do Estado de Direito e, como tal, não pode ser simplesmente ignorada. As exceções ficam por conta da necessidade de se

⁹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora SRS, 2005. p. 57 e 70.

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 52-53.

⁹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora SRS, 2005. p. 57. Ver, ainda: JOUANJAN, Olivier. **Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand**. Paris: Ed. Economica, 1992. P. 199-200.

assegurar o primado de algum outro direito fundamental inquestionavelmente mais valioso, como acontece, por exemplo, com o direito à liberdade de locomoção.¹⁰⁰

152. O grande jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris se valeu do conflito entre a igualdade e a segurança jurídica para demonstrar, justamente, a flexibilidade da harmonização de princípios na teoria geral do direito contemporâneo, distinguindo a *contradição* valorativa da *diferenciação* valorativa.¹⁰¹

153. Nessa linha, é a gravidade ou a intensidade das exceções aos princípios da igualdade, da livre iniciativa ou da livre concorrência que podem pôr em risco a unidade do sistema jurídico e acarretar a sua invalidade e não a sua ocasional suplantação por um outro princípio constitucional geral, como o da segurança jurídica, em relação ao qual, como se antecipou há pouco, o legislador convive amplamente com as hipóteses de violação ao permitir extensas vias de impugnação e de procrastinação da solução definitiva dos litígios, não obstante a celeridade do processo seja também entre nós um direito fundamental, especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

154. Portanto, quanto a essa premissa do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, considero inconsistente a alegada violação da isonomia pela acentuada desigualdade das situações fático-jurídicas em jogo. Mas, ainda que comparáveis, a violação da isonomia apenas obrigará a desconstituição da coisa julgada civil se caracterizada uma das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória e não houver escoado o prazo bienal do artigo 495 do Código de Processo Civil.

155. Fora dessas hipóteses, ou decorrido esse prazo, prevalecerá a coisa julgada.

156. E essa prevalência poderá derogar, no caso concreto, a eficácia do princípio da isonomia, assim como a dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência ou de qualquer outro princípio cuja inobservância não caracterize a vulneração de um direito fundamental manifestamente mais valioso do ponto de vista humanitário do que a segurança jurídica.

¹⁰⁰ Nessa linha, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça recentemente destacou que “apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.” (MC-AgRg 12.581/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em: 8 jun. 2011).

¹⁰¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **El sistema en la jurisprudencia**. Madrid: Consejo General del Notariado, 1998. p. 142-146.

VI.2 – O advento de entendimento do STF contraposto à coisa julgada:

157. Como já se afirmou nas linhas anteriores, o legislador ordinário, ao regular a ação rescisória, estabeleceu o limite em que a segurança jurídica, garantida pela coisa julgada, poderá ser desprezada em benefício da observância de outros princípios ou direitos constitucionalmente assegurados.

158. Aliás, nesse particular, sequer é necessário que o Supremo Tribunal Federal venha a se pronunciar sobre a matéria em sentido oposto ao da decisão com trânsito em julgado, posteriormente à sua verificação, para que se admita o cabimento da ação rescisória, uma vez que os seus limites, exageradamente amplos, contemplam qualquer violação da lei.

159. Fora dos casos de rescisória previstos pelo legislador, pode e até mesmo deve a lei contemplar outros em que a violação pela sentença transitada em julgado de direitos fundamentais de excepcional valor humanitário deve ensejar, a qualquer tempo, a anulação da decisão ou a recusa da sua execução, se ela ainda não houver produzido e esgotado todos os seus efeitos.

160. É o que faz o Código de Processo Penal ao não fixar prazo para a revisão criminal em benefício do réu, pois a liberdade humana, atingida ou ameaçada pela condenação criminal, é seguramente um dos mais relevantes direitos fundamentais, sobrepujando-se à segurança jurídica, o que vem comprovado pelos inúmeros dispositivos do artigo 5º da Constituição que resguardam a liberdade.

161. É o que ocorre, também, com o inciso I do artigo 741 e com o inciso I do artigo 475-L, ambos do Código de Processo Civil, que se apressam a afastar a imutabilidade da coisa julgada dos casos em que a sentença resultou de um processo que correu à revelia do réu, em razão da falta ou nulidade de citação. Aqui, como se pode facilmente inferir, o direito fundamental à ampla defesa foi tomado em conta sensivelmente mais valioso do que a segurança jurídica, uma vez que ninguém poderá perder um direito, porque derrotado em um processo judicial, sem que tenha tido a oportunidade efetiva de nele se defender amplamente, com todos os meios e recursos disponíveis.

162. É o caso, ainda, da seção 185.4 da Lei de 17 de dezembro de 2008, que rege as relações de família na Alemanha (*Fam FG*) e aborda o ponto específico das ações relativas à paternidade, permitindo não só a revisão do julgado nas hipóteses de

descoberta de novas provas, como também dispensando essa revisão do prazo a que normalmente está sujeita a *Wiederaufnahme des Verfahrens*, instituto tedesco correspondente à nossa ação rescisória. O direito ao estado familiar é um importantíssimo direito da personalidade, pelo menos quanto ao conhecimento da origem genética do ser humano e à sua vinculação à família como comunidade sócio-afetiva, merecendo, assim, uma proteção especial que também se sobrepuja à segurança jurídica e à coisa julgada.¹⁰²

163. Esses exemplos lançam luz sobre as premissas do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, uma vez que não se vislumbram, no geral, nas decisões transitadas em julgado na matéria tributária, porque de natureza patrimonial incontestes, casos de violação de princípio ou de direito constitucionalmente assegurados que possam se colocar em posição manifestamente mais valiosa do que a segurança jurídica, por tudo o que acima se disse quanto ao seu papel no Estado Democrático de Direito, a ponto de autorizar a banalização do seu desrespeito, quer tenha ela se formado a favor do fisco, quer tenha a decisão final favorecido o contribuinte.

¹⁰² Sobre a possível aplicação do princípio da proporcionalidade à coisa julgada, em situações limítrofes ligadas, por exemplo, ao direito à correta filiação, cf.: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 112-114. Ver, também: LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jurídica**. São Paulo, Notadez, ano 52, n. 316, fev. 2004, p. 19-36.

Em recente julgado (RE 363.889/DF, julgado em 02 jun. 2011), o Supremo Tribunal Federal admitiu a relativização da coisa julgada na hipótese em que em jogo, de um lado, o direito à correta origem genética e à vinculação familiar e, de outro, a coisa julgada. Cf. trecho do voto do Ministro Luiz Fux, elucidativo ao distinguir as hipóteses de flexibilização da coisa julgada hoje existentes no sistema brasileiro: “Deveras, nesse rol se encaixam, por exemplo, as seguintes hipóteses: (i) o ataque a decisões transitadas em julgado não por conta apenas de uma interpretação jurídica, mas em razão da superveniência, dado o avanço da tecnologia, de meios de prova inexistentes à época da prolação da decisão, que, dependendo do resultado que se possa deles extrair para a instrução da causa, conduziram a conclusão diversa da alcançada na decisão anterior, e que, apenas nesse caso, restaria configurada a violação de princípios ou regras constitucionais pela manutenção da coisa julgada; (ii) o puro e simples questionamento de decisões transitadas em julgado que já se chocassem, por uma pura interpretação de direito a ser realizada pelo julgador do caso concreto, com o teor de algum direito ou garantia constitucional; e (iii) a impugnação de decisões transitadas em julgado na fase de execução de condenações de pagar quantia certa, quando a lei em que havia se fundado a decisão exequenda tiver a respectiva constitucionalidade rejeitada em decisão do Supremo Tribunal Federal, como prevêem no âmbito do processo civil e do processo trabalhista, respectivamente, os arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil e o art. 884, §5º, da CLT.” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia>. Acesso em: 14 dez. 2011).

VI.3 – A falsa origem alemã da causa superveniente de inexigibilidade:

164. É preciso avançar para desmistificar a falsa origem alemã da novel hipótese de inexigibilidade dos títulos executivos, na forma dos artigos 741, parágrafo único, e 475-L, §1º, ambos do Código de Processo Civil, já aqui comentados, e apartá-la dos exemplos referidos há pouco como autorizadores da flexibilização da coisa julgada a bem de outros valores constitucionais especialmente valiosos.

165. Como visto, esses dispositivos acrescentaram na codificação processual civil uma nova hipótese de inexigibilidade do título executivo judicial, consistente na declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei ou ato normativo em que se baseou a sentença ou na decisão do Supremo que considere a aplicação ou a interpretação da lei ou ato normativo adotados pela sentença como incompatíveis com a Constituição.

166. Alardeou-se no Brasil que esses dispositivos, limitadores da eficácia da decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada, teriam origem na seção 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

167. Ora, com as vênias devidas, não é preciso conhecer profundamente o direito alemão para compreender que o trânsito em julgado de uma sentença que recuse a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional, à qual se siga uma declaração de constitucionalidade do Tribunal Constitucional Federal, é juridicamente impossível de acontecer na Alemanha, porque aquele País não possui o controle difuso de constitucionalidade, mas apenas o controle concentrado.

168. Nenhum juiz na Alemanha pode recusar-se a aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. Assim, enquanto não declarada a inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, todos os juízes são obrigados a aplicar a lei. Nunca, portanto, ocorrerá a hipótese de a coisa julgada fundada na inconstitucionalidade ser sobrepujada pela declaração de constitucionalidade da Corte Constitucional.

169. Com efeito, a referida seção 79 da Lei Orgânica do Tribunal alemão trata de hipótese inversa àquela positivada pelo legislador processual brasileiro, e apenas se justifica, lá, em razão da inexistência do controle difuso de constitucionalidade. Por conta dessa peculiaridade, se o juiz teve de aplicar a lei que posteriormente foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional alemã, é preciso estabelecer algum

grau de incidência desta última decisão, que retirou a lei do ordenamento jurídico, sobre os casos anteriormente julgados.

170. Observe-se que o legislador brasileiro, extremamente cauteloso na introdução dessa nova hipótese de restrição ao cumprimento do julgado, teve o cuidado de incluí-lo como causa de *inexigibilidade* do título. Ora, como já afirmado, a inexigibilidade do crédito é apenas o impedimento à sua imediata cobrança, que não revoga o juízo de certeza que resulta da coisa julgada quanto à existência da relação jurídica de direito material. Crédito inexigível existe, embora privado de executividade. Se o devedor o pagar, não poderá repeti-lo, porque, repita-se, ele existe e é válido.

VI.4 – A inconstitucionalidade dessa nova causa de inexigibilidade:

171. Não obstante as cautelas redacionais adotadas nos dispositivos constantes do parágrafo único do artigo 741 e do §1º do artigo 475-L do Código de Processo Civil, eles se ressentem de *vícios gravíssimos que comprometem irremediavelmente* a sua constitucionalidade.¹⁰³ Há, em tais dispositivos, nítida confusão entre as eficácias objetiva e subjetiva das decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado e em ações de controle difuso, do que decorre a afronta a institutos constitucionalmente regulados e assegurados.

172. Com efeito, se é assente em toda a doutrina constitucional contemporânea que a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado tem eficácia *erga omnes*, retroativa ao momento em que a lei entrou em vigor, também impera o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade, em ação de controle difuso, somente tem eficácia no caso concreto, e a própria resolução do Senado que vier a suspender a execução da lei apenas estenderá a toda a coletividade essa eficácia a partir da sua edição, com efeitos *ex nunc*, ou seja, a lei continuará no ordenamento jurídico e poderá ser aplicada em outros casos pelo próprio Judiciário, enquanto não tiver a sua execução suspensa pelo Senado.¹⁰⁴

¹⁰³ Cf., em nota anterior, a exposição sobre o atual estágio dos julgamentos, no STF, sobre a constitucionalidade dos referidos dispositivos processuais.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 479.

173. A opinião de alguns membros da Corte Suprema brasileira¹⁰⁵ não tem o condão de alterar a diferença de tratamento que o próprio texto constitucional dá a esses dois tipos de decisão do Supremo Tribunal Federal. Além disso, não será um simples parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que fará com que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo em controle difuso deixe de depender da Resolução do Senado, estabelecida expressamente na Constituição, para alçar eficácia *erga omnes*.

174. Viola a competência constitucional do Senado e a separação de poderes a outorga de eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* à decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso. E releve-se que, quando o Supremo Tribunal declara a lei constitucional em interpretação conforme à Constituição, não há declaração de inconstitucionalidade da lei, mesmo em controle concentrado, o que não impede que outras interpretações possam vir a ser dadas à lei, inclusive as constantes de decisões anteriores.

175. E, ainda que se referissem os dispositivos processuais em comento apenas à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo em ações de controle concentrado, eles não se livrariam da eiva de inconstitucionalidade, porque, ao não sujeitar a qualquer limite, nem temporal, nem material, a retroação dos efeitos dessa declaração, simplesmente suprimiram a segurança jurídica como direito fundamental, vulnerando irremediavelmente o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

VI.5 – O STF, no controle concentrado, é legislador negativo e não legislador positivo:

176. Ainda quanto à análise das premissas do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, parece-nos falacioso o argumento de que o advento da decisão do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, dá azo a direito novo, capaz de alterar a situação fático-jurídica em que se baseou a sentença transitada em julgado e de reger, desde logo, a relação jurídica continuativa que havia sido objeto da referida sentença, suprimindo os seus efeitos.

¹⁰⁵ Cf. o exposto sobre o tema em nota anterior. Em sede doutrinária, quanto à tentativa de mudança de postura, ver: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150-153; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1084-1091, obras também antes citadas.

177. Com as vênias devidas aos que pensam de modo diverso, entendo que foge à competência do Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, pelo papel institucional que deve desempenhar, o poder de criar obrigação tributária.

178. Com efeito, o direito tributário se fundamenta no mais rigoroso princípio da legalidade estrita. A Constituição da República, em seu artigo 150, inciso I, é expressa em tal sentido. Ainda na Constituição, a legalidade é reforçada pela exigência de *lei complementar* (artigo 146, inciso III, alínea “a”) para a definição dos principais elementos da imposição fiscal, papel que desempenham, também em estrita obediência à legalidade, os artigos 96 e 97 do Código Tributário Nacional, que estabelecem, com toda precisão, que “somente a lei” pode estabelecer a instituição, a majoração ou a redução de tributo, a definição do seu fato gerador ou a fixação da sua alíquota e da sua base de cálculo.

179. Assim, a declaração de constitucionalidade da lei em controle concentrado, de acordo com o §2º do artigo 102 da Constituição, tem efeito vinculante em todas as decisões futuras do Poder Judiciário, mas não tem o condão de criar direito novo, porque quem tem o poder de criar obrigação tributária é somente a lei, não se incluindo entre as fontes de direito tributário o julgado ou o precedente adotado pelo Supremo.

180. Aliás, não pode haver maior prova do intuito do constituinte em não equiparar à lei a declaração de constitucionalidade em controle concentrado do que a expressão categórica do referido §2º do artigo 102 da Carta Magna no sentido de que essa declaração vincula *os demais órgãos* do Poder Judiciário, não vinculando, portanto, o próprio Supremo, que, posteriormente, em nova decisão, como já exemplificado acima, poderá se retratar desse seu entendimento e tomar postura em sentido diametralmente oposto, vindo a declarar inconstitucional a lei.

181. Deve-se recordar, por fim, que um outro indício dessa impossível equiparação da declaração de constitucionalidade pelo Supremo à lei resulta da própria Lei 9.868/1999, que prevê a modulação temporal apenas para as decisões de inconstitucionalidade e não para as de constitucionalidade, justamente porque, nas primeiras, a Corte Constitucional funciona como legislador negativo e pode se tornar necessário estabelecer o momento em que a lei será retirada do ordenamento jurídico. Contudo, e nisto reside um dos maiores equívocos do referido Parecer, a modulação é

desnecessária na declaração de constitucionalidade exatamente porque o Supremo não cria nenhum direito novo.

VII – Conclusão:

182. Em face de todo o exposto, entendo que, enquanto não sobrevier nova lei formal que altere a essência do regime jurídico do tributo declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, instituindo os novos elementos da obrigação tributária, continua válida e eficaz a anterior sentença transitada em julgado que julgou procedente ação declaratória de inexistência de obrigação tributária fundada na inconstitucionalidade do referido tributo, em favor de contribuinte que, assim, não fica sujeito ao entendimento do STF que não tem o condão de desconstituir a coisa julgada anterior.

183. E, especificamente sobre o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, entendo, também como exposto, que a construção partiu de premissas equivocadas, uma vez que não se pode, no sistema vigente de controle de constitucionalidade, atribuir ao STF o papel de legislador positivo, em especial na seara tributária, porque submetida ao princípio da legalidade estrita, não sendo dado ao Fisco simplesmente desconsiderar a existência da coisa julgada anterior favorável ao contribuinte.

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Marcela Kohlbach de Faria.

Advogada. Mestranda em Direito Processual pela
UERJ.

Sumário: 1. O surgimento e desenvolvimento dos métodos alternativos com alternativa à jurisdição estatal. 2. Os tipos de procedimentos alternativos. França, Itália, Estados Unidos e Brasil. 2.1. Itália. 2.2. França. 2.3. Estados Unidos. 2.4. Brasil. 3. Conclusão.

1. O surgimento e desenvolvimento dos métodos alternativos com alternativa à jurisdição estatal:

A adoção de formas alternativas à jurisdição estatal não representa uma ideia nova. Com efeito, os métodos conciliatórios e mesmo a arbitragem remontam práticas há muito utilizadas. À título exemplificativo, destaca-se o direito romano arcaico, onde, após o compromisso firmado perante o pretor no qual as partes comprometiam-se a acatar o que viesse a ser decidido – que recebia o nome de *litiscontestatio*-, as partes escolhiam um árbitro de sua confiança, conferindo-lhe o encargo de decidir a causa¹. Da mesma forma, a conciliação sempre exerceu papel de destaque nas culturas orientais, principalmente sob influência da tradição Confuciana, tais como China e Japão, nos quais o recurso ao poder estatal para a solução de desavenças não era visto com bons olhos.

No mesmo sentido, merecem referência os apontamentos feitos por Oskar Chase, lembrando que a colonização holandesa, que precedeu a inglesa nos Estados Unidos

¹ GRINOVER, Ada et al. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 1999, p. 22.

na “Nova Amsterdã”, estabeleceu a arbitragem como alternativa ao processo litigioso, ganhando reconhecimento pelos comerciantes pelas vantagens daquela sobre este. Em meados do século XVII, a arbitragem era preferível à jurisdição estatal pelos comerciantes pela sua celeridade e baixo custo o que culminou com criação de um Tribunal Arbitral em 1768.

Conforme destaca Leonardo Greco em seu estudo sobre publicismo e privatismo no processo civil², a legislação processual do século XX reflete a ideia, prestigiada à época, de que o aumento dos poderes do Estado representavam progresso social, ideologia que decorre principalmente da influencia socialista e do laicismo. No momento histórico em questão, o interesse público à paz e justiça social se sobrepunha a qualquer interesse particular, constituindo o processo como instrumento de concretização daquele. O juiz assumia papel paternalista na tutela dos interesses particulares.

Após a 2ª Guerra Mundial abandonou-se a crença cega na supremacia do interesse publico. O primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais surge como propulsor do processo sob as perspectivas dos cidadãos, com respeito do princípio dispositivo e da autonomia privada. O reconhecimento do processo civil como instrumento de tutela efetiva das situações subjetivas de vantagem tem como consequência a atribuição de poder às próprias partes do poder de disposição em relação ao próprio processo³.

Nessa esteira, observa-se, principalmente a partir da segunda metade do século XX, a retomada dos meios alternativos como meio de resolução de controvérsias, o que pode ser justificado por uma série de fatores de origens distintas. De fato, impossível negar que a chamada “crise da Justiça”, observada de forma mais intensa nas últimas décadas, com a excessiva morosidade da justiça estatal e o seu alto custo, agravada pela multiplicidade das demandas, contribuiu ao crescimento dos meios alternativos.

Contudo, se, por um lado, o crescimento do demandismo, com o aumento em progressão geométrica das demandas judiciais, associado à crise do judiciário, contribuíram para o estímulo aos métodos alternativos, por certo que o seu desenvolvimento não pode ser atribuído exclusivamente a estes fatores. Os que

² GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: Revista de Processo, n. 164, out./2008, p. 31/32.

³ GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª edição, outubro/dezembro de 2007, p. 7/28.

advogam em prol da adoção de meios alternativos sobrelevam motivos outros para destacarem tais métodos como preferíveis à jurisdição estatal em alguns casos.

Conforme destaca Mauro Cappelletti⁴, os meios alternativos de solução de conflitos se inserem como resposta ao terceiro obstáculo ao acesso à justiça, qual seja, o obstáculo processual. Destaca, ainda, o autor italiano que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal, o tradicional processo litigioso em juízo, pode não ser o melhor caminho para a vindicação efetiva de direitos. Com efeito, conforme já afirmado no início da exposição, a conciliação, a mediação e a arbitragem não são ideias novas, no entanto, as sociedades modernas descobriram novas razões para optar pelos métodos alternativos.

Como marco histórico do desenvolvimento dos meios alternativos, com ênfase na experiência norte-americana, merece remissão o colóquio realizado em 1976 em homenagem ao professor Roscoe Pound, liderado pelo Chief Justice Warren Budger⁵, no qual discutiu-se os problemas do judiciário, com destaque para a sua ineficiência e às medidas necessárias para a reversão do quadro de crise verificado. Tal qual notícia Chase, o evento foi dominado pela doutrina da chamada “*hiperlexis critic*”, cujos defensores apontavam o excesso de confiança na lei e nas instituições legais para a resolução dos diversos conflitos da sociedade⁶.

No discurso do Chief Justice, encorajou-se a adoção de novos meios que ainda não tinham sido utilizados. Sugeria-se que as demandas de pequeno valor fossem administradas por Tribunais de pessoas comuns, capazes de proferir decisões vinculativas às partes. A arbitragem ganhou destaque como o mais promissor dos novos meios recomendados pelo Chief Justice.

Outro movimento sociocultural apontado como incentivador da adoção dos meios alternativos foi o chamado contraculturalismo, observado nos anos sessenta, no qual se desafiava as autoridades, pregando valores de individualismo, populismo, *laissez-faire* e igualitarismo. Esse ambiente cultural revelou-se facilitador dos “meios comunitários” de solução de conflitos, com estímulo à mediação e à conciliação. O anti-autoritarismo, anti-intelectualismo e a realização comunitária verificadas no movimento gerou a

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça”. In Revista de Processo, São Paulo, n. 74, 1994.

⁵ “The National Conference on the Causes of Popular dissatisfaction with administration of justice”, posteriormente conhecida como the “Pound Conference”.

⁶ CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005.

repulsa às decisões impostas, agregada à ideia de que as instituições legais formais, incluído os Tribunais Estatais, seriam mecanismos para a manutenção do poder das elites.

Além dos fatores já apontados, a doutrina norte-americana destaca a eleição de Ronald Reagan como resultado e símbolo da predominância do setor privado sobre o setor público. A forma de resolução de controvérsias sofreu influência desta tendência privatista, levando ao seu afastamento do monopólio e domínio estatal.

Oskar Chase⁷, em aprofundado estudo, aponta como a cultura e o ritual influenciam a sociedade e fazem com que os seus membros adquiram uma tendência a repetir os atos reiteradamente praticados naquele meio social. Segundo o autor, o ser humano diferencia-se por ser um ser cultural, capaz de assimilar e comunicar os valores absorvidos. Contudo, a memória e a criatividade humanas são limitadas, fazendo com que estes se utilizem dos instrumentos pré-existentes para solucionar os problemas, mesmo quando estão diante de um problema novo. Assim, as tradições culturais tendem a inércia, desestimulando novas ações. É dessa forma que as instituições públicas se consagram como solucionadoras por excelência dos conflitos sociais. Os atores sociais estão acostumados com o ritual de resolução de conflitos por um Tribunal, que lhes dá o tom de autoridade, as decisões advindas dessas instituições impõem respeito.

Não obstante, a conciliação, a mediação e a arbitragem, têm revelado-se mais adequadas para resolver determinados tipos de controvérsias. Segundo José Maria Rossani Garcez⁸, a mediação tem lugar quando, devido à natureza do litígio, por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, a negociação fica bloqueada. É o que se verifica, por exemplo, no direito de família, e onde é necessário preservar a continuidade das relações, buscando efetivamente a paz social, com a eliminação do conflito como um todo, e não pela imposição de uma decisão a qual as partes devem acatar.

De fato, a jurisdição estatal, ao contrário do que afirmam alguns autores, não pode ser considerada instrumento de pacificação social. O que se espera do juiz é a solução do conflito através da análise dos fatos e argumentos trazidos à sua cognição, o que não significa a pacificação de todos os litígios existentes entre as partes - principalmente

⁷ *Ob. cit.*

⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADR. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003, 2ª edição, p. 35.

diante do princípio da inércia da jurisdição - ou mesmo que as desavenças entre as partes serão eliminadas através da solução que lhes foi imposta.

No mesmo diapasão, a arbitragem revela-se extremamente útil naquelas hipóteses em que a partes desejam manter a confidencialidade das informações veiculadas no procedimento, ou que a matéria demande algum conhecimento específico, o qual certamente será mais bem analisado por um julgador especializado.

Não obstante, não se pode olvidar que a jurisdição estatal ainda é o principal meio de resolução das controvérsias, não podendo ser deixada em segundo plano, mesmo porque, somente algumas hipóteses são resolvidas de forma mais eficaz pelos métodos alternativos. Conforme retomaremos adiante, o desenvolvimento dos meios alternativos mostra-se de suma relevância à tutela adequada dos direitos, porém, ao lado do desenvolvimento dos métodos alternativos, é preciso garantir a efetividade da jurisdição estatal.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se à análise das diversas espécies de procedimentos alternativos em diferentes ordenamentos jurídicos.

2. Os tipos de procedimentos alternativos. França, Itália, Estados Unidos e Brasil:

Os meios alternativos de solução de controvérsias, ou ADRs⁹, na terminologia utilizada pela doutrina especializada, não constituem um fenômeno homogêneo. Segundo a metodologia adotada por Luigi Paolo Comoglio¹⁰, é possível distinguir dois principais métodos, ou modelos alternativos: o modelo conciliativo e o modelo valorativo.

O modelo conciliativo busca fazer com que as partes cheguem a um acordo, seja de forma voluntária, seja através da intervenção de um terceiro, que irá estimular, ou facilitar o acordo, mediante a elaboração de uma proposta ou a facilitação deste, fazendo com que as partes cheguem à autocomposição por si próprias. Já o modelo valorativo, caracteriza-se pela intervenção cognitiva e decisória de um terceiro,

⁹A sigla ADR vem de *Alternative Dispute Resolution*, que significa, em tradução livre, “Resolução Alternativa de Disputas”.

¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, *in* Revista de Processo, vol. 99, p. 249/293.

imparcial, que opera tal qual um juiz, mas que, todavia, não se inclui no aparato jurisdicional público.

No primeiro modelo, é possível verificar, ainda, a existência de dois submodelos. O primeiro sintetiza os processos heterogêneos ou consultivos, tais quais os *summary jury trials*, *mini-trials* e *early neutral evaluation*, nos quais as partes buscam a ajuda de um terceiro com experiência no assunto, ou simulam um julgamento, com o objetivo de verificar quais suas chances de êxito em uma demanda judicial. Os litigantes podem acatar a solução dada nesses procedimentos, mas esta não se torna obrigatória, restando aberta a via do poder judiciário para a rediscussão da mesma demanda. O segundo submodelo diz respeito às formas privadas de mediação e conciliação, com a intervenção de um terceiro a fim de estimular o acordo.

No modelo valorativo, verifica-se a existência de um procedimento “quase-jurisdicional”, com função valorativa, dentre os quais ganha destaque a arbitragem, na qual as partes buscam um terceiro imparcial para, analisando os fatos alegados e as provas produzidas, decidir a demanda através de decisão com caráter normalmente vinculativo entre as partes.

Conforme já observado, a adoção de meios alternativos estão “na moda” e vem ganhando espaço em diversos países de culturas e tradições jurídicas diferentes. Diversas leis promulgadas nos países da União Europeia, e mesmo nos Estados Unidos e países latino-americanos, vêm a favorecer e estimular a adoção de métodos alternativos, muitas vezes em caráter obrigatório, como, *e.g.*, no caso da Itália. Assim, a fim de aprofundar o estudo e trazer alguma base para a análise comparada, passa-se à análise dos mecanismos implementados na Itália, França, Estados Unidos e Brasil.

2.1 Itália:

De uma forma geral, pode-se dizer que os meios alternativos encontraram certa resistência na cultura italiana, de costumes jurídicos tradicionais e bastante vinculados à resolução de conflitos através da jurisdição estatal. De fato, foi a partir da Diretiva nº

52, de 21 de maio de 2008, da União Europeia, com a influência do Direito Comunitário Europeu, que os meios alternativos ganharam maior relevo na prática italiana.

Recentemente, em observância ao artigo 12¹¹ da referida Diretiva nº 52, foi editada na Itália a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, a qual, dentre outras disposições, versou sobre a mediação. Por conseguinte, a matéria foi regulamentada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010, disciplinando a mediação extrajudicial e autorizando a sua utilização nas controvérsias civis e comerciais relativas a direitos disponíveis.

Segundo o referido DL 28/2010, o papel exercido pelo mediador consiste em fornecer auxílio às partes no alcance de uma solução consensual, seja através da facilitação do acordo, fazendo com que as partes alcancem a autocomposição por si próprias, seja através da formulação de proposta de acordo, a qual pode ser aceita ou não pelas partes. Verifica-se, portando que o Decreto Legislativo aderiu a uma concepção ampla de mediação, abrangendo a denominada mediação passiva, bem como a mediação passiva, na qual o mediador atua como simples facilitador do acordo, sem formular qualquer proposta às partes¹².

Na forma disposta no Decreto, a mediação refere-se ao processo de tratativas presidido pelo mediador e à conciliação como o resultado positivo das tratativas, com a celebração de um acordo¹³. Os mediadores devem fazer parte de um dos organismos inscritos em registro mantido pelo Ministério da Justiça e, em matéria consumerista, também pelo Ministério do Desenvolvimento Econômico, inexistindo a figura dos mediadores autônomos.

É prevista a confidencialidade com relação ao processo de mediação, com a finalidade de garantir maior confiança das partes no mediador, bem como ampliar as chances da autocomposição, possibilitando a livre argumentação e exposição sobre os

¹¹ O referido dispositivo prevê o dever dos Estados-Membros de criarem normas que deem cumprimento à Diretiva 52/2008.

¹² HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana, *in* Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. VI. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, p. 299.

¹³ Hill, Flávia Pereira. *Ob. cit.* p. 300.

fatos sem que estes possam ser usados futuramente contra si próprias no processo judicial.

O mais relevante e polêmico aspecto do Decreto Legislativo refere-se à instituição da mediação obrigatória em determinadas hipóteses. Na forma do seu artigo 5º, a mediação representa condição de procedibilidade para ajuizamento de ação judicial quando o litígio versar sobre: condomínio; direitos reais; divisão; sucessões hereditárias; acordos de família; locações; comodato; arrendamento de empresas; ressarcimento de dano decorrente de circulação de veículos automotores e barcos; responsabilidade médica; difamação por meios de imprensa escrita ou outros meios de divulgação e; contratos de seguro, bancários e financeiros.

As partes deverão alegar a ausência da tentativa de mediação, sob pena de decadência, e o juiz poderá conhecer de ofício, até a primeira audiência, a ausência desse requisito de procedibilidade. Reconhecida a ausência da condição, o magistrado fixará prazo de quinze dias para que o processo de mediação seja instaurado pelas partes.

De fato, a mediação obrigatória vem sendo objeto de duras críticas por parte da doutrina italiana, chegando, inclusive a suscitar controvérsias com relação a sua constitucionalidade. Aduz-se que a mediação obrigatória viola a garantia constitucional do acesso à justiça, consagrada no artigo 24 da constituição italiana. A reforçar o óbice ao acesso à justiça, destaca-se que o procedimento de mediação implica custos extras às partes, além da taxa judiciária paga para o ajuizamento da demanda, sendo que o pagamento da taxa judiciária ao menos lhe garante como retorno o pronunciamento do juiz sobre o direito em questão, ao passo que na mediação, o resultado final só é alcançado caso as partes efetivamente cheguem a um acordo. No entanto, a Corte Constitucional italiana já se pronunciou sobre o tema, afirmando que a garantia ao acesso à justiça consagrada na constituição não garante o seu acesso imediato, comportando dilações. Assim, a mediação obrigatória não representa um óbice ao acesso à justiça, mas apenas um diferimento deste, já que as partes terão livre acesso ao judiciário caso não atinjam a composição pelo procedimento de mediação. Com relação

aos custo, a Corte Constitucional destacou que não viola o acesso à justiça a imposição de incumbências às partes, ainda que de natureza pecuniária, caso esta tenha como finalidade o melhor desenvolvimento do processo e o desenvolvimento e otimização da prestação jurisdicional.

Na forma prevista na legislação, a mediação possui prazo máximo para ser concluída, que, segundo o artigo 6º, é de quatro meses. Assim, estando dentro das hipóteses previstas no artigo 5º do Decreto Legislativo nº 28/2010, tendo as partes iniciado o processo de mediação, mas não concluído no momento da propositura da demanda, o magistrado designará audiência para data posterior ao prazo de quatro meses, previsto no referido artigo 6º do DL 28.

Em grau recursal, o artigo 5º, § 2º do Decreto prevê a mediação facultativa, possibilitando ao juiz que, tendo em vista o comportamento das partes, o estado do processo e a natureza da demanda, aconselhe a tentativa de conciliação.

Contudo, o legislador afastou a possibilidade de mediação nos procedimentos de impugnação da execução forçada ou demais procedimentos de impugnação à execução, com o objetivo de impossibilitar a utilização da mediação como instrumento procrastinatório da satisfação do credor.

Um fator que traz preocupação com relação ao procedimento de mediação em análise diz respeito à ausência de supervisão jurídica. Isto porque, o Decreto não exige que os mediadores tenham formação jurídica – o que se agrava pelo fato de estarem os mesmos autorizados a oferecerem uma proposta de acordo às partes – e também não exige que as partes estejam assistidas por um advogado durante as tratativas de acordo. A ausência de supervisão jurídica adequada dá margem a uma série de problemas, como a possibilidade da parte mais fraca ser coagida a aceitar um acordo que lhe seja absolutamente prejudicial, ou mesmo a maior probabilidade de existirem imprecisões que dificultem o cumprimento do acordo caso seja necessária a sua execução em juízo.

Preocupa, ainda, o peso atribuído a contumácia das partes caso elas não compareçam à audiência de conciliação. Na forma da legislação regulamentadora, a ausência das partes pode ser interpretada de forma negativa pelo juiz no julgamento da causa. A preocupação ganha relevo principalmente tendo em vista que dá tratamento mais severo ao verificado com relação à própria revelia do réu. Isto porque, o processo italiano, ao contrário do sistema brasileiro, não prevê a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor diante da ausência de contestação pelo demandado. Assim, a possibilidade de o juiz retirar inferências negativas diante da ausência das partes ao procedimento de mediação mostra-se desproporcional e desarrazoado.

O que se extrai do novo procedimento de mediação italiana é uma tentativa a todo custo de “forçar” as partes a resolverem as controvérsias de forma consensual, o que se justifica como consectário lógico da ineficiência do processo judicial e do asoerramento do judiciário. Além da imposição da mediação como condição de procedibilidade da ação judicial em determinados casos, a legislação prevê a possibilidade de formulação de proposta pelo mediador dispendo que, nas hipóteses de recusa, a parte que a recusou, mesmo sagrando-se vencedora, não será reembolsada pelas despesas por ela arcadas posteriormente à formulação da proposta pelo mediador, e será, ainda, condenada a reembolsar à parte sucumbente pelas despesas por esta suportadas, caso a sentença corresponda integralmente ao conteúdo da proposta.

Em outras palavras, a parte que opta por exercer o seu direito legítimo de aguardar o pronunciamento judicial que dê solução ao litígio, mesmo amparada pelo direito, poderá ser gravemente prejudicada, e até mesmo ver esvaziado o seu crédito como consequência do ônus legalmente imposto de arcar integralmente com as despesas do processo, justamente em razão do exercício da garantia de acesso à justiça.

Ao final do procedimento, caso obtida a conciliação, o acordo é reduzido a termo e valerá como título executivo para fins de execução forçada e inscrição em hipoteca judicial.

Conforme dito no começo do tópico, a Itália sempre foi um país de tradição judiciária, e o seu povo está acostumado a resolver as suas controvérsias junto ao poder judiciário estatal, através de uma decisão emanada do juiz, figura que reflete a autoridade do estado. No entanto, ao que parece, o legislador italiano vem tentando promover uma modificação cultural através de reformas legislativas. O sucesso dos meios alternativos de resolução de controvérsias depende de uma conscientização da população, do treinamento de profissionais capacitados à sua promoção, fatores estes que levam tempo e não podem ser simplesmente impostos através de uma reforma legislativa. A mediação só terá chances de ser bem sucedida se decorrente de uma real vontade das partes em chegarem a um acordo, e não através de uma imposição legal¹⁴.

2.2 França:

Na França verifica-se a existência de mecanismos judiciais e extrajudiciais de solução de controvérsias, dentre as quais merecem destaque a mediação e a conciliação. A conciliação judicial foi inicialmente regulamentada pelo Decreto número 78 de 20 de março de 1978, que instituiu a figura dos conciliadores de justiça. Posteriormente, o referido decreto foi alterado pelo Decreto nº 1.165 de 1º de outubro de 2010, o qual, sem revogá-lo por completo, trouxe algumas modificações ao Decreto 78/1978, além de introduzir os artigos 129-1 a 131 no Código de Processo Civil.

Segundo a nova regulamentação, os juízes poderão, em virtude de disposição particular, delegar a sua missão de conciliação¹⁵ a um conciliador, designando um conciliador de justiça e fixando prazo para o procedimento conciliatório, o qual não poderá ser superior a dois meses, prazo este que poderá ser renovado por determinação do juiz. As audiências de conciliação são confidenciais e não produzem nenhum efeito sobre a demanda judicial, mesmo com relação ao prazo de decadência e prescrição, e as

¹⁴ CAPONI, Remo. *La mediazione obbligatoria a pagameno: profili di costituzionalità*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.

¹⁵ Na França. O juiz é dotado de poderes conciliatórios, devendo, inclusive, dar preferência à solução conciliatória à imposição de uma decisão. Cf. CADIET, Loic. “I modi alternativi di Regolamento dei Conflitti in Francia tra tradizione e modernità”. In *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 60, 2006.

declarações e constatações do conciliador não poderão ser utilizadas em juízo sem o consentimento das partes.

A qualquer tempo, o juiz poderá, de ofício, a pedido das partes, ou do conciliador, pôr fim ao procedimento conciliatório. As partes poderão informar sobre o acordo ao juiz, através de um procedimento verbal ou poderão fazer um acordo escrito, com a assinatura do conciliador. No primeiro caso, o acordo poderá ser reduzido a termo, valendo como título judicial; no segundo caso, o acordo deverá ser homologado pelo juiz para ter força executiva.

O conciliador é eleito pelo período de um ano, podendo ser prorrogado por mais dois anos. A lei estabelece alguns requisitos para o conciliador, como gozar de seus direitos civis e políticos, não estar investido em cargo de mandato eletivo no âmbito da corte que atua e possuir experiência jurídica de pelo menos três anos. Há, ainda, a vedação expressa ao exercício da função de conciliador das pessoas que exercem cargos públicos e ministeriais, atividades judiciais a qualquer título ou que participam do funcionamento do serviço judiciário.

Com relação aos procedimentos mediatórios, estes também podem ser desenvolvidos de forma extrajudicial. No entanto, a mediação extrajudicial não se confunde com a conciliação extrajudicial, podendo ser realizada diretamente pelas partes ou institucionalmente, perante um órgão privado de arbitragem e mediação ou uma organização profissional. Em ambos os casos, a presença de um advogado não é impositiva.

No âmbito judicial, a mediação foi introduzida pela Lei nº 95-125, de 8 de fevereiro de 1995, segundo a qual o juiz poderá, através de decisão irrecorrível, designar um terceiro que irá ouvir as partes e compreender seus interesses, confrontando seus diferentes pontos de vista e agindo de forma a facilitar que as partes encontrem uma solução para o conflito. Também é irrecorrível a decisão que põe fim ao procedimento de mediação, o qual possui duração fixada pelo juiz, mas não poderá exceder três

meses, admitindo-se a renovação deste prazo uma vez, por igual período. O juiz poderá, ainda, pôr fim à mediação a qualquer tempo.

O mediador é uma pessoa física, inexistindo exigências especiais para a sua designação. Ao contrário do conciliador, o trabalho do mediador é remunerado. Nesta sede, verifica-se também o dever de sigilo, o qual mostra-se absolutamente necessário para que as partes nutram a necessária confiança na figura do mediador.

Caso as partes não cheguem a um acordo no prazo fixado, o trabalho do mediador se encerra e o processo prossegue pela via ordinária. Havendo acordo, as partes podem submetê-lo à homologação judicial, conferindo-lhe eficácia executiva.

O direito do trabalho em particular é, classicamente, terreno privilegiado para a mediação. O *Code du Travail* francês regulamenta a mediação judicial neste âmbito, disciplinando a forma de indicação do mediador e o procedimento de mediação nos artigos L2523-1 a L2523-9.

Na França há, ainda, a figura do mediador da República (*Le Médiateur de la République*), criada pela lei 19 de 3 de janeiro de 1973, que, apesar da denominação, passível de gerar associação com a figura do mediador judicial, não pode ser com esta confundida. O mediador da República possui a função de resolver os conflitos entre os cidadãos e os órgãos da administração pública. A sua nomeação se dá através da indicação de um conselho de ministros pelo prazo de seis anos, sem direito à renovação do mandato.

Além dos procedimentos de mediação e conciliação, verifica-se na França a existência da chamada *Jurisdiction de proximité*, a qual funciona como uma espécie de juizado de pequenas causas, com jurisdição em primeira instância para decidir os litígios de valor inferior a quatro mil euros.

Da análise, ainda que superficial, dos procedimentos alternativos na forma adotada pelo ordenamento francês, verifica-se uma tendência em articular os métodos alternativos com o processo judicial. Com efeito, não há separação rígida entre o processo, como fenômeno institucional e autoritário, e a transação, como expressão de acordo e negociação. Processo e acordo se combinam, havendo uma grande

preocupação em circundar de garantias os modos alternativos de solução de conflitos, para que os estes não gerem soluções injustas, com a imposição da vontade da parte mais forte sobre a parte mais fraca.

2.3. Estados Unidos:

Nos Estados Unidos, inicialmente, é importante destacar a existência de um sistema processual dividido em duas etapas, o *pre-trial* e o *trial*, o primeiro figurando como uma etapa preliminar na qual as partes apresentam as provas que estão em seu poder e os fundamentos de sua pretensão. Esse procedimento bifásico contribui bastante para a autocomposição da lide, uma vez que as partes já possuem conhecimento prévio as provas de quem dispõe a parte contrária e, conseqüentemente, perspectiva sobre suas chances de êxito.

Por outro lado, conforme destacado por Mirjan Damaska¹⁶, os países integrantes do sistema da *common law* adotam uma estrutura judiciária que visa à solução real e concreta do litígio, ao contrário dos países de *civil law*, preocupados na implementação de políticas pública e na aplicação de das normas legais. Assim, nos países que compõem o primeiro grupo, cria-se um terreno favorável à proliferação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Merece destaque, ainda, a edição das *Federal Arbitration Rules*, em 1925, e a criação da *American Arbitration Association*, instituição fundada em 1926, com sede em Nova Iorque, que possui por objetivo precípua colaborar na implementação de procedimentos arbitrais e outros meios alternativos de solução de conflitos.

Não obstante, foi a partir dos anos 80 que os métodos alternativos de solução de controvérsias, com destaque para a arbitragem e mediação, ganharam imensa força nos Estados Unidos, com destaque para o papel da Suprema Corte, a qual passou a adotar uma jurisprudência favorável aos meios alternativos de solução de conflitos, garantindo

¹⁶ DAMASKA, Mirjan. *The faces of Justice and State Authority*. Yale University Press New Haven London, 1931, p. 97/103.

a efetividade dos acordos firmados entre as partes, além de dar ampla eficácia às convenções de arbitragem.

O legislador também contribuiu de forma considerável no crescimento dos meios alternativos, com a edição de leis federais e estatais favorecendo a implantação de métodos de ADR, como por exemplo: a) *Dispute Resolution Act*, que prevê o estímulo aos estados no desenvolvimento de mecanismos de resolução de controvérsias “*eficazes, justos, pouco custosos e rápidos.*”; b) *Judicial Improvements and Access to Justice Act (1988)*, que traz autorização às Cortes Distritais Federais a instituir um programa de deferimento obrigatório da arbitragem, porém sem vinculação obrigatória à decisão final, nas pequenas causas; c) *Civil Justice Reform Act (1990)*, o qual impõe a todas as Cortes Distritais a formular e instituir um plano para a redução do custo e tempo dos processos no prazo de quatro anos, autorizando o uso de instrumentos alternativos de resolução de conflitos como um dos possíveis meios de atingir a este fim. Ademais, impôs o uso da ADR para a resolução das controvérsias no âmbito das agências administrativas; d) *Alternative Dispute Resolution Act (1998)*, o qual possibilita a todas as Cortes distritais federais a instituir programas de ADR, deixando no âmbito de regulamentação de cada Corte a decisão sobre qual forma de ADR utilizar¹⁷.

Outro aspecto que ganha relevo nos meios alternativos norte-americanos é uma grande tendência em que estes estejam conexos à jurisdição estatal, como os procedimentos *court-annexed*. Tanto na *court-annexed arbitration* como na *court-annexed mediation* o juiz possui o poder de determinar, a partir da análise do caso concreto, que as partes busquem a via conciliatória ou arbitral para a solução do conflito. No primeiro caso, é nomeado um conciliador e, caso as partes não cheguem a um acordo, o processo volta ao seu curso regular. Na *court-annexed arbitration* o juiz nomeia um árbitro para a solução do litígio, permanecendo a possibilidade das partes rejeitarem a decisão do árbitro caso não concordem com ela, requerendo ao juiz que profira outra decisão em substituição à decisão arbitral. Não obstante, as partes arcarão

¹⁷ CHASE, Oskar. Il metodi alternativi di soluzioni dele controversie i la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America. In: L’altra giustizia. Il metodi alternativi di soluzioni di controversie nel diritto comparato. Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2007, p. 136,137.

com as despesas decorrentes do procedimento arbitral, ainda que a sua solução não seja adotada.

2.4. Brasil:

No Brasil, os métodos alternativos de resolução de conflitos, seguindo uma tendência mundial, também ganharam força nos últimos anos. Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973 prevê uma fase conciliatória no artigo 331, nas causas que admitem transação, contudo, principalmente tendo em vista o excesso de processos que assolam o judiciário, as audiências de conciliação são realizadas sem qualquer preparo e boa-vontade para a real autocomposição das partes, fato pelo qual é irrisório o número de demandas que se encerram pela conciliação nesta fase do processo.

Fator de suma relevância com relação ao desenvolvimento dos meios alternativos no Brasil foi o advento da lei 9.307/96, que disciplinou o procedimento da arbitragem¹⁸. Em verdade, a arbitragem já era prevista no diploma processual de 1973, contudo, a nova lei da arbitragem trouxe inovações que possibilitaram o crescimento da arbitragem. Inicialmente, merece destaque a inclusão do inciso VII no art. 267 e o inciso IX no art. 301 do CPC, colocando a convenção de arbitragem como causa de extinção do processo sem resolução de mérito.

Observa-se que Código de Processo Civil ao dispor que a existência convenção de arbitragem configura causa de extinção abarca tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. Assim, a existência de cláusula compromissória em determinado contrato, por si só, já tem o condão de vincular às partes ao procedimento arbitral.

Da mesma forma, a lei 9.307 regulamentou a forma de execução específica das cláusulas compromissórias em branco. As cláusulas compromissórias ditas em branco são aquelas que não dispõem sobre a forma de instituição da arbitragem. Evidentemente, o ideal é que as partes disponham na cláusula compromissória sobre todos os elementos necessários para a instituição do procedimento arbitral, porém

¹⁸ WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20.

quando não o fazem, havendo recusa de alguma das partes em instituir a arbitragem, a lei possibilita o ajuizamento de ação para a instituição da arbitragem¹⁹.

Através desta ação, prevista nos artigos 6º e 7º da lei de arbitragem, a parte interessada poderá requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar o compromisso. Caso não haja acordo em audiência, caberá ao juiz nomear o árbitro a fim de possibilitar a instituição da arbitragem.

É importante destacar que esta sentença, através da qual o juiz dispõe sobre a instituição da arbitragem, é executável de imediato, uma vez que a lei de arbitragem inseriu o inciso VI no art. 520 do CPC, incluído esta sentença dentre aquelas contra a qual a apelação não tem efeito suspensivo.

Outro dispositivo que merece destaque é o art. 8º da lei, que garante a autonomia da cláusula arbitral. Segundo o artigo em referência, a cláusula compromissória é autônoma, ou seja, os vícios do contrato não atingem a cláusula compromissória. E mais, o parágrafo único do art. 8º consagrou um princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), dispondo que a própria controvérsia acerca da validade da cláusula compromissória deverá ser dirimida no juízo arbitral. Esse princípio é de tamanha relevância principalmente pelo seu aspecto negativo. O árbitro não é só competente para decidir sobre a própria competência, mas ele deve ser o primeiro a conhecer desta questão.

Além dessas modificações na legislação, o posicionamento firmado pelas Cortes Superiores foram igualmente de suma importância para possibilitar a evolução da arbitragem no Brasil.

O primeiro julgado de importância ímpar ao desenvolvimento da arbitragem foi o julgamento da Sentença Estrangeira Contesta 5.206 da Espanha, através do qual reconheceu-se a constitucionalidade da lei de arbitragem. No caso contestou-se a constitucionalidade dos artigos. 6º, 7º, 41 e 42, ou seja, justamente aqueles que conferiam ampla eficácia à convenção de arbitragem, sob alegação de afronta ao princípio da inafastabilidade do judiciário, consagrado no art. 5º XXXV da Constituição da República.

A tese da inconstitucionalidade foi encampada à época pelo ministro Sepúlveda Pertece, que entendia que a cláusula compromissória em branco representava uma

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no terceiro ano de vigência de lei 9.307/96. In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 53.

renúncia genérica à jurisdição estatal, uma vez que preexistente ao próprio litígio, o que não seria admissível à luz do aludido princípio da inafastabilidade do judiciário. Felizmente, este entendimento não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu a constitucionalidade da lei. No voto condutor, da lavra do ministro Nelson Jobim, destacou-se que a jurisdição é um direito e não um dever do cidadão, sendo certo que nas hipóteses em que ele pode renunciar ao próprio direito material, não há porque impedir que ele convencie outra forma de resolver as controvérsias acerca destes direitos fora da justiça estatal.

Outro avanço sedimentado na jurisprudência verificou-se com o julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 349, do Japão, através do qual adotou-se o entendimento que a cláusula compromissória vincula as partes, afastando a jurisdição estatal, mesmo se firmada anteriormente à lei 9307/96. Entendeu-se que as leis processuais possuem incidência imediata aos casos endentes de julgamento, e que, portanto, não haveria óbice em aplicar a estes contratos as disposições processuais trazidas pela lei de arbitragem.

Outros avanços vêm sendo observados na área da mediação, com a adoção de medidas legislativas, como o projeto de lei que institucionaliza e disciplina a mediação paraprocessual, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil.

Cabe ressaltar o projeto de lei (PL 4.827/1998) originalmente elaborado pela Deputada Federal Zulaiê Cobra. Atualmente, encontra-se em trâmite o substitutivo apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) (PLC 94/2002) apresentado pelo Senador Pedro Simon.

O projeto define mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”²⁰Prevê, ainda, duas modalidades de mediação paraprocessual: a mediação prévia, que é facultativa e precede a ação judicial, e a

²⁰ Artigo 2º do PLC94/2002.

mediação incidental, que é obrigatória e está inserida na fase inicial do processo de conhecimento.

O projeto diferencia a mediação em judicial e extrajudicial conforme a qualidade dos mediadores, sendo a primeira aquela a cargo de instituições e entidades especializadas em mediação ou de mediadores independentes, e a segunda aquela realizada pelos mediadores inscritos no Registro de Mediadores do Tribunal de Justiça do estado competente.

Os mediadores judiciais deverão ser advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, com pelo menos três anos de exercício da advocacia. O trabalho dos mediadores será remunerado, mas a fixação dos seus honorários restou delegada às normas locais a serem estabelecidas pelos Tribunais de Justiça estaduais. .

Paralelamente, tramita também no Senado Federal o Projeto de Lei 57/2011, apresentado em agosto desse ano pelo senador Ricardo Ferraço, versando igualmente sobre a mediação. A principal diferença entre os dois Projetos reside no fato de que o segundo, apesar de prever, tal qual o primeiro, a mediação judicial e extrajudicial, incidental e precedente ao processo, não institui a mediação obrigatória em nenhuma hipótese. A mediação sempre será facultativa, permitindo-se ao juiz tão somente que recomende a mediação às partes preferencialmente, em conflitos nos quais haja necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social, ou quando as decisões das partes operem consequências relevantes sobre terceiros.

O PLS57/2011 também não determina que os mediadores sejam advogados, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, dispondo apenas que os mediadores devem ter capacitação adequada e subordinarem-se a Código de Ética específico.

De fato, conforme já analisamos ao tratar da nova lei de mediação italiana, a instituição da mediação de forma obrigatória sofre grandes críticas da doutrina especializada e gera grandes controvérsias acerca da sua constitucionalidade à luz do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. A mediação pressupõe o mínimo de

vontade das partes em se conciliarem, além de não ser adequada a todas as situações. Com efeito, o âmbito de aplicação mais produtivo da mediação são aquelas controvérsias onde o conflito é predominantemente de cunho emocional. As demandas nas quais prepondera a discussão sobre o direito aplicável ao caso concreto usualmente são resolvidas de forma mais eficaz através de uma decisão judicial. Assim, a instituição da mediação de forma obrigatória para toda e qualquer controvérsia não nos parece ser a melhor forma de desenvolver de forma eficaz o procedimento.

3. Conclusão:

Com efeito, conforme verificado, a adoção dos meios alternativos de solução de controvérsias vem crescendo muito nos últimos anos, o que decorre de fatores culturais, sociais, mas, principalmente, da sobrecarga do judiciário, que tem levado o poder legislativo a editar normas estimulando, e, por vezes, obrigando a adoção de meios alternativos preferivelmente à jurisdição estatal.

Com efeito, e reiterando o entendimento esposado acima, nem todo conflito é resolvido de forma eficaz através de uma solução judicial. O mesmo pode se dizer com relação aos meios alternativos. Os meios alternativos devem ser pensados como uma chave jurídica se aplicado em um regime jurídico apropriado, sem que sua eficácia vá em detrimento do direito fundamental da parte.

Notoriamente, estamos vivendo uma crise do judiciário. A tutela jurisdicional não é prestada de forma célere, os Tribunais encontram-se sobrecarregados, o que decorre, sobretudo, do crescimento do demandismo e da litigiosidade cada vez mais presentes no contexto social. Conforme já afirmado por Mauro Cappelletti²¹, o aumento da via, conseqüentemente gera o aumento do fluxo. A garantia cada vez mais ampla do acesso à justiça faz com que cada vez mais demandas cheguem ao judiciário. O que se observa é que a predileção do legislador pelos métodos alternativos não é motivada por particulares razões culturais, ainda que as ideologias neoprivatistas influenciem nas opções legislativas, mas no fato de que a justiça do Estado não funciona. Assim o legislador tenta empurrar o maior número de controvérsias possíveis para fora dos canais jurisdicionais. O êxito dos ADRs é diretamente proporcional à ineficiência da

²¹ 21 CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça”. In Revista de Processo, São Paulo, n. 74, 1994.

justiça estatal²². Deste ponto de vista, o recurso aos ADRs não parece um fenômeno positivo em si mesmo, mas um reflexo de um fenômeno dramaticamente negativo, representado pela disfuncionalidade da justiça estatal.

Contudo, a crise do judiciário não pode levar ao seu abandono e a busca por meios alternativos. É preciso resolver os problemas do judiciário, buscando maior efetividade da tutela jurisdicional estatal, e não simplesmente direcionarmos a um movimento de fuga, com o sucateamento cada vez evidente da jurisdição estatal. A jurisdição estatal ainda é primordialmente o método mais procurado de resolução dos conflitos sociais e de tutela dos direitos.

Paralelamente, é preciso desenvolver de forma gradual os meios alternativos, de forma que estes sejam buscados quando de fato forem apropriados para a solução de determinada controvérsia. O desenvolvimento de uma “cultura” de meios alternativos, com a ampla informação das partes sobre os métodos que buscam para a solução dos litígios, a criação de instituições competentes e profissionais devidamente qualificados para a adequada implementação do procedimento, a edição de uma regulamentação sólida de forma a preservar os direitos fundamentais das partes, todos esses fatores, são essenciais para o sucesso dos métodos alternativos como procedimentos adequados de resolução de litígios e, conseqüentemente como instrumentos de redução da sobrecarga do judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CADIET, Loïc. *“I modi alternativi di Regolamento dei Conflitti in Francia tra tradizione e modernità”*. In *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 60, 2006.

CAPONI, Remo. *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*. *Revista Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.

²² TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Tradução para o espanhol de Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, 2009, p. 115/116.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça”. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 74, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. “A arbitragem no terceiro ano de vigência de lei 9.307/96.” In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005.

_____. *Il metodi alternativi di soluzioni delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America*. In: L’altra giustizia. Il metodi alternativi di soluzioni di controversie nel diritto comparato. Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali*.” In: Revista de Processo, vol. 99.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of Justice and State Authority*. Yale University Press New Haven London, 1931.

GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADR. Mediação. Conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003, 2ª edição.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. In: Revista de Processo, n. 164, out./2008.

_____. “Atos de disposição processual – Primeiras reflexões”. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª edição, outubro/dezembro de 2007.

GRINOVER, Ada, et al. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 1999, p. 22.

HILL, Flávia Pereira. “A nova lei de mediação italiana”. In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. VI. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.

WALD, Arnaldo. “O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente.” In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MITIGAÇÃO DA ORALIDADE - CONTRADITÓRIO INFLUENTE - EXACERBAÇÃO DOS PODERES DO RELATOR NOS JULGAMENTOS MONOCRÁTICOS

Marcelo Pereira de Almeida

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais – UFF;
Advogado; Membro do Instituto Brasileiro de
Direito Processual – IBDP – Professor de Direito
Processual Civil da UNILASALLE, da UNESA e da
EMERJ.

Resumo: No presente texto aborda-se a tendência do Poder Judiciário em mitigar a oralidade na atividade jurisdicional dos tribunais com exacerbação dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos em sede recursal. Pretende-se demonstrar que essa postura impede que as partes participem da formação da decisão judicial, em virtude da supressão da sustentação oral nestes casos. Busca-se esclarecer que o princípio do contraditório no sistema processual contemporâneo é observado com a participação efetiva das partes na construção da decisão judicial para que possa se impor pela legitimidade e não pela autoridade.

Palavras-chave: Oralidade; contraditório; julgamento monocrático; legitimidade.

Sumário: 1) Introdução; 2) A legitimidade das decisões judiciais; 3) O princípio do contraditório no sistema processual contemporâneo; 4) A mitigação da oralidade e a exacerbação dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos; 5) Conclusões; 6) Referências.

1) **Introdução:**

Este ensaio tem por escopo apresentar algumas impressões sobre a tendência do Poder Judiciário em mitigar a oralidade na atividade jurisdicional realizada no âmbito dos tribunais com exacerbação dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos dos recursos.

Busca-se demonstrar que essa postura impede que as partes participem da formação da decisão judicial, em virtude da supressão da sustentação oral nestes casos.

Pretende-se esclarecer que o princípio do contraditório no sistema processual contemporâneo deve ser observado com a participação efetiva das partes na construção da decisão judicial para que possa se impor pela legitimidade e não pela autoridade.

Para alcançar a finalidade, o trabalho divide-se em três seções. Na primeira é abordada a denominada crise da legitimidade das decisões judiciais, com a indicação dos principais pontos que conduzem a essa crise.

Na segunda seção é tratada a evolução do conceito de contraditório até a sua concepção no sistema processual contemporâneo, que é visto como meio a permitir atuação dos interessados na formação da decisão judicial de sorte a alcançar aceitabilidade racional.

Na terceira, procura-se apontar a mitigação da oralidade no processo civil, com a supressão dos cenários de debates e de forma mais específica, será indicada a tendência de utilização exacerbada dos poderes dos relatores nos julgamentos monocráticos, conduta que suprime a participação das partes de modo mais efetivo na construção da decisão judicial, pois é retirada a possibilidade da sustentação oral na seção de julgamento.

Não há pretensão, com o presente texto, de se esgotar o tema, de grande importância no contexto do regime de tutela dos direitos, mas apenas servir como disparador para reflexões futuras e assim contribuir para a construção de uma atividade jurisdicional eficiente e justa.

2) A legitimidade das decisões judiciais:

A concepção de acesso à justiça substancial no Estado contemporâneo torna necessária a tutela adequada dos interesses individuais e os coletivos, e neste cenário o Poder Judiciário adquiriu um papel de magnitude incontestável, haja vista a maciça judicialização dos conflitos sociais, e a crise da legalidade.

Neste contexto, observa-se que os conflitos entre grupos sociais e a produção de interesses coletivos têm sido objeto de tutela jurídica por meio de inovações processuais, do que resulta um envolvimento do direito na própria construção da sociabilidade, na medida em que essas ações favorecem a formação de identidades e de núcleos de organização social, sem os quais não teriam como se viabilizar. (VIANNA, 1999, p. 22).

Essas modificações, ao mesmo tempo institucionais e sociais, vêm proporcionando não só um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a solução de conflitos coletivos e individuais de magnitude social, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça e da tutela dos direitos.

Em torno do Poder Judiciário vem se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil, partidos, representação, formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos e de grupos sociais.

Com isso surge o problema a legitimação da decisão judicial proferida de forma contrária ao que dispõe o legislador, ou mesmo na falta de norma específica que a regule.

Habermas (1997, p. 190) afirma, que a comunidade de interpretes da Constituição não se configura como tal porque investida da capacidade de poder contrapor o Poder Judiciário, interpelando princípios e normas de fundo à vontade do

Poder Legislativo, mas porque faz parte de um processo permanente em que a vontade democrática dos cidadãos migra da periferia para o centro do poder político, transitando por meio de múltiplos modos e canais que a convertem em poder comunicativo.

Neste sentido, no processo democrático, a Corte Constitucional deveria se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição e entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Assim, para Habermas (Idem, p. 192), a função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de arrogar papel de legislador político.

Dessa forma, segundo a tese habermasiana, só caberia uma jurisprudência construtiva, principalmente por parte dos Tribunais Constitucionais, somente nos casos que versarem sobre a imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade.

Habermas (Idem, p. 196), assim, entende que a intervenção do Poder Judiciário deve cingir-se apenas a possibilitar que os excluídos possam ter acesso direto aos poderes políticos. Para Habermas, as bases normativas da teoria social crítica se encontram na compreensão adequada da ação comunicativa, cujo escopo é demonstrar como é possível e necessário que ação social racional dos atores sociais esteja vinculada a uma teoria do discurso que vise explicar as razões de justificação e fundamentação das proposições argumentativas que estes sujeitos utilizam para suas interações no mundo da vida.

O autor sustenta que a verdade não tem a ver com conteúdos e sim com procedimentos: aqueles que permitem estabelecer um consenso fundado em argumentos passíveis de problematização e entendimento entre os interlocutores.

Afirma, ainda, que no modo de validade do Direito, a facticidade da imposição do Direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de normatização do Direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade. Esse processo de normatização – que se identifica num primeiro momento ao processo legislativo das democracias representativas - diz respeito à validade social das normas jurídicas, determinada pela adesão fática no círculo daqueles que elas

atingem, contraposta a facticidade artificial promovida pela aceitação fundada nas ameaças de sanções definidas pelo Direito Estatal e imposta pela Jurisdição.

Cappelletti (1993, p. 59) segue orientação diversa, sustentando que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Para o autor italiano, diante da experiência contemporânea, não se pode entender a criação da lei como resultado de um procedimento substancialmente democrático.

Nessa linha de pensamento Dworkin (2005, p. 138) acredita que a criação jurisprudencial do direito também encontraria seu fundamento na primazia da Constituição, documento em que se declaram os direitos e as liberdades fundamentais que se impõem à vontade da maioria.

Partindo de uma concepção empírica, particularmente pela observação da atividade judicante da Suprema Corte norte-americana, Dworkin (Idem, p. 139) recusa, sob o ponto de vista do justo, uma posição de passividade por parte do Poder Judiciário, quando a legislação não regula adequadamente o contexto do conflito, partindo sintomaticamente de um caso concreto para se chegar à conclusão, com possibilidade da decisão refletir sobre outros casos.

Constata-se que nesse eixo substancialista, representado por Cappelletti e Dworkin, a partir de estratégias diversas e diferentes inspirações doutrinárias, mas sempre com referência à história e ao mundo empírico, concede-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de harmonizar e equilibrar. Segundo a versão desses autores sobre a criação do direito no mundo contemporâneo, deveria o Poder Judiciário assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura.

Neste seguimento, Luhmann (1990, p. 160) destaca a importância dos tribunais no sistema jurídico moderno, principalmente nos casos em que falta precisão legislativa, na leitura das cláusulas gerais, bem como dos conceitos jurídicos indeterminados, afirmando que na situação concreta cabe o magistrado dar uma resposta ao problema, acolhendo ou negando a pretensão do demandante.

Foi o reconhecimento desta função específica dos tribunais que fez com que eles se libertassem da influência imperial da política. A definição do papel dos tribunais no

sistema jurídico e nas relações sociais deve partir desta premissa, e os seus pronunciamentos, neste contexto, irão proporcionar a solução adequada da controvérsia, e em relação às demandas coletivas, há, ainda, a preocupação com a uniformidade e a transcendência dos resultados.

Cotejando as teses apresentadas, observa-se que Habermas vê com muita reserva a possibilidade do Poder Judiciário construir preceitos normativos, e sustenta que este deve cingir-se apenas a garantir o jurisdicionado a participar do processo democrático, ao passo que Cappelletti, Dworkin e Luhmann reconhecem a importância dos tribunais na elaboração do sistema jurídico a partir dos casos concretos.

No entanto, a ausência de critérios prévios para a formação da decisão judicial pode gerar arbitrariedade e descrédito, pois permite que fatores externos possam influenciar o julgador na elaboração da decisão, comprometendo sua legitimidade.

Neste contexto, não se pode desconsiderar as contribuições da denominada hermenêutica filosófica. Com Gadamer (1999, p. 457), percebe-se que qualquer doutrina ou legislação a respeito da decisão judicial já não pode mais crer que a aplicação do direito possa ser conduzida nos mesmos moldes propostos pelo positivismo clássico. Primeiramente porque não é possível fundar uma dogmática na crença do método, na crença de que um sujeito neutro, destacando que uma parcela da realidade vá dela tratar a partir de um método rigoroso. Para Gadamer (*Idem*, p. 458), não há um método a priori de conhecimento válido para todos os casos, mas somente construções metodológicas que devem ser pautadas e justificadas caso a caso. Assim, para o autor, os métodos de padronização decisória são muito complexos, pois, segundo aponta, não há neutralidade na ciência, nem tampouco na aplicação do direito; não há métodos ou construções metodológicas que queiram nos livrar do problema de ter que interpretar a partir da predefinição do sentido.

Constata-se que a decisão judicial se legitima por vários aspectos importantes, principalmente ser construída a partir de um processo justo, que pressupõe um contraditório efetivo. É o que passa a ser exposto.

3) **O princípio do contraditório no sistema processual contemporâneo:**

O contraditório, no sistema processual é considerado uma garantia constitucional do processo justo (artigo 5º, LV da Constituição da República) e pode ser definido como o princípio pelo qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem que tenha a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária.

O contraditório, segundo Greco (2009, p. 539), é a expressão processual do princípio político da participação democrática, que disciplina as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea. Esse é um princípio tradicional do processo judicial com embrião na antiguidade e que apresentou evoluções da sua concepção clássica até o processo contemporâneo.

O princípio do contraditório como corolário do princípio político de participação democrática, pressupõe ciência do processo e dos atos processuais, de sorte a oportunizar as partes a manifestação e defesa. Isso se configura pela adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais, por meio de comunicações eficientes, possibilitando a impugnação do que se mostrar contrário aos seus interesses, de sorte a não se decidir qualquer questão sem que os interessados possam se manifestar.

Essa concepção formal de contraditório foi evoluindo para um modelo que se identifica com a possibilidade das partes de apresentar alegações, propor e produzir provas, e efetivamente contradizer o que foi apresentado pela parte contrária.

Na atualidade, o princípio do contraditório vai além da mera ciência dos atos processuais para manifestação e possibilidade de impugnar eficazmente o que foi apresentado pela parte contrária. A visão de contraditório deve permitir a participação dos interessados na construção da decisão judicial.

Esse contraditório participativo se caracteriza pela possibilidade dos interessados efetuarem intervenções eficientes no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem sua plena participação.

Assim, o princípio do contraditório adquiriu um caráter humanístico muito acentuado, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo, pois impõe que as partes sejam postas em condições de, efetivamente, influenciar as decisões judiciais.

Mais uma vez invocamos as lições de Leonardo Greco (2009, p. 540) que aponta as regras tradicionais da igualdade das partes e da sua audiência bilateral como básicas, mas que não satisfazem o contraditório participativo como um instrumento do princípio político da participação democrática. É necessário, segundo o autor, que o contraditório instaure um diálogo humano, que permita a contribuição das partes na formação da decisão.

Nesta concepção de contraditório participativo exige-se que o juiz dialogue com as partes de modo real, e não apenas observe suas alegações. Assim, ao expor suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto da sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanharem os seus argumentos e influenciarem na formação do seu juízo.

Nesta linha, Cattoni de Oliveira (2004, p. 51) sustenta que a legitimidade da ordem jurídica democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais, e para isso ser alcançado o contraditório participativo é fundamental.

Influenciar o Poder Judiciário, fazer dele uma caixa de ressonância pública, nada mais legítimo. Mas nem sempre isso acontece, pois se identifica uma tendência de se tolher o cenário de participação pela supervalorização de alguns princípios, principalmente o da celeridade, e assim se faz esquecer que as pluralidades de interpretações, o jogo dos argumentos e até mesmo a diferença entre as decisões fazem parte de uma sociedade democrática, em que o pluralismo jurídico é assumido pela própria ordem constitucional, com todos os seus riscos.

O que justifica, pois, a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são as garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e da ampla defesa, além da necessidade das fundamentações das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível

institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem, não somente da atuação do juiz, mas também das partes e eventuais interessados.

Por este motivo as ordens jurídicas que refletem o paradigma do Estado Democrático de Direito determinarem, sob pena de nulidade, que as decisões judiciais sejam fundamentadas, no quadro de um devido processo.

Segundo Habermas (1997, p. 196) a tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e de aceitabilidade racional.

Assim, diferentemente de mera condição para a produção da sentença pelo juiz ou de aspecto formal do processo, a garantia do contraditório é condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se inteiramente a fundamentação da decisão judicial participada.

Klaus Günther (2000, p. 269) também auxilia a mostrar o caminho para o processo de formação da decisão judicial. Sustenta o autor que este processo se dá pelas partes em contraditório, sob as vistas do magistrado que pode, assim, manter sua imparcialidade. Para Günther (Idem, p. 270), a decisão deve preceder um processo em que todas as características relevantes do caso sejam levadas em consideração.

A fundamentação da decisão judicial, neste diapasão, não deve ser tomada de modo solipsista, ou seja, reduzida a mera motivação. O julgador ao construir o seu raciocínio na elaboração da decisão deve levar em consideração todos os argumentos apresentados pelas partes, que, no processo tiveram condições de apresentar.

Causa estranheza o fato do Supremo Tribunal Federal, de modo reiterado (AI nº 791.292-QO/PE), adotar o entendimento no sentido de que o magistrado não estar obrigado a responder todas as alegações trazidas pelas partes no processo, nem se pronunciar sobre todos os fundamentos trazidos por um provimento impugnado em sede de um juízo recursal. Este fato é alarmante, na medida em que se trata, em *última ratio*, do tribunal responsável em preservar as garantias constitucionais do processo justo.

4) A mitigação da oralidade e exacerbação dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos:

O contraditório participativo passa, necessariamente pela observância do princípio da oralidade. A oralidade é essencial para a existência de uma justiça humanizada, pois somente o uso para palavra oral e o contato humano do juiz com as partes podem assegurar de modo efetivo o direito de influenciar na decisão.

A oralidade na clássica lição de Chiovenda (1998, p. 165) consiste na predominância da prática de atos processuais de forma oral. E o procedimento norteado pela oralidade apresenta esta característica, além da concentração dos atos em audiência, da identidade física do juiz e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Atualmente, não se aceita mais a oralidade com este sentido meramente formal, mas sim o de que em qualquer processo o juiz tem de estar sempre aberto a instaurar um diálogo humano, que se dá pela palavra oral, pois esta é o modo mais perfeito de comunicação, e, portanto, aquele que se pode efetivamente assegurar o contraditório participativo, assegura o direito das partes de influir eficazmente nas decisões.

Em alguns procedimentos a oralidade se mostra presente na sua própria estrutura, como é o caso dos Juizados Especiais. Porém uma praxe vem retirando a oralidade da maioria dos casos que escoam nos Juizados Especiais da Justiça Federal, e com tendência de extensão aos Juizados Especiais da Fazenda Pública dos Estados, sob o argumento de que, nestes casos, as causas versam sobre questões predominantemente de direito ou que as provas seriam meramente documentais, como se em teses jurídicas não existissem fatos como questão de fundo ou que o debate entre as partes não poderia refutar um documento apresentado.

Isso mostra já uma tendência de mitigação do princípio da oralidade, e em procedimento que tem como essência ela própria.

Nos processos de competência da justiça comum essa prática tem sido corriqueira. Tomemos como exemplo os constantes julgamentos abreviados pautados no artigo 330, II do CPC, mesmo com requerimento de provas, sob o argumento de que o juiz tem o poder de instrução e deve indeferir provas e diligências inúteis.

Essa praxe de caráter autoritário vem sendo justificada pela necessidade de se valorizar a celeridade processual, mas impede que os interessados tenham oportunidade de participar eficazmente da construção da decisão.

No âmbito dos tribunais a mitigação da oralidade, e por via de consequência, do contraditório participativo, é identificada, principalmente, pela limitação de participação do *amicus curiae* nas causas de repercussão coletiva, com seu impedimento em recorrer e as frequentes decisões que o tolhem de sustentar oralmente os seus argumentos nas seções de julgamento. O que se mostra de extrema gravidade pela transcendência dos resultados destes processos. Este ponto, apesar de extremamente importante será objeto de discussão em outra oportunidade.

Também se constata a mitigação do contraditório nos julgamentos dos tribunais com a exacerbação dos poderes dos relatores nos julgamentos monocráticos dos tribunais.

O julgamento monocrático dos relatores no âmbito dos processos recursais ganhou, como se sabe, novos contornos com a edição da Lei nº 9.756/98, momento em que a jurisprudência dominante dos tribunais adquiriu mais força ao permitir que o relator não submetesse ao colegiado o julgamento da causa quando sua decisão fosse pautada neste posicionamento dominante, dando ou negando provimento ao recurso.

Com esta postura, o relator tolhe a parte interessada de participar eficazmente da formação da decisão judicial, pois retira a possibilidade de efetuar a sustentação dos seus argumentos no momento da seção de julgamento, uma vez que, mesmo utilizando o recurso previsto para impugnar esta decisão, este não permite a sustentação oral.

Assim, as decisões desta natureza mitigam de modo acentuado a oralidade do processo nos tribunais, e, por conseguinte o contraditório influente, retirando sua carga de aceitabilidade racional.

A monocrática, apesar de autorizada pelo legislador, se mostra de duvidosa constitucionalidade, sob o ponto de vista do devido processo, sobretudo do contraditório participativo. Apesar disso, é muito aplaudida pelos Tribunais de todas as esferas, pois representa um instrumento de otimização de trabalho para cumprimento das metas da celeridade.

Os julgamentos monocráticos deveriam ser tratados como exceção, pois tolhem manifestamente o contraditório influente, mas vêm ganhando cada vez mais espaço,

inclusive para se prover recursos, mesmo em casos que envolvem questões predominantemente fáticas.

Essa postura desarrazoada contraria toda a perspectiva de um acesso a justiça substancial, com um contraditório participativo e frustra o jurisdicionado que não consegue ver suas alegações enfrentadas pelo julgador, o que torna a decisão autoritária, sem o que Habermas, com muita propriedade definiu como aceitabilidade racional.

5) Conclusões:

Após essas breves considerações, concluímos que o contraditório participativo é um dos pontos mais sensíveis para se alcançar a tutela jurisdicional efetiva, pois faz com que o interessado construa, juntamente com o julgador, a decisão judicial, retirando toda a carga de arbitrariedade que se mostra presente nos sistemas jurídicos processuais publicistas.

Os julgamentos monocráticos dos relatores nos recursos suprimem a oralidade e contraditório influente, ferindo acentadamente a garantia do processo justo.

Sabe-se que essa postura não será afastada, pois otimiza a atividade para se cumprir as estatísticas, porém, deve ser reservada, ao menos, aos casos estritamente autorizados pelo legislador, que já são extremamente amplos.

A proposta é que essas linhas sirvam para uma reflexão sobre o que se espera da atividade jurisdicional no âmbito dos tribunais, de sorte a propor algumas eventuais soluções para que se possa impor a observância do contraditório participativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *El conceptoy la validez dei derecho*. 2 ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALMEIDA, Marcelo Pereira. *A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 14. nº 39. Fevereiro, 1999.

_____. *Judiciário de Política no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1997.

AROCA, Juan Montero. *Proceso y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/10: o Brasil entre o *civil law* e *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (coord.) *Reforma do processo civi; perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

BENABENTOS, Omar Abel. *Teoria General Unitaria del Derecho Procesal*. Bogotá/Colômbia: Editorial Temis S/A, 2001.

BEZERRA, Marcos Otavio. *Em nome das Bases: Política, Favor e Dependência Pessoal*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

CABRAL, Antônio do Passo. *O novo Procedimento – Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma alternativa às ações coletivas. Leituras Complementares de Processo Civil*. Org. Fredie Didier Junior, Bahia: Jus Podium, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

_____ e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais e ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Cidadania no Brasil*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1993.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil.

_____ (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004.

CONSOLO, Cláudio. *Class actions' fuori dagli USA?*. *Rivista di Diritto Civile*, nº 5, Padova: Cedam, 1993.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 6, p. 85-102, 2000.

_____. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet:<http://www.mundojuridico.adv.br>. acesso em 15/07/09.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania do mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. v.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JHERING, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora. 1950.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Aposição dos tribunais no sistema jurídico*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 1990. nº 44.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *El Derecho Procesal como Sistema de Garantías*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Mayo-agosto, 2003.

NESVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PROTO, Pisani. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. Revista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1979.

POCHMANN, Marcio. *Altas da exclusão social: os ricos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2005.

ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Lisboa: Edições Afrontamento, 1996.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Revista de Direito do Estado. v. 7, 2007.

TARUFFO, Michele. *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*. Milano: Griuffè, 1988.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Editora da USP, 1977.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Revista do Advogado, 2006.

VAMPRE, Spencer. *Interpretação do Código Civil*. São Paulo: Livraria de Oficinas Magalhães, 1919.

VIANNA, Luiz Werneck. DE CARVALHO, Maria Alice Rezende. MELO, Manuel Palácios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

O MÉRITO DA DEMANDA E SUA REPERCUSSÃO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES

Marcos José Porto Soares

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro- RJ. Promotor de Justiça do Estado do Paraná- Ministério Público do Estado do Paraná.

Glaziele Zanardi

Graduada no Curso de Direito pela Faculdade Integrado de Campo Mourão-PR. Advogada.

Resumo: Através deste trabalho abordar-se-á a importância do mérito no processo e a sua relação com a demanda, de modo a levantar posição sobre o conteúdo das decisões de mérito em primeiro grau. Vislumbra-se necessário este estudo em termos práticos tendo em vista que cada vez mais no decorrer do processo são prolatadas decisões sobre o mérito (decisões interlocutórias), o que antes se dava quase exclusivamente na fase da sentença. Apontar-se-á que as decisões relacionadas às pretensões - meios de busca aos bens da vida - são atreladas ao mérito, como também aquelas relacionadas à atividade exercida pelo magistrado que declara ou não a existência do direito.

Abstract: The present article deals with the merit's importance in the trial and its relationship with demand, coming up point of view about the contents of merit decisions in court of first instance. This study is necessary in practical terms because more and more during procedure merit decisions are pronounced (interlocutory decision), what before happened almost exclusively in sentence's phase. Shows that decisions connected to pretension – the search path of goods – are linked to merits as well as those ones connected the judge's activity that says if the right there is or not.

Palavras-Chave: Mérito- decisões- demanda- sentença- agravo.

Keywords: merits - decisions - demand - sentences - interlocutory appeal

Sumário: 1. Introdução – 2. O mérito sob o prisma da jurisdição, demanda e processo - 2.1. Jurisdição – 2.2. Demanda – 2.3. Processo – 3. Decisões de mérito - 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução:

Em um Estado Democrático de Direito o mérito está ligado a um critério racional ou científico de escolha, devendo ser balizado - conforme a opção de cada nação quanto à operacionalização do direito, em menor ou maior escala - pela lei, princípios e precedentes¹. Neste ponto, são precisas as palavras do sociólogo François Dubet²: “Ao contrário das sociedades aristocráticas que priorizavam o nascimento e não o mérito, as sociedades democráticas escolheram convictamente o mérito como um princípio essencial de justiça”.

Para se fazer uma escultura tem-se que conhecer bem a matéria prima. E até hoje os processualistas não adentraram devidamente no estudo da matéria prima do processo, que é o mérito. Parece que a alienação quanto ao estudo do mérito é fruto da abstração exacerbada, aliada ao puro cientificismo, impregnada nas questões processuais. Mas agora, aproveitando-se do curso da nossa história que volta a atenção para a instrumentalidade do processo, e que este deve servir e atender-se ao efetivo atendimento do que é demandado, vê-se como necessário ingressar nas ruelas que transportam os atos jurisdicionais, e focar o objeto transportado. O mérito.

2. O mérito sob o prisma da jurisdição, demanda e processo:

2.1. Jurisdição:

A confecção da lei, desde a forma como é elaborada, ou seja, por representantes eleitos pelo povo, bem como no seu conteúdo material, deve carregar elementos de proteção a todos indistintamente. A lei surgiu como instrumento para garantir a igualdade na luta

¹ Aqui ressaltam as diferenças entre os sistemas jurídicos dos países da *civil law e common law*.

² DUBET, François. “O que é uma escola justa?” São Paulo: SciELO, Cadernos de Pesquisa, v. 34, n. 123, set./dez. 2004, p.541. Tradução: Édi Gonçalves de Oliveira e Sérgio Cataldi.

travada por séculos entre povo e tiranos. A abstração é o mais característico elemento da norma legislativa deste tratamento igualitário.³

Só que o Estado não atua apenas no campo legislativo para atingir seus fins. Existem as funções estatais administrativas (executivas) e também jurisdicionais, as quais se resumem a aplicar concretamente o que dispõe a lei. Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário praticam, com base no que dispõe o legislador, condutas concretas, seja por meio de atos administrativos ou decisões judiciais. Não é em vão que os membros do Supremo Tribunal Federal são chamados de ministros, o que demonstra identidade de natureza entre o julgador e o administrador público.

O ponto vetor da conduta do administrador público, como também do julgador, é o mérito: qualidade que será obtida na medida em que atuarem conforme as funções a eles destinadas pela Constituição da República e delineadas pelo legislador infraconstitucional.⁴

A origem do termo mérito é bem explicada por Cretella Júnior⁵:

“Mérito vem do latim ‘meritu(m)’, acusativo do nome neutro ‘meritum(i)’, substantivo que significa: salário, ganho, paga, serviço, ato (conduta) que justifica algo. Em alguns casos tem outros sentidos, mas não o sentido que lhe dá a processualística. Os dicionários consagram o sentido de ‘qualidade do que é digno de louvor ou prêmio, aptidão, superioridade’(Caldas Aulete)”.

No prisma jurisdicional, o Estado deve buscar o seu mérito - atestado de qualidade - praticando a sua atividade fim – que é aplicar o direito material (previsto em lei) em uma situação concreta.⁶ O ato de julgar se perfaz na elaboração de uma norma concreta, ou

³ Servem aqui as palavras de Calamandrei : “Nas aulas de direito se lê que ‘a lei é igual para todos’. Não se deve sorrir, como é de costume, ante este lema, nele está concentrada, poder-se-ia dizer, toda a moralidade da dogmática jurídica.” CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas- SP: Editora Lzn, 2003. 1ª edição .Trad. Karina Fumberg. 1ª edição, pág. 89.

⁴ No caso da administração pública, para atender os anseios do povo, é dever previsto na Constituição da República, trazer para si pessoas que sirvam com competência os interesses da administração (princípio da eficiência), através de concurso público e de licitação, buscando-se proteger o interesse público. Integrará a administração quem tem mais mérito, com base no raciocínio lógico que os mais competentes destinarão seus atos com mais eficiência para a consecução estatal. Em relação aos atos administrativos, deve-se observar que o mérito, em que pese ligar-se a discricionariedade do administrador, não poderá jamais desviar-se da finalidade pública.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo. Teoria do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, volume II, pág. 173.

⁶ Piero Calamandrei leciona que: “Neste sistema da legalidade a atuação do direito se leva a cabo em duas etapas: num primeiro momento o direito é formulado pelo legislador em forma de lei geral e abstrata; num segundo momento, em virtude de comprovada coincidência entre a hipótese abstrata e o fato concreto, o

seja, sentença, dispondo de regra específica, a qual buscará entregar o bem da vida a quem a lei previa este direito. O julgador não poderá fugir do que está disposto na lei sob pena de ferir a igualdade decorrente da sua abstração. É a função do Estado, quando demandado, fazer atuar no caso concreto os desígnios da lei.

A atividade jurisdicional, ao lado da executiva e legislativa, tem como finalidade implementar condições para que as pessoas vivam em harmonia, e para tanto, se vale da aplicação do direito ao caso concreto, como mecanismo.

Não obstante, vê-se na via da prestação jurisdicional luta inglória em compor os problemas interpessoais, uma vez que a lide, como fenômeno revestido por um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁷, está envolta de forte carga sócio-psicológica- que, portanto, foge do amparo jurídico⁸. Razão pela qual, a criação e aplicação das leis têm como fim último diminuir⁹ os conflitos interpessoais e sociais, para tentar alcançar a desejada paz entre as pessoas.

Deste modo, a fim de não se envolver pela frustração de não atingir sempre o fim almejado - a harmonia - deve-se considerar como típica e efetiva a atividade jurisdicional quando faz atuar a vontade do direito no caso concreto no afã de diminuir os conflitos entre as pessoas.¹⁰

mandato se individualiza e se transforma em ação, pelo voluntário comportamento do obrigado ou pela coação posta em prática pelo juiz e pelo executor. É nesta segunda etapa que se abre o campo ao trabalho dos juristas, os quais com acuidade de sua “técnica” estão sendo chamados precisamente a facilitar a não sempre fácil especificação da lei abstrata em mandato concreto, esta individualização da vontade do Estado que é necessária a fim de que a lei possa operar de maneira prática sobre a conduta dos governados.”(*Ibidem*, p.77).

⁷ Conceito de Carnelutti. cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas-SP: Editora Servanda, 2009, volume I, Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista. p. 79.

⁸ São as palavras de Liebman: “o conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é de fato a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p.88.

⁹ Estes conflitos jamais se encerram de modo que o que se almeja é que, dentro da possibilidade humana, eles diminuam.

¹⁰ Humberto Theodoro Júnior define jurisdição como: “o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 50ª edição, volume I, p. 36.

2.2. Demanda:

A ação é o direito constitucional de pedir a tutela jurisdicional. Para parte da doutrina esta ação tem cunho totalmente autônomo e abstrato. Encontram-se como expoentes Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra que conceituam ação como uma situação jurídica – seja ela um direito subjetivo público ou um poder - na qual se encontra o autor perante o Estado. Esses autores afastam a possibilidade da ação ser um direito concreto, relacionado ao direito material.¹¹

Este conceito, porém, aos poucos vem sendo questionado de duas formas: a) a ponto de não ser considerado como único conceito sobre o direito de ação, neste passo destaca-se a doutrina de Ovídio Baptista e Daniela Hidalgo¹²; b) a ponto de ser substituído por outro conceito, posição esta de José Roberto Bedaque dos Santos¹³.

A primeira corrente questionadora insere ao lado do conceito tradicional da ação (como situação jurídica) outra ação denominada de “ação material” ou demanda, cujo conceito como instrumento de veicular perante o judiciário a atuação do direito material ao caso concreto foi construído com forte influência de Chiovenda, Wach e Pontes de Miranda¹⁴. Para Ovídio Baptista da Silva e Daniela Hidalgo existiria tanto a ação, conhecida como a situação jurídica estática, abstrata e garantida a todos que queiram ingressar em juízo, como também a “ação material” que se remete a uma proximidade do direito material.

José Roberto dos Santos Bedaque vai ainda mais longe ao concluir que não existe nem mesmo a ação abstrata sob o argumento de que a ação, tal como prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não pode jamais ser vista sob um prisma desvinculado do direito material. Diz o professor: “Assim, ao assegurar o amplo poder de acesso ao Poder Judiciário, a Constituição (art.5º, XXXV) refere-se a um direito, isto é, a uma faculdade que emerge da proteção da regra material a determinada situação da

¹¹ Segue raciocínio dos professores: “A ação, é portanto autônoma. Mas será “ abstrata” ou “ concreta”? A teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica é inaceitável; para refutá-la, basta pensar nas ações julgadas improcedentes, onde, pela teoria concreta, não seria possível explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até a sentença. A mesma situação ocorre quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 276.

¹² Cf. HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre Direito Material e Processo, uma compreensão hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 49.

¹³ Ibidem, p.98.

¹⁴ Cf. HIDALDO. Idem. Ibidem, p. 49.

vida. Não existe garantia constitucional do mero ingresso, ou pelo menos não é nesse sentido que se fala da inafastabilidade da jurisdição. A proteção diz respeito a lesão ou ameaça a direito, não necessariamente existente, mas ao menos afirmado.”¹⁵

Infere-se que este conceito de ação material se assemelha, a rigor, ao conceito de demanda, envolto por ínclita ligação ao direito material, proposto por Chiovenda¹⁶. Segundo ele a demanda é “ato com que o autor requer que se verifique a existência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que garanta um bem ao réu, com as eventuais disposições consequenciais”.

Porquanto, não há como afastar a veia de direito material ao conceito constitucional de ação, uma vez que o próprio texto constitucional o liga a uma “lesão ou a ameaça de direito”, ou seja, de um direito objetivamente garantido pelo ordenamento jurídico.

Diante dessas premissas, se poderia, a princípio, identificar os seguintes instrumentos postos à disposição do jurisdicionado para que, com a intervenção do Estado-Juiz, seja lhe assegurado um direito material: a) a ação em sentido abstrato, ou seja, o direito subjetivo que todos nós temos de ingressar em juízo; b) a demanda ou “ação material” que é o veículo através do qual o jurisdicionado pede ao Estado a aplicação do direito ao caso concreto; c) as pretensões, que são as manifestações de vontade deduzidas no bojo da demanda visando à satisfação de um bem da vida.

Nessa escala, deve-se ter em vista que a ação abstrata por não possuir por si só qualquer identificação com o caso concreto, não servirá para atender a satisfação de um direito supostamente lesado. O instrumento que atenderá efetivamente ao jurisdicionado será a demanda - meio pelo qual também se veicula as pretensões, que, por suas vezes, não poderão, sob uma ótica jurisdicional, serem formuladas por outro instrumento que não a demanda.

¹⁵ Discorre ainda: “O princípio da demanda está necessariamente vinculado a uma situação da vida, de direito material. Trata-se de assegurar, em sede constitucional, a existência de um meio para retirar a jurisdição de sua inércia. E a jurisdição não atua senão diante de situações concretas (ressalvadas, obviamente, as hipóteses excepcionais em que a atividade jurisdicional emite pronunciamento sobre a lei em tese, como no controle direto de constitucionalidade). Necessário, portanto, que o interessado, ao pleitear a tutela jurisdicional, reporte-se a determinada situação concreta.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição. 2009, p.98.

¹⁶ Cf. Idem. *Ibidem*. p. 198

A pretensão, na visão de Carnelutti¹⁷ acolhida pela doutrina, consiste na manifestação de vontade em obter o bem da vida. E tanto a pretensão com a “ação material” (demanda) se remetem à mesma vontade concreta da lei que garante um bem determinado. O toque diferencial entre esses institutos reside no modo que se opera a sua satisfação, pois, enquanto a pretensão do credor pode ser satisfeita de duas formas - uma pelo cumprimento espontâneo da prestação pelo devedor, e a outra, na falta do cumprimento (poder-se-ia dizer com a resistência da pretensão), através de um processo judicial engendrado pela demanda – a demanda, como ato que visa à declaração da vontade concreta da lei, em regra com a sustentação de que uma pretensão não foi cumprida, tem como *conditio sine qua non* o apelo ao Estado-Juiz já que somente este tem o condão de prolatar uma sentença declarando ou não a existência de um direito.

Por meio da demanda o jurisdicionado pleiteia ao Estado-Juiz a atuação do direito material no caso concreto e renova a sua pretensão em busca do bem da vida. Com isso, se pode dizer que a demanda engloba a pretensão, e dela se distingue por ser o seu mister também declarar ou não a existência do direito. Logo, a demanda possui duas finalidades: a certificação do direito subjetivo e a efetivação do exercício deste direito. A certificação relaciona-se a uma atividade declaratória, ao passo que o exercício do direito está ligado a uma pretensão – que é nada mais que a parte da demanda que visa à satisfação do direito do autor, isto é, reveste-se de caráter eminentemente prático consistente na busca do bem da vida

Destarte, a demanda possui algo que não existe na pretensão: atividade confirmadora ou não da existência do direito pleiteado.

A distinção entre o ato de declarar e exercer o direito remonta a *actio* romana. Para explicar a ação no direito romano Celso Agrícola Barbi¹⁸ dizia que o direito subjetivo e a pretensão seriam verso e reverso da mesma medalha uma vez que para você exercer a pretensão haveria que ser o titular do direito. Em linguagem poética dizia que a *actio* romana “é o mesmo direito subjetivo que, violado, se arma para a guerra”. Observe que esta pretensão que seria a *actio* romana jamais deixou de existir; só que, com a autonomia do direito processual proposto pela escola alemã de Wach, Bulow e Windscheid, passou a não ser mais a própria ação.

¹⁷ Cf. *Ibidem*. p 80/82.

¹⁸ *Ibidem*, p. 38..

O direito processual desenvolvido pelos alemães a partir de 1850 tem como sustentáculo científico as ideias do racionalismo e iluminismo advindo da revolução francesa. A satisfação do direito - a entrega do bem da vida - com o exercício da pretensão só poderia ser praticada com a confirmação que quem pleiteou fosse mesmo o titular do direito. Primeiro teria que se preencher um lado da medalha com a comprovação da existência do direito para então efetivar o direito (o outro lado da medalha: a pretensão) com a busca do bem da vida. Essa atividade declaratória despendida seria uma garantia aos direitos do povo, assecuratória à liberdade em contraposição à força bruta estatal outrora característica do *ancien régime* (período pré-revolução francesa).

A certificação que um direito pertence ou não a alguém é o que determina a autonomia do direito processual frente ao direito material subjetivo. Em 1885, Wach¹⁹ já havia comprovado que as ações de declaração, onde o interesse é a simples declaração da existência ou inexistência de um direito, é o que afirma a autonomia do direito de demandar em relação ao direito substancial. Apontou que o direito à tutela jurídica não tem como pressuposto a existência da relação jurídica, mas sim um simples interesse para que ela seja declarada, e que assim, a ação é algo substancialmente diverso do direito subjetivo que ela visa proteger, dela sendo independente.

Neste passo, a atividade declaratória - que tem por escopo apenas a confirmação da existência ou não de um direito - teria natureza distinta das pretensões originadas no direito material, como a condenatória e a constitutiva.

O professor Agnelo Amorim Filho²⁰ aponta que, em razão desta distinção, ela não está sujeita à prescrição e nem à decadência. Explica que isto ocorre porque através da atividade declaratória não se dá exercício da pretensão: seja exercendo um direito à prestação (pretensão condenatória), cuja inércia faz surgir a prescrição; ou um direito potestativo (sujeição de outrem a sua vontade através do exercício de uma pretensão constitutiva), cuja inércia pode, quando previsto em lei, ensejar a decadência.

Vislumbra-se ainda diferença no sentido que a atividade declaratória se opera definitivamente através da sentença, ao passo que a entrega do bem da vida pode ocorrer

¹⁹ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direito*. Belo Horizonte: Editora Líder. 2003, p.16. Tradução de Hiltomar Matins Oliveira. E também BARBI, Celso Agrícola. *Ibidem*, p. 39.

²⁰ Cf. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

em vários momentos do processo - embora mais visível na fase da execução - até mesmo anteriormente à sentença, com a concessão da antecipação da tutela.²¹

E mais, a satisfação das pretensões pode ocorrer no campo extrajurisdicional²², como se vê na prática da arbitragem ou mediação - chamados meios alternativos de solução de conflito²³-; ao contrário da atividade declaratória, que é atividade exclusiva do Estado. Aliás, é em razão desta exclusividade que sobre ela recai o estigma da imutabilidade, o que não ocorre quando se trata da simples entrega do bem da vida.²⁴

No campo das provas também se infere disparidade de tratamento. Enquanto para a satisfação de uma pretensão material deduzida em juízo poderão ser levadas em consideração exclusivamente provas formadas fora do processo, para a declaração do

²¹ A antecipação da tutela foi um instrumento criado para contrapor a necessidade da espera da sentença para o jurisdicionado exercer o seu direito. Foi percebido que o ato da sentença, e a espera à sua prolação, não produzia qualquer eficácia prática na vida das pessoas; pois a entrega do bem da vida com ela não se operava. O mecanismo da antecipação da tutela passou a permitir a satisfação do bem da vida, desde que demonstrada entre outros requisitos a probabilidade da certeza do direito, antes da sentença. Observa-se que a antecipação a tutela não possui relação com a declaração definitiva da existência ou não do direito, que só virá com a sentença.

²² No Brasil, na esfera criminal, o cumprimento da pena é administrado pelo poder executivo; e neste jaez, não se fala que o executivo está desenvolvendo atividade jurisdicional.

²³ Atualmente é importante a temática referente aos meios alternativos de composição de conflitos. A doutrina aponta três meios para solução dos conflitos: a) a autotutela, b) a autocomposição; c) a heterocomposição. A autotutela é o meio de satisfazer a sua pretensão, a força, sem qualquer discussão a respeito da certificação da legitimidade do direito, a pessoa crê que tem o direito e ela mesma pratica os atos relacionados ao exercício deste direito; na autocomposição, as partes se reúnem entre elas para comporem o conflito, cabe aqui observar até por serem leigas, não se desenvolve trabalho de verificação de quem tem o direito, mas sim resolveram como se dará a entrega do bem da vida, objeto de discussão das suas pretensões; e a heterocomposição, que por sua vez, ocorre quando as partes procuram uma terceira pessoa, que pode ser o Estado, através da função jurisdicional, ou o árbitro (extra estatal) para dirimirem o conflito. Neste campo cumpre destacar que mesmo o árbitro por não ser juiz, e conhecedor do direito, não terá condições técnicas de dizer e certificar quem tem o direito, e a sua atividade vai se restringir em dizer como serão exercidas as pretensões em conflito a ele trazidas. Somente através da atividade jurisdicional, quando o Estado é acionado pelas partes para solucionar o conflito e atenderem a satisfação da pretensão relacionada a seus direitos, é que por obrigação e mesmo manutenção do espírito para o qual a atividade jurisdicional foi criada - como já afirmado, decorrente da tarefa de aplicação da lei com os idéias de liberdade emanados da revolução francesa e a idéia relacionada a tripartição dos poderes, e a própria razão de existir o função estatal jurisdicional - deverá declarar, certificar se a pessoa que o procura tem ou não o direito. Cf. CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. São Paulo: Atlas. 1ª edição. 2007.

²⁴ A imutabilidade que advém da coisa julgada incide sobre a atividade de declaração do direito exercido pela demanda, e não sobre as pretensões ao bem da vida. Segundo Ovídio Baptista há vinculação entre a eficácia declaratória e a coisa julgada material. Para ele os elementos constitutivo, condenatório, mandamental e executivo não se tornariam imutáveis. Elucida, neste sentido, Eduardo José da Fonseca Costa: “Assim, a coisa julgada material seria um ‘manto’, que recairia sobre o reconhecimento que o juiz faz a respeito da existência ou inexistência da pretensão de direito material afirmada pelo autor.” Como visto aqui a doutrina ainda tende a fazer uma mistura entre a pretensão de direito material e a processual, e isto cria embaraços terminológicos desenrolados neste trabalho.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011, n.191, p. 362.

direito exige-se que estas provas sejam produzidas no contexto oficial e na forma disposta pela lei processual.²⁵

Cabe concluir que por ser composta por estas duas atividades, a satisfativa e a declaratória, com perfis e características distintas, a demanda exsurge como instrumento complexo, cujo conteúdo se estende na medida do fim que se destina, mover a jurisdição para que seja aplicado o direito ao caso concreto.

2.3. Processo:

Por ser a demanda o instrumento que aciona a jurisdição é ela o meio que delimita a atividade jurisdicional. Por sua vez, a atividade jurisdicional é desenvolvida através de um processo. E o processo, segundo definição clássica de Chiovenda²⁶, é “o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.”

Um ponto parece ser postura dominante na doutrina: o mérito é apontado como o objeto do processo²⁷. Acerca disso, resume Cândido Rangel Dinamarco²⁸: “De tudo quanto se disse é fácil inferir também que o objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causae*). Confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no mérito, com a dos processualistas interessados em investigações acerca do objeto do processo, ver-se-á que o problema é um só, e a busca do conceito deste outra coisa não é senão a busca do conceito de mérito”.

²⁵ Cabe notar que para a concessão de uma antecipação da tutela (satisfação da pretensão) poderá o juiz ater-se a declarações de testemunhas colhidas particularmente, com assinatura de duas testemunhas, ou laudo pericial produzido por perito particular. Todavia, para a produção de uma sentença (atividade declaratória) mister se fará que estas testemunhas sejam ouvidas em juízo, dentro de um contraditório mais amplo, e que laudo pericial seja confeccionado por *expert* nomeado pelo juiz.

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas-SP: Bookseller, 2ª edição, 2000, Volume I, p. 56.

²⁷ Em detalhado estudo sobre o objeto do processo Sydney Sanches deixou claro que “não se deve usar, ou pelo menos, não é conveniente o uso da expressão ‘objeto do processo’, quando se quiser aludir a escopo ou finalidade do processo; qualquer desses vocábulos (escopo ou finalidade) traduzirá melhor e inequivocadamente a idéia de teleologia do processo.” SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1977, n.13, p. 46/ 47.

²⁸ - Idem, *Fundamentos do Processo Civil Moderno* São Paulo: Malheiros. 6ª edição, 2010, Tomo I, p. 303.

A doutrina não é uníssona, todavia, ao apontar qual é o objeto do processo²⁹ já que alguns doutrinadores dizem que é a lide³⁰, outros a pretensão³¹ ou a ação³², e ainda existem aqueles que nele incluem ou não a causa de pedir, o pedido. Enfim, não há uma precisão sobre o que constitui o objeto do processo.

Tanto considerando a pretensão como pedido ou como vontade de obter um bem da vida, seja ela introduzida num processo, ou mesmo antes dele, há de se concluir que o seu exercício não pode por si só ser o objeto do processo, haja vista que, no processo, ao lado da pretensão, deverá coexistir a atividade declaratória do direito.

O objeto do processo, igualmente não está adstrito à lide, pois, por muitas vezes, a entrega do bem da vida ou a aplicação do direito não a resolverá vez que o conflito, mesmo após o fim do processo, poderá perdurar por toda a vida dos litigantes.³³

A partir disso, é forçoso concluir que o objeto do processo é muito maior que a pretensão e a lide. O processo deverá estar voltado para a demanda. É a demanda o objeto do processo, e a sua extensão será a dimensão do mérito.

Para delimitar a extensão do mérito, salutar retornar aos ensinamentos de Muther³⁴ cujas ideias fundamentaram a teoria da autonomia e abstração do direito de ação.

²⁹ Rodrigo Ramina de Lucca elucida que: “Diversamente da ação, o conceito de objeto do processo não foi muito desenvolvido no Brasil, onde, em grande parte por forte influência italiana, preferiu-se focar os estudos em processo civil naquele primeiro instituto, como conseqüência, nos elementos da demanda. Em sentido oposto, a doutrina alemã erigiu o mérito (chamado de Streitgegenstand ou objeto litigioso do processo) como conceito nuclear do processo civil, voltando todas as suas atenções para a noção de pretensão (Anspruch).” LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O mérito do processo e as condições da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, outubro 2010, n.188, p. 75/76.

³⁰ - Para a exposição de motivos do Código de Processo Civil é a lide o objeto do processo. Lá está exposto que “o projeto só usa a palavra lide para designar o mérito da causa”. E mais adiante está prescrito: “a lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes” (cap. II, n.6).

³¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, 5ª edição, pág 180. Diz Cândido Rangel Dinamarco que o objeto do processo é a “ pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-Juiz em busca de reconhecimento ou satisfação. É o material sobre o qual atuam as atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz e todos os atos de defesa judicial dos direitos, realizados pelas partes.” No entanto denota-se nesta obra que Dinamarco afasta da categoria de objeto do processo a causa de pedir, e as questões ou pontos de direito, restringindo-se apenas o objeto ao que se pede.

³² Cf. CHIOVENDA, Ibidem. p.71. Diz o mestre que o objeto do processo “é a vontade concreta de lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação.”

³³ Calamandrei, com a erudição peculiar, em 1928, já dizia que a ausência de lide não impediria a atuação jurisdicional, e que a carga sociológica inserta no seu conceito era bem superior que a jurídica. CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “ lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. Opere giuridiche a cura di Mauro Cappeletti*. Napoli: Morano, 1965, vol 1, p. 204 e ss.

³⁴ Apud. HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Ibidem. p. 55.

Dizia que com o ingresso em juízo ocorria a *litis contestatio*³⁵ - fenômeno do direito romano - que encerraria a relação de direito material advinda da situação concreta que motivou as partes a ingressarem em juízo, fazendo-se, assim, surgir uma nova relação - agora sob o crivo processual, onde o juiz fará a aplicação do direito abstrato ao caso concreto sob uma base límpida e nova.³⁶ Essa concepção pressupõe que durante o processo o direito material ficaria estático, e que a aplicação do direito material ao caso se daria somente com a sentença. Deste modo, haveria de se entender que o objeto do processo restringir-se-ia ao que fosse definitivamente decidido em relação ao pleito do autor em juízo deduzido. Este raciocínio serviu de suporte para uma visão abstrata do direito de ação, a qual aponta, em regra, que a incidência do direito material ao caso concreto só pode ocorrer na prolação da sentença.

No entanto, pela linha aqui adotada, entende-se que durante todo o transcurso do processo haverá incidência do direito material ao caso concreto vez que a relação jurídica inicial não se transmuta em outra, estando viva e acesa durante o trâmite processual. E, assim, todos os fatos, argumentos, juízos de valor, decisões proferidas ao longo do processo relacionadas à aplicação do direito material ao caso concreto será inerente ao mérito da demanda.³⁷

Este, aliás, é o consagrado ensinamento de Ovidio Baptista da Silva³⁸ e também de Chiovenda³⁹, o qual ensinava: “Entre a demanda e a sentença que a recebe, estabelece-se assim uma relação de correspondência, que dá lugar a uma série de fenômenos, denominados ordinariamente efeitos substanciais da demanda judicial, e mais propriamente efeitos do processo. Costuma-se falar também da influência do processo sobre o direito substancial”.

E a demanda para ser compreendida deverá estar ligada a uma causa, ou causas, ou seja, a um motivo ou motivos que podem ser rotulados sob o *nomen juris* causa de pedir.

³⁵ Chiovenda ensina com maestria esse fenômeno: “No direito romano clássico, a constituição do processo mediante a *litis contestatio* exerce, sobre o número de relações, este efeito: que a relação, comparativamente o que era antes, se consome, e se lhe substitui um direito novo que se identifica com o processo e lhe comparte a sorte (princípio da consumação processual). Mesmo que a lide se encerrasse sem uma decisão de mérito, não podia mais propor-se a ação originária (de eadem re bis ne sic actio).” (Ibidem, p.199).

³⁶ Cf. Idem. Ibidem, 56.

³⁷ Cf. HIDALGO. Idem. Ibidem. pg 58.

³⁸ - SILVA. Ovídio Araújo Baptista *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125-126.

³⁹ Idem. Ibidem, p. 199.

Para se pleitear a atuação do direito ao caso específico (através da demanda), e também pedir o bem da vida (através das pretensões), há de se expor um motivo, o qual poderá ser uma lide ou a necessidade da chancela do judiciário para o exercício de um direito (v.g. jurisdição voluntária).

A causa de pedir nada mais é que o fio condutor de como se dará a aplicação do direito material ao caso concreto já que é através dela que o demandante introduz o seu direito subjetivo substancial ao processo e torna-se possível a identificação da pretensão do autor. Por isso, conforme afirma Bedaque⁴⁰, dada a sua relevância não pode ser afastada da posição de objeto do processo.

O juízo de veracidade - ou probabilidade da veracidade - sobre os fatos levados a juízo, da mesma forma que a pretensão e a lide, constituem o objeto do processo. Os fatos narrados - que compõem a causa de pedir (ao lado dos fundamentos jurídicos) - serão analisados em cotejo com as provas, cujo juízo ao mérito se atina. Cabe ver que o objeto da prova são os fatos relevantes, pertinentes, controversos e descritos na demanda⁴¹, ou seja, consistem em pontos ou questões ligadas a uma situação concreta na qual se almeja a incidência das normas abstratas.⁴²

Tanto é que a atividade probatória está ligada ao mérito que grande parte da doutrina⁴³ entoa a tese de que numa situação de alteração legislativa deverão ser aplicadas as regras

⁴⁰ Explica Bedaque: “Não devem ser aceitas as construções da doutrina alemã, tendentes a excluir a causa de pedir do objeto do processo, acarretando completa separação entre os dois ramos do ordenamento jurídico. Para a perspectiva do instrumentalismo substancial sustentada neste trabalho, tanto faz referência aos fatos constitutivos ou à relação jurídica, pois em ambos se está inserindo o direito substancial no processo. O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexo entre direito e processo, na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo. O próprio objeto mediato da ação, o bem da vida pretendido pelo autor, é identificado em função da causa de pedir, ou seja, a partir dos fatos e do fundamento jurídico da demanda chega-se ao pedido.” (Idem. Ibidem, p.124).

⁴¹ Cf. LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002.

⁴² O jurista uruguaio Ricardo Luis Lorenzetti afirma que o trabalho dedutivo em relacionar a premissa menor, ou seja, os fatos, a maior, qual seja, a norma, caracteriza um juízo de qualificação. Esta afirmação se coaduna inteiramente com a tese aqui exposta segunda a qual o mérito é uma qualidade a ser auferida por um juízo de aplicação dos fatos ao direito. Assim, discorre: “O elemento fático requer determinação da existência de um fato em sentido jurídico, ou seja, não é qualquer fato senão aquele que foi provado conforme as fontes e os meios probatórios admitidos processualmente. Podem existir dúvidas sobre se o fato efetivamente ocorreu, o que é resolvido em conformidade com as regras da carga probatória(...). O elemento dedutivo consiste em conectar a premissa menor com a maior, o que se caracteriza como um juízo de qualificação. O juiz deve analisar os elementos fáticos e a sua correspondência com a norma aplicável.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 edição, trad. Bruno Miragem. p. 171.

⁴³ Cf. DOS SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1971, 4ª edição. v. I. p.26. E também YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 242. Elucida Yarshell que “ Outra

vigentes no tempo em que houve a formação probatória; o que seria impossível, diante da aplicabilidade imediata das regras processuais, caso a valoração das provas não tivesse liame ao direito material.

Da mesma maneira, não há como negar que a atividade interpretativa realizada pelo magistrado sobre o direito material e o modo como conduz seus atos com base neste convencimento também compõem juízo de mérito.

Ademais, o ato de demandar, mesmo que na pretensão não mencione qual o dispositivo legal violado, obriga o juiz a aplicar o direito ao caso concreto alicerçado no princípio *iura novit curia*. Destarte, será objeto do processo uma atividade que não precisa constar na pretensão, mas cuja prática está o magistrado a ela obrigado por estar-se diante de uma demanda, cujo escopo é justamente aplicar o direito ao caso a ser julgado.

O objeto do processo, desta forma, transparece como um trabalho de construção por etapas, na busca da certificação do direito e satisfação do bem da vida, incluindo, com isso, análise da lide, pedidos, causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos), provas e pretensões relacionadas ao direito material

Desenvolve-se inicialmente com poucos tijolos e à medida que vai aprofundando o conhecimento sobre os fatos e o direito, a construção se torna cada vez mais consistente, e com a certificação da existência do direito atinge a imutabilidade; e a seguir, ou mesmo antes disso (através da antecipação da tutela), atentar-se-á a garantir a satisfação das pretensões dos envolvidos.

Por isso pode-se dizer que o mérito é a qualidade da demanda em atingir o seu fim, que é aplicar o direito ao caso concreto, através de duas atividades: a) certificação da existência do direito (atividade declaratória); b) busca da satisfação do bem da vida (pretensão constitutiva ou condenatória). O mérito é a eficácia⁴⁴ da demanda; é o que reluz ao estar a demanda alcançando o seu desiderato.

utilidade que se pode extrair das teorias ditas materialistas reside em que, para elas, a lei a ser aplicada em matéria de prova é a do tempo da ocorrência dos fatos, já que nesse momentos os interessados teriam adquirido o direito de prová-los pelas formas então disponíveis. Como desdobramento, eventual supressão posterior de meios probatórios ou instituição de regras mais gravosas não poderiam limitar a possibilidade de provar, porque o direito à prova teria, então, se incorporado ao patrimônio do interessado”

⁴⁴ Como já dizia Barbosa Moreira: “Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. São Paulo:Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1985, vol.40, p.7.

Cumpra observar que tanto a demanda como a pretensão possuem mérito. No entanto, enquanto o mérito da demanda advém com a aplicação do direito ao caso concreto, o mérito da pretensão é obtido com a entrega do bem da vida de modo que o primeiro mérito está relacionado à prestação jurisdicional, e o outro, em contrapartida, à tutela jurisdicional.⁴⁵ Em razão disso, por ter a demanda como norte apenas a aplicação do direito ao caso concreto, nela não se leva em consideração se irá ou não beneficiar qualquer das partes, ao passo que na pretensão, tem-se, por outro lado, como ponto de abordagem o interesse pessoal das partes na solução da lide.

Todavia, para o processo o que importa é o mérito da demanda. Afinal, o processo, como relação jurídica de direito público, é o meio pelo qual se faz a aplicação do direito e deverá estar voltado para atender o interesse público - a busca por uma decisão justa - que poderá ou não satisfazer os interesses pessoais das partes.⁴⁶

Partindo da premissa acima exposta, cabe concluir que qualquer decisão em torno da aplicação do direito ao caso concreto, seja ela de declaração sobre a existência do direito ou relacionada à satisfação dos bens, será de mérito.

3. Decisões de mérito:

As decisões de mérito podem ocorrer durante todo o processo, mas é com a sentença que a fase da certificação da existência do direito se resolve. Quando a decisão não se der na sentença sendo prolatada no curso do processo ela é denominada de decisão incidental ou interlocutória.

⁴⁵Este é o escólio de Cândido Rangel Dinamarco, o qual afirma que: “A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção ao homem em relação a certos valores, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juizes no exercício de uma função estatal. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. (...). A tutela é o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações com os bens ou com outras pessoas em sociedade.” (Idem. *Ibidem. Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 366 e 367)

⁴⁶ Quanto à divergência de interesses entre o Estado-Juiz e as partes, interessante a observação de Marcela Regina Pereira Câmara: “ Tanto o juiz quanto as partes tem interesse na solução da demanda, porém somente ao juiz interessa uma solução justa. Aos litigantes, ao contrário, interessa um resultado favorável aos seus interesses, pouco importando se estarão adequados à ordem jurídica justa. As partes não têm, *a priori*, nenhum interesse em encontrar a verdade. O interesse delas é, sim, negociá-la em seu próprio benefício, ainda que isso represente um processo que se arreste por anos. E por essa razão, concordamos que não é por acaso que se diz que num processo inteiramente remetido à iniciativa das partes a verdade se transforma em um objetivo impossível de se alcançar.” CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *A contratualização do processo civil?* São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011. vol. 194, p.396.

No entanto, existem situações nebulosas em que pelas características das decisões torna-se ardiloso ao interprete e operador do direito definir exatamente se a decisão seria uma sentença ou uma decisão interlocutória, a fim de identificar em face dela o recurso a ser interposto.

É vocação, do nosso diploma processual, dispor que o recurso cabível contra a sentença é o de apelação, e contra as decisões interlocutórias o de agravo.

Em voga discussões a respeito sobre qual o recurso cabível em face de decisões como a que extingue a reconvenção liminarmente ou a que julga as ações declaratórias incidentais, e outras prolatadas de mérito incidentalmente no bojo do processo. Parte da doutrina entende que por possuírem natureza de sentença o recurso seria de apelação. Outros, mesmo entendendo serem sentenças perfilham que o recurso cabível seria, por opção do legislador, o de agravo de instrumento; ainda há aqueles que entendem que por envolverem decisões interlocutórias o recurso cabível seria o de agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil na redação original estabelecia em seu artigo 162, § 1º, que sentença era o “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Através da Lei 11.232/2005 passou-se a definir sentença como “o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Não há mais a disposição que a sentença é o ato põe termo ao processo. A intenção do legislador foi resolver questão relativa à execução das sentenças condenatórias, acatando a posição doutrinária que defendia a inexistência de processo autônomo de execução.

Da leitura do disposto nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil extrai-se que a incidência em qualquer das hipóteses previstas no artigo 267 enseja a extinção do processo sem resolução do mérito, e o enquadramento nas situações previstas no artigo 269 verifica-se a resolução do mérito, sem necessariamente haver a extinção do processo.

Assim, só haverá sentença terminativa (sem resolução do mérito) se a situação levada à cognição do juízo se enquadrar numa das hipóteses dos incisos do artigo 267 do Código de Processo Civil e for extinto, não restando mais decisões a serem proferidas. Se o processo não se extinguir ou não houver o enquadramento naquelas hipóteses a situação será de seguimento do feito até a resolução do mérito.

O fato de um processo não se extinguir não quer dizer que não poderá haver nele uma sentença, desde que ela se amolde ao que o legislador optou por considerar decisão que

resolve o mérito. Isto é consequência não apenas da doutrina e da lei em reconhecer a junção do processo de conhecimento à fase de execução, mas também pelo próprio sistema aqui apresentado no sentido que o processo acompanha a demanda, e não as pretensões.

Enquanto houver demanda haverá processo. Pretensões veiculadas na demanda poderão ser julgadas no meio do caminho, mas subsistindo alguma, a demanda continuará viva e o processo seguirá.

E o que explica isso é justamente o mérito ser qualidade da demanda e não da pretensão. Como visto, a demanda é o ato cujo fim é atuar o direito ao caso concreto; o processo, o meio pelo qual esta atividade é praticada. Assim, para cada demanda, mesmo quando nela são veiculadas várias pretensões, haverá um único processo. E, por via de consequência, para cada processo haverá um mérito.

A conclusão de que para cada processo há um único mérito pode ser extraída da lição de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁷. Assinala o mestre que haverá somente um processo quando mais de uma pretensão são julgadas juntas, como por exemplo num caso de cumulação de pedidos, e que estas pretensões estarão envoltas por um único mérito. Afirma⁴⁸ que um único mérito poderá ser dividido em capítulos, chamados de capítulos da sentença, também os denominando “capítulos do mérito”. Deixa com isso, claro em sua obra que em um processo só poderá haver um único mérito.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, vol II, pág. 191. Diz ainda que: “O objeto do processo é simples quando integrado por uma pretensão só, referente a um só bem e com a postulação de um único provimento jurisdicional a seu respeito; composto, quando o pedido inclui mais de um bem da vida ou visa a mais de um provimento jurisdicional. Há objeto composto em todos os casos de cumulação de pedidos, originária ou ulterior, ou quando sobrevém uma reconvenção, ação declaratória incidental ou intervenção de terceiro portadora do pedido de nova tutela jurisdicional. Sempre que ocorra uma dessas hipóteses, o ato final do processo (no processo de conhecimento, sentença de mérito) deve declarar expressamente qual ou quais provimentos são concedidos e por quê, bem como conceder ou negar de modo expresso cada u dos bens da vida pretendidos. O cúmulo objetivo de demandas por pluralidade de fundamentos não dá causa à complexidade do objeto do processo, porque, com um, dois ou vários fundamentos, o resultado útil do processo na vida dos litigantes será sempre o mesmo. A estrutura complexa que às vezes o objeto do processo tem não ocasiona a duplicidade ou pluralidade de processos. Cumulam-se pedidos em um processo só, agrupam-se litisconsortes em um processo só, o réu reconvém no mesmo processo onde fora citado etc. – e o juiz profere uma sentença só, naquele processo único, com referência a todos os itens do objeto do processo. É um erro pensar que a existência de dois ou mais capítulos do objeto do processo tivesse como efeito a pluralização de relações processuais.”

⁴⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.63.

Deve-se constatar que desde o início quando se formula a demanda poderá haver análise do mérito. Cabe apontar que parte da doutrina entende que as condições da ação⁴⁹ estão atreladas ao mérito, bem como os pressupostos processuais.⁵⁰ E, quanto mais o Estado se aprofunda no julgamento do mérito, maiores as consequências práticas na vida das pessoas envolvidas no processo.

O mérito segue o processo e vice-versa. Nesta relação simbiótica à medida que vai se afunilando e encobrindo a abordagem do mérito as consequências processuais vão se alterando. A intensidade em que o mérito é analisado corresponde ao grau de definitividade das decisões a ele referentes.

Kazuo Watanabe⁵¹ em clássico estudo sobre cognição superficial e exauriente já fazia esta correlação entre o grau de cognição e a coisa julgada, ou seja, a imutabilidade dos efeitos da decisão.

Importa ressaltar que julgar o mérito não é o mesmo que resolver o mérito. O julgamento do mérito ocorre o tempo todo, desde a propositura da demanda; no entanto, só é resolvido nas hipóteses previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil. E por isso o legislador, através da Lei 11.232/2005 retirou o termo “julgamento” dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil para inserir a expressão “resolução”.

O artigo 269 do Código de Processo Civil aponta as situações escolhidas pelo legislador como resolutórias do mérito. Prevê ainda a lei processual, através do artigo 513, que caberá apelação em face de qualquer decisão que se amolde aos incisos do artigo 269 do Código de Processo Civil. Assim, saber se o mérito foi ou não resolvido terá repercussão para saber qual recurso caberá daquela decisão, se apelação ou agravo de instrumento.

Sabe-se que o agravo de instrumento caberá em face de decisões interlocutórias. E a decisão interlocutória, segundo o artigo 162, parágrafo 2º, é “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.” Só que o conceito de sentença escolhido pelo legislador não fala que ela é o ato que põe termo ao processo, dando azo a afirmação de ser sentença decisões que se enquadrem no artigo 269 do Código de

⁴⁹ Cf. SOARES, DENKER, ZANARDI, e MAILLARD. *A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes*. São Paulo. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. 2011, maio, vol. 195, p. 399/419.

⁵⁰ Cf. BEDAQUE. *Ibidem*.

⁵¹ Cf. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Processo Civil, mas não extinguem o processo. Por isso alguns doutrinadores afirmam terem estas decisões conteúdo de sentença, mas, para fins de recurso, forma de decisão interlocutória.⁵²

Só que ao fazer uma ligação desta questão ao que foi alhures exposto no sentido que o objeto do processo é o mérito, e que enquanto houver mérito a ser julgado haverá processo, e que para cada processo haverá um mérito a ser valorado, chegar-se-á a conclusão que estas decisões de mérito proferidas incidentalmente no processo, antes do fim da fase de conhecimento, não possuem a forma nem o conteúdo de sentença: elas são inteiramente interlocutórias.

Para desenvolver este raciocínio, cabe, de início perguntar: quando extinta precocemente uma das pretensões formuladas na demanda, o processo termina ou segue para julgar a integralidade da demanda?

A doutrina clássica encabeçada pelo grande processualista José Carlos Barbosa Moreira diz que para cada pretensão há um processo, e para cada processo uma sentença. Assim, por exemplo, na decisão que julga uma reconvenção e o pedido principal, materialmente se tem duas sentenças, alcançadas cada uma via processos distintos, um deles incidente ao outro. Assinala o professor “Dos meros incidentes do processo distinguem-se, no rigor da técnica, os processos incidentes, embora na prática seja difícil, por vezes, traçar entre uns e outros linha divisória perfeitamente nítida. O ato do juiz que põe fim a processo incidente deveria classifica-se como sentença e reputar-se, pois apelável”.⁵³

Com base nessa constatação, que ainda vigora no pensamento de vários renomados doutrinadores, da decisão que julga uma reconvenção liminarmente cabe apelação, o que acarreta em relação ao restante dos pedidos a suspensão da sua apreciação, pois os autos irremediavelmente teriam que ir para o tribunal a fim de se processar a apelação.

⁵²“Há pronunciamentos judiciais que, embora proferidos no curso do processo, têm por conteúdo um dos incisos dos artigos 267 e 269 do CPC. (...) Em tais situações, o pronunciamento pode ter conteúdo de sentença, mas assim não será considerado para fins de recorribilidade(...) Em casos como os ora analisados, se estará diante de uma sentença que, excepcionalmente, poderá ser objeto de agravo”. Breves Comentários à nova sistemática processual civil, v.2, São Paulo, RT 2006, p.36-37. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e WAMBIER, Rodrigues Luiz.

⁵³ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 7ª edição. p. 412. O mestre ainda cita alguns exemplos de decisões no bojo de um processo que teriam natureza de sentença com as que cuidam “ os arts. 325 (ação declaratória incidental), 361 (exibição de documento ou de coisa em poder de terceiro), 395 (arguição de falsidade documental), 1062, princípio (habilitação), 1067 (restauração dos autos), etc.”

Hodiernamente, os defensores desta tese apontam como saída a interposição de apelação por instrumento⁵⁴.

A questão em tela é saber se há ou não um mérito para cada pretensão. Por isso o enfoque a respeito do mérito mostra-se deveras importante. Pois, sendo o mérito o objeto processo, e entender que ele é a pretensão, forçoso será concluir que deverá haver um processo para cada pretensão. E assim, num caso de cumulação de pedidos haveria um processo para cada uma das pretensões.

Só que, como vimos, o mérito relaciona-se a demanda e não a pretensão, através dela poderá formular vários pedidos, ou mesmo cumular pedidos, num único processo.

Da decisão que julgar o mérito sem que a fase de conhecimento termine caberá agravo de instrumento; mesmo envolvendo distintas pretensões, as duas farão parte do mesmo processo. E, o recurso cabível contra a decisão precoce que julgar uma delas não será apelação, pois o mérito não foi julgado integralmente em uma das modalidades previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil, e sim agravo de instrumento. Esta inclusive é a posição tomada no Projeto de Lei sobre o novo Código de Processo Civil.⁵⁵

Quanto ao disposto no artigo 269, deve-se ler que será sentença a decisão que resolver integralmente o mérito de uma dessas maneiras: acolhendo-se ou rejeitando o pedido do

⁵⁴ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei 11.232/2005- Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil* coord. Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Editora Atlas S.A. 2007, p.204.

⁵⁵ Sobre o disposto no projeto do novo Código de Processo Civil, discorre José Miguel Garcia Medina: Se o pronunciamento tiver por fundamento os arts. 472 ou 474 do NCPC (que correspondem aos arts. 267 e 269 do CPC/73), mas não puser fim a fase cognitiva do procedimento comum, não se tratará de sentença, mas de decisão interlocutória (cf. § 2, do art. 170 do NCPC). Vê-se que NCPC definiu os pronunciamentos judiciais dando ênfase a perspectiva as sua recorribilidade. Assim, p.ex, se o juiz julgar um dos pedidos (isto é, proferir decisão que tem um conteúdo de sentença de mérito) sem por “ fim à fase cognitiva do procedimento comum”, tal pronunciamento será considerado decisão interlocutória pelo NCPC (cf. art.170, §§ 1º e 2º, do NCPC), sendo cabível por expressa previsão do NCPC, neste caso, agravo de instrumento (cf. art.929, inciso II, do NCPC, segundo o qual ‘ cabe agravo contra as decisões interlocutórias [...] que versem sobre o mérito da causa’’) (...)“ Há decisões judiciais que, embora tenham por conteúdo matéria prevista, nos arts. 267 ou 269 (e, por isso, poderia ser definida como sentença, a teor do que dispõe o art. 162, § 1º), são recorríveis por agravo, por não encerrarem o processo de conhecimento (ou fase cognitiva do procedimento) em primeiro grau de jurisdição. É o que acontece, dentre outras, com o pronunciamento que: a) indefere reconvenção, permitindo o prosseguimento do procedimento, em relação a ação principal, ou vice-versa; b) indefere a petição inicial em relação a um dos litisconsortes, e não em relação aos demais. C) julga apenas um dos pedidos, tipo por incontroverso (CPC, art. 273, § 6); d) julga liquidação de sentença (CPC, art. 475, H); e, julga impugnação à execução, acolhendo-a ou rejeitando-a sem extinguir a execução (CPC, art. 475-M, § 3º); f) decretar a falência (art. 100 da Lei 11.101/2005, que dispõe que: ‘ da decisão que decreta a falência cabe agravo e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação’, assim tanto num quanto outro caso, está-se diante de pronunciamento que tem conteúdo de sentença, tendo em vista a definição contida no § 1º, do art. 162), mas apenas no caso de procedência da falência caberá agravo). MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2011, p. 550/551.

autor; o réu reconhecendo a procedência do pedido⁵⁶; quando as partes transigirem⁵⁷; e quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição⁵⁸. Se apenas parte do pedido for reconhecida a procedência pelo réu, se a prescrição ou a decadência se ater somente a um dos pedidos, e se somente parte do pedido teve o mérito resolvido, seguindo-se em relação às outras questões o processo, o ato que assim reconhecer, julgar, ou homologar, não será sentença, mas sim decisão interlocutória, pois tratar-se-á de decisão sobre questão incidental. E os recursos a serem interpostos em relação a tais decisões parciais de mérito será o de agravo de instrumento.

Existem situações em que a parte do mérito, aquela relacionada à declaração do direito, poderá ser julgado em etapas, o que se dará através de decisões interlocutórias de mérito, mas o ato que colocará por fim, de forma completa, o julgamento desta fase será a sentença.⁵⁹

A sentença, deste modo, é o ato que põe fim a fase de conhecimento em primeiro grau, com a resolução integral do mérito; é o ato que encerra a etapa do mérito que alude à certificação do direito. Denota-se que a fase do mérito referente à satisfação do direito, na maior parte das vezes, necessita do ingresso na fase de execução.

Sobre os efeitos da sentença da fase declaratória do mérito é que recairá a imutabilidade decorrente da coisa julgada. O término da fase denominada de conhecimento se opera com a incidência de uma das hipóteses previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil, desde que não reste mérito a ser analisado na medida expressa nos seus incisos, que envolvem o conhecimento do direito. Pode-se dizer, porquanto, em outras palavras, que a sentença de mérito é o ato que exaure a análise integral do mérito sob o prisma

⁵⁶ Cumpre ressaltar a distinção entre confissão e reconhecimento da procedência do pedido. Enquanto a primeira é o ato do réu que reconhece a ocorrência dos fatos alegados pelo autor (ato que por si só não envolve o reconhecimento da existência do direito), a segunda é o reconhecimento da própria existência do direito do autor.

⁵⁷ Envolvendo direitos disponíveis podem as partes da relação estabelecerem como o direito será aplicado, cabendo ao magistrado, após verificado os requisitos formais, homologar esta aplicação para que ela surta efeitos.

⁵⁸ A declaração da ocorrência da prescrição pelo juiz é a constatação que pela inércia o autor perdeu a pretensão- “o outro lado da medalha” do direito subjetivo. Por ser ato que envolve a declaração da existência do direito, o ato de declarar a perda da pretensão pela inércia não está sujeito à prescrição e nem à decadência; da mesma forma não estará sujeito a qualquer prazo a declaração da incidência da decadência.

⁵⁹ Vale aqui destacar ser esta posição de doutrinadores, dentre eles, José Miguel Garcia Medina, o qual leciona: “Para fins de recorribilidade, considera-se sentença o pronunciamento que tem por conteúdo matéria prevista nos arts. 267 ou 269 (cf. art.162, § 1º), e que além disso, põe fim a fase cognitiva em primeiro grau de jurisdição (cf. também comentário ao art. 522). (...) O NCPC também atentou ao conteúdo do pronunciamento judicial para definir a sentença, mas agregou a circunstância de tal pronunciamento encerrar a fase cognitiva do procedimento comum.” (Idem, ibidem)

estabelecido pelos incisos do artigo 269 do Código de Processo Civil. Este é o conteúdo e a forma da sentença.⁶⁰

Quanto ao agravo de instrumento, desde 1995, com a previsão normativa da antecipação da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil), este vem perdendo uma das suas características iniciais que seria contrapor decisões envolvendo questões processuais. Isto demonstra cada vez mais a sinergia entre direito material e demanda no transcurso do processo, na medida em que pretensões de mérito são julgadas antes da sentença, dando mais efetividade a demanda no que toca a satisfação das pretensões.

Aliás, no sentido que caberá agravo contra decisões interlocutórias de mérito, encontra-se o projeto do novo Código de Processo Civil, em seu artigo 929, o qual dispõe caber agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias: “I – que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência; II – que versarem sobre o mérito da causa; III – proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução; IV – em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei. Parágrafo único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão”.

Nota-se que pareceu ser a intenção do legislador reduzir as hipóteses de interposição de agravo. No entanto, isto não ocorrerá, caso aprovado o projeto nestes moldes. Pois, como já demonstrado, quase que a todo momento no processo, durante a atividade declaratória e de satisfação ao bem da vida, são produzidas decisões de mérito, e assim, serão inúmeras as situações que poderão se enquadrar no supracitado inciso II.

4. Conclusão:

Nestas linhas procurou-se lançar luzes sobre o mérito - objeto ainda obscuro, mas que precisa ser decifrado, pois carrega dentro de si o reconhecimento e a efetividade dos direitos a nós garantidos pelo ordenamento jurídico. Concluí-se que o mérito está ligado

⁶⁰ Esta é inclusive posição de Rodrigo Barioni, que discorre: “Nessa linha de raciocínio, a interpretação mais condizente com o sistema processual é adotar-se, para fins de recorribilidade, a conjunção dos critérios de classificação (conteúdo e topológico), a considerar a sentença apenas o ato proferido de acordo com os arts. 267 ou 269 do CPC, e que paralelamente, ponha fim a fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. Contra esse ato- que necessariamente terá de encerrar a fase de conhecimento- será cabível a aapelação. Se, ao contrário, apesar de conter as matérias dos arts. 267 ou 269 do CPC, a decisão não colocar termo à fase de conhecimento, cabível será o agravo. “ BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 26.

à demanda (não à lide, ou à pretensão). É a razão da demanda existir e a qualidade que ela atinge ao cumprir o seu fim: declarar o direito e buscar a satisfação dos bens da vida. O mérito visto como objeto do processo força-nos a concluir ser único, mesmo que no processo se discuta várias pretensões, o que embasa teoricamente a natureza da decisão que o julga, se sentença ou decisão interlocutória. Outrossim, buscou-se investigar o seu conteúdo, a sua dimensão, e perceber que ele é bem maior do que dizem. O mérito, como elemento de cognição da atividade judicial, envolve a causa de pedir, juízo probatório, a lide, as pretensões, enfim todos os pontos ou questões que atinam a aplicação do direito ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977. vol. 1. t. I.

BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição. 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas- SP: Editora Lzn, 2003. 1ª edição .Trad. Karina Fumberg. 1ª edição.

_____. Piero. *Il concetto di " lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. Opere giuridiche a cura di Mauro Cappeletti*. Napoli: Morano, 1965, vol 1.

CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. São Paulo: Atlas. 1ª edição. 2007.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *A contratualização do processo civil?* São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011. vol. 194, p.396.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Editora Servanda, 1999. vol. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direito*. Belo Horizonte: Editora Líder. 2003, Tradução de Hiltomar Matins Oliveira.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011, n.191.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo. Teoria do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, volume II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 2.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros. 6ª edição, 2010, Tomo I.

_____. *Capítulos de Sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOS SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1971, 4ª edição. v. I.

DUBET, François. “O que é uma escola justa?” São Paulo: SciELO, Cadernos de Pesquisa, v. 34, n. 123, set./dez. 2004 Tradução: Édi Gonçalves de Oliveira e Sérgio Cataldi.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre Direito Material e Processo, uma compreensão hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Bestbook, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 edição, trad. Bruno Miragem.

LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O mérito do processo e as condições da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, outubro 2010, n.188

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e WAMBIER, Rodrigues Luiz. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*, v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 7ª edição.

_____. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1985, vol.40.

SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1977, n.13.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei 11.232/2005- Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil*” coord. Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Editora Atlas S.A. 2007.

SILVA. Ovídio Araújo Baptista *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOARES, Marcos José Porto; DENKER, Tassio Eduardo; ZANARDI Glaziele; e MAILLARD, Rafaela Maria. *A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as conseqüências decorrentes*”. São Paulo. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. 2011, maio, vol. 195.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: *Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

**O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: A COMPATIBILIDADE
COM O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL NO JUIZADO
ESPECIAL CÍVEL ESTADUAL**

**THE PRINCIPLE OF DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION:
COMPATIBILITY WITH THE PRINCIPLE OF PROMPTNESS IN THE
STATE SPECIAL CIVIL COURT**

Maria Carolina Rosa de Souza

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Meridional – IMED/RS, 2010. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF/RS, 2007. Advogada integrante da banca Carles de Souza Advogados Associados, desde 2005.

Resumo: O direito processual civil contemporâneo possui caráter nitidamente constitucional em razão de a Constituição Federal assegurar garantias fundamentais relacionadas ao processo. Dentre elas, destacam-se os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual, alicerces para a concretização do binômio segurança jurídica – efetividade do processo. Neste artigo, pretende-se demonstrar a aplicabilidade do duplo grau de jurisdição no âmbito do Juizado Especial Cível Estadual e a sua compatibilidade com a celeridade processual, princípio basilar do procedimento sumaríssimo. O equilíbrio entre as garantias é encontrado na acepção horizontal do princípio do duplo grau de jurisdição, que será efetivado por órgão jurisdicional estabelecido no mesmo grau de hierarquia daquele prolator da decisão, concedendo celeridade à tramitação do processo.

Abstract: The contemporary civil procedural law has clearly constitutional character because the Federal Constitution indicates guarantees fundamental related to the process. Among them, we highlight the principles of double degree of jurisdiction and speedy process, bases for the realization of the legal security – effectiveness of the process. In this article, we intend to demonstrate the applicability of the double degree of jurisdiction under the State Special Civil Court and its compatibility with the speedy process, foundational principle of the procedure summary. The balance between the guarantees is found within the meaning of the principle of horizontal double degree, which will be effected by court established in the same degree of hierarchy that prolator the decision, giving speedy to the proceedings.

Palavras-chave: Duplo grau de jurisdição; celeridade processual; garantias constitucionais do processo civil; compatibilidade; Juizado Especial Cível Estadual.

Keywords: Double degree of jurisdiction; promptness; constitutional guarantees of civil procedure; compatibility; State special civil court.

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio do duplo grau de jurisdição. 2.1 Definição. 2.2 Natureza jurídica. 3 O Juizado Especial Cível Estadual. 3.1 A aplicação do princípio da celeridade processual no Juizado. 3.2 O duplo grau de jurisdição no âmbito do Juizado. 4 A compatibilidade entre os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual no Juizado Especial Cível Estadual. 5 Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1 Introdução:

A preocupação da Constituição Federal com a vertente social da demanda e não apenas com o seu aspecto processual está estampada no rol de direitos e garantias fundamentais relativos ao processo. Dentre os princípios constitucionais, destacam-se o duplo grau de jurisdição e a razoável duração do processo, garantias que visam conceder, respectivamente, segurança jurídica e celeridade ao processo.

Com efeito, no presente artigo, pretende-se analisar o princípio do duplo grau de jurisdição e a sua compatibilidade com a celeridade processual, especialmente na esfera do Juizado Especial Cível Estadual, cujo procedimento é baseado em um processo menos burocratizado e mais expedito, visando a rápida solução dos litígios.

Desse modo, aborda-se, primeiramente, o duplo grau de jurisdição, enfatizando a sua definição e a sua natureza jurídica como garantia fundamental constitucional. No segundo momento, estuda-se o Juizado Especial Cível Estadual, salientado o princípio da celeridade processual, basilar do procedimento sumaríssimo, bem como destacando a forma de aplicabilidade do duplo grau de jurisdição no instituto. Por fim, apresenta-se a possibilidade de compatibilizar a reapreciação da decisão com a razoável duração da demanda no âmbito do Juizado Especial Cível Estadual, demonstrando o equilíbrio do binômio segurança jurídica - efetividade processual.

2 O princípio do duplo grau de jurisdição:

O duplo grau de jurisdição surgiu na Roma Antiga, onde os sistemas de governo eram rígidos e hierarquizados e, para manter determinada ideologia nos julgamentos, convinha à ordem política não somente ter ciência dos julgamentos, mas principalmente, ter a possibilidade de revisar as decisões proferidas nas instâncias inferiores. Fundado em eventual erro na decisão e exercido como controle disciplinar, o princípio evoluiu na fase de cristianização do direito e, em 1789, na Revolução Francesa, foi imortalizado¹.

Em que pese a utilização pelos romanos de recursos para reapreciação dos julgados, foi após a Revolução Francesa, em decorrência da reorganização judiciária estatal e da fixação da garantia da instância recursal, que o princípio do duplo grau de jurisdição ganhou nítidos contornos². Na época, “com a edição do Código de Processo Civil francês da era napoleônica, [...], iniciou-se a era procedimentalista do processo

¹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 264.

² SORMANI, Alexandre. Princípio do duplo grau de jurisdição. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Org.) *Princípios processuais civis na constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 215-216.

civil, marcada pela fixação em matéria de organização judiciária, competência e procedimento e pelo tecnicismo em matéria probatória”³.

No ordenamento jurídico brasileiro, o duplo grau de jurisdição foi explicitamente disposto no artigo 158⁴ da Constituição do Império de 1824. Atualmente, encontra amparo na norma infraconstitucional, sendo que a Constituição Federal não o contempla, expressamente, no rol que enumera os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Nesse contexto, 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”⁵. Desse modo, o princípio decorre “da idéia de que aos tribunais, porque usualmente são órgãos colegiados compostos por magistrados de maior experiência, deve caber a revisão das decisões proferidas por juízes de primeira instância”⁶.

Com efeito, evidencia-se a origem política do princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que a norma tem por finalidade controlar judicialmente os atos públicos, contendo eventual abuso por parte do julgador de primeira instância. Para Cintra, Dinamarco e Grinover⁷, “o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*. [...] É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais”. Nesse sentido, salientam Porto e Ustárroz⁸:

tanto os atos administrativos, quanto os judiciais e os legislativos, estão sujeitos à análise de sua conformidade com a

³ SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 87-88.

⁴ Art. 158 – “Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para comodidade dos povos”.

⁵ NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 35.

⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004. p. 75.

⁸ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 54.

Constituição e o Direito, variando de país para país a forma pela qual essa fiscalização é realizada. O duplo grau de jurisdição é a norma que irá viabilizar o controle dos atos do Estado-juiz.

Dessa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição exerce no ordenamento jurídico a função de controle dos atos praticados pelo Estado-juiz, evitando que os julgadores abusem do poder nos julgamentos proferidos.

Assinalado o caráter político do princípio, mostra-se necessário analisar a definição da norma, em sua acepção jurídica.

2.1 Definição:

O princípio do duplo grau de jurisdição “indica que, em regra, as lides devem ser julgadas por um órgão jurisdicional e rejuizadas por outro, como forma de boa aplicação do direito, melhoria da qualidade e uniformização dos provimentos judiciais”⁹. Para Nogueira¹⁰, significa “a possibilidade de uma decisão judicial ser examinada, no mínimo, por dois órgãos judiciais, estando eles organizados em ordem sucessiva”, isto é, “trata-se da possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior [...]”¹¹. As lições são corroboradas por Berni¹²:

no Direito Brasileiro Positivo o duplo grau de jurisdição apresenta-se como a possibilidade de reformulação de decisões

⁹ SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 604.

¹⁰ NOGUEIRA, Maurício José. Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 542-543.

¹¹ SÁ, Djanira Maria Radamés de, op.cit; p. 88.

¹² BERNI, Duílio Landell de Moura. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.) *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 194-195.

nas quais vierem a sucumbir uma ou ambas as partes do litígio, ou ainda nos casos de decisões em que a lei determinar reexame. Tal decisão deverá ser reapreciada por um órgão diverso daquele que a proferiu, que será livre para mantê-la ou para modificá-la. [...] O princípio do duplo grau de jurisdição se perfectibilizará nas hipóteses de recurso e de reexame necessário.

Sendo assim, o duplo grau de jurisdição visa garantir às partes a possibilidade de o julgamento ser revisto por órgão jurisdicional diverso, entregando ao recorrente, a rigor, uma decisão mais qualificada e direcionada ao pedido proposto. O princípio será efetivado por meio de recurso interposto pela parte irrisignada com a decisão ou através do reexame necessário, quando o duplo grau de jurisdição é obrigatório, nos casos taxativamente elencados no artigo 475¹³ do Código de Processo Civil. Aliás, acerca da perfectibilização do princípio, lecionam Cintra, Dinamarco e Grinover¹⁴:

em princípio só se efetiva o duplo grau de jurisdição se e quando o vencido apresentar recurso contra a decisão de primeiro grau; ou seja, há necessidade de nova provocação do órgão jurisdicional, por parte de quem foi desfavorecido pela decisão. Só excepcionalmente, em casos expressamente previstos em lei e tendo em vista interesses públicos relevantes, a jurisdição superior entra em cena sem provocação da parte.

¹³ Art. 475, CPC – “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585,VI). §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. §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. §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”.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, *op.cit*; p. 75-76.

Ainda no que refere à definição, questão controvertida reside na obrigatoriedade ou não de que, para haver duplo grau de jurisdição, a reapreciação deve ser realizada por órgão diverso e de hierarquia superior àquele prolator da decisão.

De fato, o duplo grau de jurisdição, em regra, caracteriza-se pela verticalização do julgamento, ou seja, a reapreciação da decisão será efetivada por órgão diverso e de hierarquia superior. A propósito, a usual noção do princípio decorre da sua interpretação literal, posto que ‘duplo grau’ indica a idéia de hierarquia, de que deve haver um novo julgamento por órgão de superior instância. Dessa maneira, ensina Alvim¹⁵: “o que se tem é que, como regra, as sentenças definitivas são sujeitas a reapreciação, normalmente por órgão jurisdicional distinto e de hierarquia superior, ao que se denomina de duplo grau de jurisdição”. O mesmo entendimento é apresentado por Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁶:

esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou *primeira instância*), que corresponde à denominada *jurisdição inferior*. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da “jurisdição superior”, ou de segundo grau (também denominado de *segunda instância*).

Entretanto, a noção do princípio não se limita à interpretação restrita de sua nomenclatura. A regra de que o duplo grau de jurisdição prescinde de órgão de hierarquia superior para ser realizado não é absoluta, posto que o princípio também será efetivado nos casos em que a reapreciação do julgamento for realizada por órgão distinto, mas de mesmo grau hierárquico.

Para Arenhart e Marinoni¹⁷, o duplo grau de jurisdição admite “[...] revisão judicial por outro órgão pertencente também ao Poder Judiciário (não necessariamente por órgão de maior hierarquia em relação àquele que proferiu, inicialmente, a decisão)”.

¹⁵ ALVIM, Eduardo Arruda, op.cit; p. 22.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit; p. 74.

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. vol 2. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 508.

Assim, o vencido tem direito de requerer nova avaliação da decisão que lhe foi proferida, o que, de regra, fará perante órgão judiciário diverso e de superior hierarquia. Excepcionalmente, o mesmo órgão judiciário efetivará a reapreciação, com a sua composição originária ou alterada¹⁸.

De acordo com a lição Berni¹⁹, o duplo grau de jurisdição manifesta-se vertical e horizontalmente: “o primeiro seria aquele em que um órgão de hierarquia superior procede ao reexame; o segundo seria aquele em que a reapreciação é efetuada por outro órgão do mesmo grau”. O doutrinador afirma que a horizontalidade do duplo grau de jurisdição pode ser verificada no Juizado Especial Cível Estadual, onde a reapreciação da decisão é realizada por órgão de mesmo grau hierárquico daquele prolator do julgamento.

Portanto, o princípio do duplo grau de jurisdição garante a possibilidade de que a decisão proferida seja reapreciada por órgão distinto do prolator, independentemente do grau de hierarquia em que situado, ou seja, haverá duplo grau de jurisdição vertical quando o novo julgamento for proferido por órgão de hierarquia superior, bem como será efetivado horizontalmente quando órgão de mesma hierarquia reanalisar a decisão.

2.2 Natureza jurídica:

O ordenamento jurídico infraconstitucional prevê o duplo grau de jurisdição nas hipóteses de reexame necessário da decisão. A Constituição Federal, por seu turno, não dispensou norma expressa para determinar o duplo grau de jurisdição. Entretanto, o fato de não haver previsão explícita da norma, não lhe retira o status de garantia constitucional, já que o duplo grau decorre, implicitamente, dos direitos e garantias enumerados no artigo 5º da Carta Magna.

Aliás, de acordo com o teor do artigo 5º, §2º²⁰, da Constituição Federal, a tipificação dos direitos e garantias na Carta Magna não é taxativa, ou seja, a enumeração

¹⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 70.

¹⁹ BERNI, Duílio Landell de Moura, op.cit; p. 194.

²⁰ Artigo 5º, §2º, CF: “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: [...]. §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

é materialmente aberta, justificando a adoção de outros direitos e garantias de forma implícita, como ocorre com o duplo grau de jurisdição. Então, “da forma como vigora hoje no Brasil, o princípio é acolhido desde a Constituição Imperial de 1824. Hoje, inclusive, tem garantia constitucional complementável por legislação ordinária”²¹.

Desse modo, o duplo grau de jurisdição é garantia constitucional implícita e elemento integrante do Estado Democrático de Direito, o que pode ser verificado por meio da confrontação de normas constitucionais e da interpretação sistemática da Constituição Federal²². Para Lima²³, o princípio “é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em decorrência de três elementos: a estrutura constitucional dos tribunais brasileiros; a adoção do Princípio do Devido Processo Legal e do Princípio da Ampla Defesa, que englobam, entre seus pressupostos, o Duplo Grau de Jurisdição”. O entendimento é corroborado por Scheleder²⁴:

em relação ao princípio do duplo grau de jurisdição, há o entendimento de que se trata de princípio implícito. Embora não esteja previsto expressamente na Constituição, este princípio decorre da interpretação da própria estrutura recursal, do sistema de competências, indicada no próprio texto constitucional, apresentando-se, inclusive, com meio de garantia ao princípio da legalidade e como instrumento de segurança, controle e isonomia.

Assim, o princípio do duplo grau de jurisdição decorre implicitamente de alguns direitos e garantias fundamentais, bem como da sistematização da própria estrutura do Poder Judiciário. A propósito, dentre as garantias constitucionais destacam-se a do devido processo legal, a da ampla defesa e a do acesso à justiça, das quais é possível extrair que o duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental, implícita constitucionalmente.

²¹ PORTANOVA, Rui, *op.cit.*; p. 265.

²² BERNI, Duílio Landell de Moura, *op.cit.*; p. 209.

²³ LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004. p. 84.

²⁴ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *As garantias constitucionais das partes nos juizados especiais cíveis estaduais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 56-57.

O devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV²⁵, da Carta Magna, é considerado o fundamento para as demais garantias constitucionais, sendo ele o gênero do qual decorrem os outros princípios constitucionais, suas espécies²⁶. Para Dias²⁷, além de garantir o acesso à justiça, o princípio garante que o litigante não sofrerá restrição da vida, da liberdade e do patrimônio, sem um procedimento legalmente estabelecido, observando-se a igualdade das partes processuais e permitindo-se a ampla defesa de seus respectivos interesses. Dessa forma, o princípio do devido processo legal garante que a prestação jurisdicional seja alcançada por meio de um processo regular, adequado e justo que permita a efetivação dos direitos e, conseqüentemente, a concretização da justiça²⁸.

Sendo assim, o duplo grau de jurisdição “é postulado constitucional, consectário do devido processo legal, e consiste na possibilidade de impugnar-se a decisão judicial, que seria reexaminada pelo mesmo ou outro órgão de jurisdição”²⁹.

Com efeito, ensina Sá³⁰:

um reexame da decisão torna-se, então, imperativo, e é nesses limites, de assegurar ao vencido uma única revisão da sentença que lhe foi desfavorável, que se considera o duplo grau de jurisdição como garantia de ordem constitucional diretamente derivada da cláusula do devido processo legal e, conseqüentemente, indispensável à consecução dos fins últimos do Estado pelo afastamento da possibilidade de manifestação do arbítrio.

²⁵ Art. 5º, LIV, CF – “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: [...]; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”.

²⁶ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

²⁷ DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Org.) *Princípios processuais civis na constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 34.

²⁸ SÁ, Djanira Maria Radamés de, op.cit; p. 100.

²⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 809.

³⁰ SÁ, Djanira Maria Radamés de, op.cit; p. 101.

Percebe-se, então, que o princípio do duplo grau de jurisdição decorre da garantia constitucional do devido processo legal, na medida em que visa conceder ao cidadão um processo com procedimento adequado e com decisão afinada ao caso posto em causa, já que passível de julgamento por outro órgão julgador.

O duplo grau de jurisdição também pode ser extraído da norma disposta no artigo 5º, inciso LV³¹, da Constituição Federal, pela qual são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Referido princípio “consiste na possibilidade de uma das partes se insurgir contra a pretensão deduzida pela outra parte, de forma a assegurar a ampla defesa durante toda a relação jurídico-processual, ou seja, sempre que uma parte se manifestar, deve-se conceder a oportunidade à outra para contraditar”³². Sendo assim, “significa atribuir ao juiz a obrigação de conceder ao demandado meios de ciência da ação contra aquele interposta (contraditório) gerando-lhe a possibilidade de efetivação de sua resposta à altura do ataque (ampla defesa)”³³.

No que tange especificamente à garantia da ampla defesa, leciona Lopes³⁴:

quando se fala em ampla defesa, não se pretende, pois, cogitar de defesa ilimitada ou indiscriminada, mas sim, de defesa completa ou abrangente. A utilização do adjetivo *ampla* revela o propósito de evitar o cerceamento, mas de modo algum pode dispensar a *adequação* e a *pertinência*, requisitos indispensáveis para o exercício do direito de defesa.

Depreende-se, dessa forma, que o duplo grau de jurisdição possui fundamento no princípio da ampla defesa, já que o recurso é um dos instrumentos de que o litigante

³¹ Art. 5º, LIV – “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: [...]”; LV – 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; [...]”.

³² SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati, op.cit; p. 53.

³³ RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*. 2000. p. 30.

³⁴ LOPES, João Batista. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Org.) *Princípios processuais civis na constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 121.

dispõe para resguardar o interesse posto em julgamento, quando a decisão proferida lhe é desfavorável. Assim, o princípio da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, confirma o duplo grau de jurisdição, uma vez que a garantia da recorribilidade das decisões é inerente à ela³⁵.

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, ainda designado como princípio de acesso à justiça ou do direito de ação, também determina a constitucionalidade do duplo grau de jurisdição. A norma tem assento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por ela, “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. [...] Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada”³⁶. Dessa maneira, “o comando constitucional representa a inviabilidade de serem criados obstáculos ao cidadão de buscar seu direito junto ao Poder Judiciário”³⁷. Para Ribeiro³⁸, o princípio “garante, de forma ampla e genérica, o acesso à Justiça, isto é, não só o direito de movimentar a máquina judiciária por meio do processo (noutras palavras, a prestação jurisdicional), mas também o de obter a tutela jurisdicional”.

Então, de acordo com os ensinamentos de Sá³⁹, considerando que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário veda qualquer ato que obstaculize o acesso à tutela jurisdicional, pode-se concluir que dele decorre o duplo grau de jurisdição, uma vez que “além de instrumento de ativação do processo, constitui direito ao exercício da função jurisdicional, e, sendo a natureza do recurso a de procedimento em continuidade, é claro que a função jurisdicional não se esgota com o primeiro provimento”. Dessa forma, prossegue a autora, “autoriza a garantia da inafastabilidade do controle judicial, assim, a afirmação de que o direito de recorrer é inerente ao exercício da função jurisdicional, sendo, por isso, certeza de regularidade processual e de consecução dos objetivos da atividade jurisdicional”.

³⁵ BERNI, Duílio Landell de Moura, *op.cit*; p. 212-213.

³⁶ NERY JR., Nelson, *op.cit*; p. 100.

³⁷ PORTO, Sérgio Gilberto; USTARRÓZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

³⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Org.) *Princípios processuais civis na constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 53.

³⁹ SÁ, Djanira Maria Radamés de, *op.cit*; p. 107.

Portanto, na medida em que o duplo grau de jurisdição visa conceder tutela jurisdicional adequada, permitindo ao litigante acionar o Poder Judiciário quando insatisfeito com a decisão proferida, verifica-se que está fundamentado no princípio do acesso à justiça.

Por fim, importante ressaltar que “tem prevalecido o entendimento de que [o duplo grau de jurisdição] não se trata de garantia constitucional absoluta ou princípio que não possa apresentar exceções”⁴⁰, isto é, a garantia pode ser excepcionada por lei infraconstitucional, sofrendo mitigação a sua aplicação. Desse modo, “não é ilimitado, podendo a lei restringir o cabimento de recursos e suas hipóteses de incidência”⁴¹. Nesse sentido, leciona Alvim⁴²:

o duplo grau de jurisdição não é garantido de forma ilimitada; nem por isso, porém, deixa de ser um princípio albergado pelo texto constitucional, ainda que de forma implícita. Esse princípio, conquanto acolhido pelo texto constitucional, não tem caráter absoluto, o que significa que é possível e constitucionalmente legítimo que, em determinadas hipóteses, possa inexistir recurso, v.g., do primeiro para o segundo grau de jurisdição.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que a natureza jurídica do duplo grau de jurisdição é de garantia fundamental, assegurada implicitamente na Constituição Federal, em razão de que o rol do artigo 5º da Carta Magna é meramente exemplificativo, permitindo que lhe sejam agregados outros direitos e garantias basilares do cidadão. O caráter fundamental da garantia decorre do fato de que o duplo grau de jurisdição pode ser extraído dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do acesso à justiça, essenciais ao processo no Estado Democrático de Direito. Entretanto, em que pese o princípio possuir status constitucional, ele está condicionado às regras infraconstitucionais no que respeita a sua aplicação, podendo, inclusive, sofrer mitigação quando a lei restringir a sua utilização.

⁴⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) *Curso avançado de processo civil*. vol 1. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 573.

⁴¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, op.cit; p. 809.

⁴² ALVIM, Eduardo Arruda, op.cit; p. 20.

3 O Juizado Especial Cível Estadual:

O Juizado Especial Cível Estadual “tem sua origem nos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, instituídos pelo Rio Grande do Sul, em 1982, figura depois disseminada pelos vários Estados da federação brasileira, o que culminou com a edição, em 1984, da Lei 7.244, que instituiu no Brasil os Juizados de Pequenas Causas”⁴³. Referido instituto ganhou contornos constitucionais com a disposição do artigo 98, inciso I⁴⁴, da Carta Magna, que passou a assegurar à União e aos Estados a criação de Juizados Especiais.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, instituiu os Juizados Especiais Cíveis no âmbito estadual por meio da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, o que “veio satisfazer a ânsia dos jurisdicionados por uma justiça de fácil acesso e célere no seu desenvolvimento processual, resgatando um sentimento social de confiança na instituição da justiça”⁴⁵. De acordo com a lição de Theodoro Junior⁴⁶, os Juizados Especiais “integram-se ao Poder Judiciário, mas de maneira a propiciarem acesso mais fácil ao jurisdicionado, abrindo-lhe oportunidade de obter tutela para pretensões que dificilmente poderiam encontrar solução razoável dentro dos mecanismos complexos e onerosos do processo tradicional”.

De fato, “o objetivo dos Juizados Especiais é a popularização do acesso à justiça, apresentando ao jurisdicionado uma via rápida, econômica e desburocratizada para obter a solução dos seus problemas jurídicos”⁴⁷. Desse modo, “privilegiando a conciliação e a arbitragem, certamente os Juizados Especiais, em função *de sua*

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme, op.cit; p. 702.

⁴⁴ Art. 98, I, CF – “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]”.

⁴⁵ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati, op.cit; p. 70.

⁴⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 38.ed. vol III. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 456-457.

⁴⁷ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Primeiras reflexões sobre o pedido de uniformização de interpretação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 461.

gratuidade, de sua rapidez e de sua informalidade, aproximam-se muito mais da realidade de inúmeros litígios existentes no seio social”⁴⁸.

Assim, com o intuito de garantir o acesso à justiça, o procedimento e os instrumentos processuais utilizados no Juizado Especial Cível são diferentes daqueles tradicionalmente operados pela justiça convencional. O instituto propõe atos e procedimento incompatíveis com o rito ordinário, como a participação de conciliadores para tentar compor o litígio; a divisão de trabalho com juízes leigos, no intuito de solucionar um maior número de casos; a cumulação de atos processuais, como ocorre com a audiência una de instrução e julgamento, bem como a disponibilização de apenas um instrumento recursal para os casos de irrisignação com a decisão proferida⁴⁹.

Com efeito, a fim de ratificar o procedimento sumaríssimo, o artigo 2º⁵⁰ da Lei do Juizado Especial Cível Estadual indica, como fundamento do instituto, os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade.

Pelo princípio da oralidade, estabelece-se, como regra, “a possibilidade de uso da palavra não escrita como meio de exteriorização dos atos processuais, possibilidade esta que, ainda assim, pode ser dispensada pelas partes, quando lhes for conveniente, ou pelo juiz, quando julgar necessário e seguro”⁵¹. Desse modo, a oralidade é o “procedimento onde a forma oral se apresenta como mandamento precípua, embora sem eliminação do uso dos registros da escrita, já que isto seria impossível em qualquer procedimento da justiça, pela necessidade incontrolável de documentar toda a marcha da causa em juízo”⁵².

Por meio dos princípios da simplicidade e da informalidade, “buscou-se o rompimento do formalismo e da tradição de documentação processual, o que tornou o processo mais ‘simpático’ ao cidadão comum, que já não se sente intimidado ao freqüentar os foros cíveis”⁵³. Assim, “essa informalidade é essencial para que os Juizados atinjam um de seus principais escopos: aproximar o jurisdicionado dos órgãos

⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme, op.cit; p. 702.

⁴⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy, op.cit; p. 462.

⁵⁰ Art. 2, LJEC – “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

⁵¹ ROCHA, Felipe Boring. *Juizados Especiais Cíveis: aspectos polêmicos da Lei n. 9.099, de 26.9.1995*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 6.

⁵² THEODORO JUNIOR, Humberto, op.cit; p. 460.

⁵³ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati, op.cit; p. 76.

estatais incumbidos de prestar jurisdição. O formalismo inibe, assusta, afasta o jurisdicionado”⁵⁴.

O princípio da economia processual, por sua vez, “também chamado princípio econômico – segundo o qual, o processo deve ser tanto quanto possível barato -, significa que o processo, além de gratuito, deve conter apenas atos processuais indispensáveis ao atingimento da sua finalidade”⁵⁵. Dessa forma, “*minimizando-se o procedimento* tendente ao oferecimento da prestação jurisdicional, ganha-se de forma *menos complicada uma resposta jurisdicional mais barata e rápida*, o que é fundamental para estimular o acesso à justiça”⁵⁶.

Nesse contexto, destaca Scheleder⁵⁷:

os Juizados inauguraram uma forma diferente de solucionar conflitos sociais pelo Estado. Reduziram-se os custos processuais, a duração do processo, as formalidades e as possibilidades de produção de provas; o julgamento passou a ser proferido por um juiz mais socializado, em contato com o cidadão comum, e menos formal.

Portanto, a finalidade primordial do Juizado Especial Cível Estadual é garantir a solução dos litígios de forma expedita, por meio de um procedimento sumaríssimo, com atos unificados, calcado, fundamentalmente, na oralidade dos atos processuais, na informalidade e simplicidade do procedimento, bem como na economia processual.

O princípio da celeridade processual, também considerado fundamento nos Juizados Especiais Cíveis, será detalhadamente abordado no tópico seguinte, por se tratar de objeto central do tema proposto.

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis e Federais: uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004. p. 21.

⁵⁵ ALVIM, J. E. Carreira; CAMPOS, Antônio; SILVA, Leandro Ribeiro da. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis comentada e anotada*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p. 6.

⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme, op.cit; p. 706.

⁵⁷ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati, op.cit; p. 76.

3.1 A aplicação do princípio da celeridade processual no Juizado:

A Constituição Federal garante ao cidadão, nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII⁵⁸, que o processo deverá ter duração razoável, garantindo-se os meios para a celeridade de sua tramitação. Para Porto e Ustárroz⁵⁹, “deverá o processo ter duração que não importe no fenecimento do direito posto em causa, vale dizer: a jurisdição deverá agir e concretizar o direito controvertido dentro de um tempo apto ao gozo desse direito”. Dessa forma, assegura-se ao cidadão a tramitação do processo em tempo razoável e a disponibilidade de técnicas processuais capazes de dar celeridade ao procedimento judicial ou administrativo, vedando-se qualquer dilação inócua na demanda, a fim de que a tutela jurisdicional prestada seja dotada de efetividade.

A celeridade do processo influencia diretamente na entrega da tutela jurisdicional ao cidadão, na medida em que esta somente terá utilidade prática se for eficaz, ou seja, se o direito material for passível de efetivação no plano fático. Então, quanto mais rápida for a tramitação do processo, menor é a probabilidade de o direito material ser prejudicado, posto que a demora no desenrolar da demanda é fator substancial para o perecimento do direito. A propósito, a efetividade “deve amoldar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas a proporcionar a melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão”⁶⁰.

Verifica-se, assim, que o princípio da razoável duração do processo tem por finalidade garantir ao cidadão a efetividade do direito material pleiteado, por meio da tramitação do processo em prazo razoável e da disponibilização e utilização de técnicas processuais específicas e adequadas, impedindo o fenecimento do direito combatido. O

⁵⁸ Art. 5º, LXXVIII, CF – “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; [...]”.

⁵⁹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel, op.cit; p. 103.

⁶⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42.ed. vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 736.

trinômio acesso à justiça, celeridade processual e efetividade do processo é enfatizado Theodoro Junior⁶¹:

é evidente que sem *efetividade*, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo *justo*. E não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela *efetiva*. [...] Daí porque, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é um dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependam da tutela da Justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação.

A garantia constitucional da celeridade, portanto, deve permear todos os processos, na medida em que assegura a efetividade da prestação jurisdicional, evitando o perecimento do direito posto em causa.

No Juizado Especial Cível, a celeridade processual consubstancia-se em princípio basilar de todo o seu procedimento. Desse modo, “o processo deve ser rápido, e terminar no menor tempo possível, por envolver demandas economicamente simples e de nenhuma complexidade jurídica, a fim de permitir ao autor a satisfação quase imediata do seu direito”⁶². Para Reinaldo Filho⁶³, a celeridade deve ser entendida “no sentido de se realizar a prestação jurisdicional com rapidez e presteza, sem prejuízo da segurança da decisão”. Mais adiante, o doutrinador prossegue: “a redução e simplificação dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a concentração dos atos, tudo, enfim, foi disciplinado com a intenção de imprimir maior celeridade ao processo”. No mesmo sentido, ensina Scheleder⁶⁴:

⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *op.cit*; p. 37.

⁶² ALVIM, J. E. Carreira; CAMPOS, Antônio; SILVA, Leandro Ribeiro da, *op.cit*; p. 7.

⁶³ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis: comentários à lei n. 9.099, de 26.9.1995*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15.

⁶⁴ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati, *op.cit*; p. 76.

atendendo ao princípio da celeridade e da economia processual, busca-se no Juizado a maior brevidade possível: um procedimento concentrado sem protelação no julgamento do mérito, não se admitindo, assim, a intervenção de terceiros e recursos de decisões interlocutórias, objetivando sempre, como primazia para a devida resolução, a conciliação das partes.

Desse modo, verifica-se que a legislação regulamentadora dos Juizados Especiais prevê regras que visam dar celeridade ao procedimento, tornando efetiva a prestação jurisdicional ao cidadão na medida em que oferece rápida solução ao litígio.

3.2 O duplo grau de jurisdição no âmbito do Juizado:

O duplo grau de jurisdição comporta, conforme já afirmado, duas acepções. A primeira, no sentido de a reapreciação da decisão ocorrer de forma verticalizada, quando efetivada por órgão diverso e de hierarquia superior àquele prolator da decisão, consubstanciando-se a regra geral do princípio; e a segunda, no sentido de que o duplo grau de jurisdição também será perfectibilizado quando a decisão for reexaminada por órgão diverso, mas de mesma hierarquia daquele que proferiu o julgamento inicial, ou seja, a reapreciação se dá no primeiro grau de jurisdição, de forma horizontalizada. Nesse sentido, leciona Sá⁶⁵:

a regra, no entanto, não é absoluta, reservando os diversos sistemas jurídicos a possibilidade de interposição de algumas formas recursais em face do próprio juiz prolator da decisão impugnada, ou perante órgão colegiado do mesmo nível hierárquico, tal como acontece nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

De fato, a horizontalidade do duplo grau de jurisdição evidencia-se nos julgamentos proferidos no Juizado Especial Cível no âmbito estadual. De acordo com o

⁶⁵ SÁ, Djanira Maria Radamés de, op.cit; p. 78.

artigo 98, inciso I⁶⁶, da Constituição Federal, as decisões no Juizado serão reexaminadas por turma de juízes de primeiro grau, isto é, por julgadores de mesma hierarquia daqueles que proferiram o julgamento. Na mesma linha legislativa, encontra-se o artigo 41⁶⁷ da Lei do Juizado Especial Cível Estadual, que replica a norma constitucional, ao determinar que o recurso da decisão prolatada será aviado para o próprio Juizado e julgado por juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição.

Desse modo, “no processo dos juizados especiais a competência recursal é do próprio juizado, que para julgar em grau de recurso passa a atuar por meio de um colégio recursal [...]. Não se trata de órgão *ad quem* diferenciado e destacado do órgão que já julgou a causa, mas dele próprio, em outra composição”⁶⁸. Assim, no Juizado Especial Cível, “a causa é julgada, em primeiro plano, pelo juiz singular e, quando em grau de recurso, por um colegiado. O colégio ou turma recursal não é órgão apartado do Juizado, mas integrante dele próprio, em outra composição”⁶⁹. É esse o entendimento de Chimenti⁷⁰:

o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis também é integrado por órgãos denominados Turmas Recursais (inciso I do art. 98 da CF), formado por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado ou da circunscrição judiciária. Garante-se, portanto, o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, da CF), com o reexame das decisões proferidas pelo juiz singular.

⁶⁶ Art. 98, I, CF – “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]”.

⁶⁷ Art. 41, LJEC – “Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado. §1º - O recurso será julgado por uma turma composta por 3 (três) juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. §2º - No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado”.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2001. p. 167.

⁶⁹ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos, op.cit; p. 189.

⁷⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 164.

Evidencia-se, então, que o duplo grau de jurisdição está garantido no Juizado Especial Cível, de forma horizontalizada, já que não há que se falar em grau superior de hierarquia para a reapreciação da matéria decidida. Dessa forma, “a sistemática adotada na Lei dos Juizados Especiais foi muito bem-sucedida, a ponto de vir a ser consagrada no texto constitucional de 1988 (art. 98, inc. I). Com isso, fica resguardado o duplo grau, que não deve necessariamente ser desempenhado por órgãos da denominada ‘jurisdição superior’”⁷¹.

Portanto, no Juizado Especial Cível Estadual, o duplo grau de jurisdição apresenta-se como exceção à regra geral que determina que o princípio será perfectibilizado por órgão de hierarquia superior ao prolator da decisão, de forma vertical. Nessa seara, ao contrário, o princípio é garantido e efetivado horizontalmente, na medida em que a reapreciação da decisão cabe ao órgão colegiado situado no primeiro grau de hierarquia jurisdicional, ou seja, no mesmo patamar hierárquico do julgador prolator da decisão.

4 A compatibilidade entre os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual no Juizado Especial Cível Estadual:

O objetivo primordial do Juizado Especial Cível Estadual é garantir a solução do conflito posto em causa de forma expedita, realizável por meio de um procedimento sumaríssimo, estabelecido para reger os atos processuais nas causas de menor valor, prestigiando a celeridade na tramitação do processo. Por outro lado, a garantia do duplo grau de jurisdição é assegurada a todo cidadão, inclusive ao que busca o Juizado Especial para resolver o seu conflito. Ocorre que, na medida em que a sentença é desafiada, o processo prossegue, o que faz com que a tutela jurisdicional seja postergada, fato que pode ocasionar o perecimento do direito posto em causa.

Desse modo, especialmente no âmbito do Juizado Especial Cível Estadual, verifica-se a necessidade de compatibilizar as garantias constitucionais do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual, a fim de que a entrega da prestação jurisdicional seja, ao mesmo tempo, dotada de segurança jurídica e de efetividade. Aliás, “o grande

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit; p. 76.

drama do processo é equilibrar dois valores igualmente relevantes: celeridade e justiça. Um processo extremamente demorado não é, certamente, capaz de produzir resultados justos”⁷², bem como “não se almeja com a disposição [da celeridade processual], evidentemente, obter uma solução de qualquer conteúdo, desde que expedita e fulminante, mas proclamar e promover o equilíbrio entre os valores justiça e celeridade”⁷³.

Sendo assim, ao tempo em que “a razão de ser do princípio do duplo grau de jurisdição [reside] na persecução da segurança como elemento ínsito da Justiça, que se concretiza por meio do pronunciamento do órgão jurisdicional”⁷⁴, a garantia da celeridade processual busca a efetividade na prestação jurisdicional, alcançada por meio de um processo breve, com razoável duração.

Com efeito, no Juizado Especial Cível Estadual o equilíbrio entre a segurança jurídica da decisão e a efetividade processual é facilmente verificado. Ora, na medida em que a rapidez na solução do processo é garantia substancial das ações que tramitam perante o Juizado, o legislador determinou que, para a efetivação do princípio do duplo grau de jurisdição nestas demandas, a reapreciação da decisão fosse realizada de forma horizontal, ou seja, por órgão de mesmo grau de hierarquia daquele que proferiu o julgamento. Dessa forma, pretendeu-se harmonizar o duplo grau de jurisdição à celeridade do processo, permitindo que a decisão seja entregue de forma expedita, mas dotada de segurança jurídica.

A compatibilidade das garantias, então, é evidente, uma vez que “o dinamismo dos Juizados Especiais permite ao cidadão uma solução menos demorada de suas pendências, tendo em vista que, por exemplo, os recursos são julgados por Câmaras formadas por Magistrados da própria Comarca, impedindo a procrastinação indevida do fato”⁷⁵. Desse modo, “o reexame da causa em um mesmo grau de jurisdição objetivou propiciar, nos Juizados Especiais, um maior acesso à justiça. Não basta só o acesso à decisão de primeiro instância. A facilitação da procura de direitos junto aos Juizados

⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit; p. 23.

⁷³ ASSIS, Araken de, op.cit; p. 70.

⁷⁴ SÁ, Djanira Maria Radamés de, op.cit; p. 119.

⁷⁵ RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz, op.cit; p. 45.

Especiais deve englobar acesso às turmas recursais”⁷⁶. Nesse sentido, lecionam Porto e Ustárroz⁷⁷:

sensibilizados pela potencial redução de custos e maior celeridade, os sistemas vêm desenvolvendo a ideia de duplo grau horizontal, a fim de explicar a possibilidade de outros magistrados apreciarem a decisão tomada por juízes de idêntica hierarquia. No direito brasileiro, o duplo grau horizontal, cuja presença ainda é incipiente, observa-se ainda timidamente nos Juizados Especiais Cíveis [...].

Sendo assim, conforme afirma Sá⁷⁸, “as características de certeza e segurança devem conciliar-se harmonicamente com as de economia e celeridade para se chegar ao conceito de Justiça ideal”, sendo que “o processo deve garantir a efetividade do ordenamento jurídico justo através de uma Justiça rápida e segura, como sinônimos de decisões justas”. Então, não resta dúvida de que o Juizado Especial Cível Estadual, ao prever o duplo grau de jurisdição horizontal, conservou “o instrumental adequado ao resguardo do equilíbrio entre a celeridade e economia processual, de um lado, e eficiência e segurança, de outro”⁷⁹. Dessa maneira, conforme assevera Bacellar⁸⁰, “nada há de inconstitucional na possibilidade de que o recurso seja julgado em um mesmo grau de jurisdição; a inovação se insere no ambiente do devido processo legal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e atende aos critérios de celeridade e economia processual constantes da lei específica”.

Portanto, os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual compatibilizam-se harmonicamente no âmbito do Juizado Especial Cível Estadual, em razão de que a garantia de reapreciação da decisão concede celeridade ao procedimento sumaríssimo ao ser efetivada horizontalmente, por meio de órgão estabelecido no mesmo grau hierarquia daquele prolator da decisão.

⁷⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 144.

⁷⁷ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel, op.cit; p. 57.

⁷⁸ SÁ, Djanira Maria Radamés de, op.cit; p. 119.

⁷⁹ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos, op.cit; p. 10.

⁸⁰ BACELLAR, Roberto Portugal, op.cit; p. 144.

5 Considerações finais:

A pertinência do princípio do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro é evidente. Garantia implícita, constitucionalmente assegurada, visa garantir ao litigante interessado que a decisão seja reapreciada por órgão distinto, de grau superior ou de mesmo grau hierárquico, concedendo segurança jurídica ao julgamento. O princípio fundamental da razoável duração do processo, por sua vez, permeia todos os procedimentos processuais, mas é no âmbito do Juizado Especial Cível Estadual que ganha destaque, em razão da finalidade precípua do instituto de solucionar os litígios de forma célere.

Todavia, considerando o tempo necessário para a perfectibilização do duplo grau de jurisdição e a expedita tramitação dos processos no Juizado, mostra-se indispensável compatibilizar as referidas garantias constitucionais procedimento sumaríssimo.

Dessa forma, a harmonização entre o duplo grau de jurisdição e a celeridade processual decorre do fato de que a decisão no Juizado Especial Cível é passível de reexame por órgão do mesmo patamar hierárquico daquele que a proferiu, ou seja, o duplo grau é realizado na sua acepção horizontal, por meio de colegiado situado na primeira instância de jurisdição.

Portanto, na medida em que a reapreciação da decisão ocorre de forma horizontalizada, o resultado final do processo é dado de forma mais célere, compatibilizando a garantia do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual, concedendo, ao mesmo tempo, segurança jurídica e efetividade à decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de direito processual civil*. vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BERNI, Duílio Landell de Moura. O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional. In: PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.) *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. (Org.) *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem a 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo. (Coord.) *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. *Processo de conhecimento*. vol 2. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NOGUEIRA, Maurício José. Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PADILHA, Cercato. *Recursos civis perante os juizados especiais e turmas de juízes*. Blumenau: Acadêmica, 2001.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.) *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2000.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Felipe Borring. *Juizados especiais cíveis: aspectos polêmicos da Lei n. 9.099 de 26/9/1995*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SADEK, Maria Tereza. (Org.) *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *As garantias constitucionais das partes nos juizados especiais cíveis estaduais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOARES, Nildomar da Silveira. *Juizado especial cível: a justiça da era moderna*. 3.ed. São Paulo: LTr, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 38.ed. vol III. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. vol 1. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

O PROCESSO INTERATIVO DE CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES COMO VIA DE REABILITAÇÃO DO SISTEMA VINDICATIVO

Michele Paumgarten

Mestranda em Direito na UNESA. Advogada no Rio de Janeiro.

Resumo: O texto analisa o sistema condenatório estatal por um viés crítico, partindo do estudo da teoria da justiça nas versões de Robert Nozick e Friedrich Nietzsche. Aborda o uso da mediação como um dos principais trunfos da nova ordem processual civil brasileira, que já nasce com o desafio de reabilitar um sistema judicial num cenário de crise aparentemente insuperável. Introduce ainda o leitor nas questões que tem se apresentado no ordenamento jurídico comparado, ao objetivar o uso da mediação convenientemente para pretensamente solucionar a crise institucional judicial e não para a pacificação dos conflitos intersubjetivos ou sociais.

Abstract: The paper examines critically the state punitive system, focusing on the study of the theory of justice presented by Robert Nozick and Friedrich Nietzsche. Discusses the use of mediation as an ace for the new Brazilian civil procedural order, which is born with the challenge of rehabilitating a judicial system in a scenario of crisis seemingly insurmountable. It also introduces the reader on the issues that has emerged in the comparative legal system, that conveniently is using the mediation to solve the institutional crisis and not for the pacification of the intersubjective or social conflicts.

Palavras chaves: Processo. Mediação. Justiça. Conflito. Filosofia.

Keywords: Process. Mediation. Justice. Conflict. Philosophy.

Sumário: I. O avatar justiça. II. Os desafios da nova processualística. III. A mediação como processo interativo. IV. Considerações finais. Referências bibliográficas.

I O avatar justiça:

De todos os temas jurídicos tratados pela literatura, o do juiz - do julgamento, do processo, da condenação – é com certeza o mais recorrente. Sem dúvida, a intensidade dramática do processo, assim como sua unidade de tempo, de lugar e de ação, contribuem muito para isso, conferindo-lhe quase naturalmente uma forma teatral, que a indumentária, a distribuição cênica dos papéis dos protagonistas e a presença do público também confirmam. [...] entre o “bom e o legal”, como diz P. Rocoer – está o juiz, homem da lei certamente entricheirado atrás de sua toga e seu código, mas às vezes também homem sensível, exposto ao recurso que os personagens tentam diante dos leitores, juízes últimos da ficção literária.¹

Recorrendo à ficção literária², François Ost idealiza a figura do juiz, pessoa que teria sido antes de qualquer legislador ou administrador, a primeira figura jurídica, a primeira autoridade que destacado da comunidade, foi investido da tarefa de dizer o direito para a sociedade que renunciou a fazer justiça por si mesma, e optou por recorrer a um terceiro imparcial para decidir a contenda.

Somos apresentados com vivacidade pela trilogia trágica grega *Orestia*³, um legado da Antiguidade, ao momento marcado pela renúncia à lei do talião, em favor de uma justiça deliberativa baseada em provas fatuais, argumentos racionais, em votações e na referência a uma lei comum.

¹ OST, François. **Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico**. Tradução Paulo Neves. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007. p. 97.

² François Ost, op. cit., mergulha na tradição literária universal para explicar como os seus mitos fornecem indicações preciosas sobre a origem e o destino do Direito e da Justiça. A ficção literária lembra da justiça tanto em suas origens violentas em sua face oculta e vingadora, mas também denuncia de forma eficaz, a arbitrariedade dos juízes, a lentidão e o custo da justiça, o formalismo dos procedimentos, enfim dos homens da justiça.

³ A *Orestia* de *Ésquilo* é uma trilogia trágica escrita em 460-459 a.C. A história é baseada na lenda dos atidas e decompõe-se em três peças distintas: Agamênnon, As Coéforas e As Eumênides. Ela narra as aporias da lei do talião e a experimentação da justiça humana integrando a dimensão do perdão e a confiança na deliberação. *Ibidem*, p. 98.

Aos poucos a vindita se estabelece nas sociedades com o intuito de restabelecer o sistema de trocas sociais, a reciprocidade dos atos e o equilíbrio de forças; o abandono do pré-direito (vingança) e o sobejamento do direito (justiça).⁴

E várias teorias se sucederam acerca da justiça.

Aristóteles inicia de forma apaziguadora seu capítulo sobre a teoria da justiça: “[...] a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo”⁵.

Mas como exigir tal imperativo ético e controlar o ímpeto humano de agressividade mútua para atingir o conceito aristotélico de justiça?

É sabido que a força sempre foi percebida como uma das formas principais de resolução de conflitos e que em seu estado puro, nunca foi monopólio do Estado. Nozick já abordava essa questão ao dizer que: “ Todos podem defender-se contra procedimentos desconhecidos ou duvidosos e punir aqueles que o usarem ou tentarem usá-los contra eles”⁶.

O que Nozick salienta é que na verdade, o monopólio reivindicado pelo Estado é o do direito de julgar o procedimento de qualquer pessoa, apesar de contraditoriamente admitir que todos possuem esse direito.

Sem alarde, o Estado impõe direitos, considera seus próprios procedimentos como confiáveis e justos, e tende a reputar todos os demais procedimentos, ou até mesmo os *seus* quando aplicados por outros, como duvidosos ou injustos.

Um Estado leviatã que ocupa uma posição excepcional em virtude do seu poder e que detém por isso, o direito de impor proibições e limites aos procedimentos de justiça, condenando demais métodos por entender defeituosos, não importando o sentimento do outro.

Apesar da dissimulada negativa estatal, essa posição excepcional é o monopólio, que na contextualização liberal de Nozick não é *de jure*, nem poderia ser, porque não

⁴ Essa passagem implicará também a busca pelo discurso dialógico que almeja o convencimento por argumentos racionais e provas verificáveis. Na *Orestia* estes temas não são realmente abandonados, mas são integrados numa forma mais complexa de justiça. Uma justiça “moderna” que saberá conservar, e utilizar em seu proveito a força performativa dos ritos primitivos de justiça e das palavras sacramentais (em particular o juramento), como é o caso de Atena que, no momento em que estabelece o tribunal “moderno” do Aerópago, toma o cuidado de dar-lhe a missão de fazer respeitar o “temor das leis” – o mesmo temor defendido pelas *Erínias*, implacáveis vingadoras, que ela saberá ao mesmo tempo vencer e convencer. *Ibidem*, loc. cit.

⁵ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006. [1129 a].

⁶ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994. p. 120.

constitui um resultado de alguma concessão de direitos exclusivos, mas *de facto*. O fato de ser o agente dominante, confere ao Estado uma ampla vantagem social que romantiza que só o Estado imaculado garante a lisura nos procedimentos que serão usados na busca da justiça.

Mas outros agentes podem sim ingressar nesse *mercado* e isso não significa o enfraquecimento do Estado juiz.

A esfera de atuação do Estado abeira intencionalmente as raias do paternalismo especialmente em sociedades que passaram por experiências ditatoriais ou totalitárias em sua história. Com discrição e discricionariamente, o Estado lança seus tentáculos sobre todos os atos da nossa vida e delimita nossas opções individuais, condicionando o cidadão a lhe procurar para resolver seus litígios, fazendo-lhe acreditar ser a única via possível para essa solução.

Mas essa falta de liberdade nem sempre é sentida pela sociedade de forma opressora⁷. Nem sempre os atores sociais lamentam a obrigação de seguirem um comando, muitas vezes único e sem opção de escolha. A rotina que a obrigação lhe impõe é subjacente aos sentimentos de conforto e segurança que no geral são profundamente gratificantes.

Isso torna muito mais fácil a tarefa de todos os poderes, especialmente o Judiciário, que é a de disfarçar a disciplina e obediência às suas ordens. O autoritarismo por detrás de uma decisão judicial tende a ser aceito com muita frequência pelo jurisdicionado e por mais que se alardeie a incessante crise, está sempre ansiosamente a procura do Estado juiz, por ser este a garantia confiável de uma rotina segura e certa.

No entanto como bem ressalta Bauman, seja sentida como tranquilizante ou repugnante, a falta de liberdade significa uma *heteronomia*, ou seja, uma situação na qual seguimos regras e comandos impostos por outros, “uma condição *agenciada*, na qual a pessoa que age o faz por vontade da outra”⁸.

Então, um Estado poderia se abster de intervir em litígios nos quais os litigantes optam por não usar seu aparelho e que ainda demonstram satisfação com a utilização de procedimentos que eles mesmos escolheram? O Estado deve permitir essa opção aos seus cidadãos?

⁷ BAUMAN, Zigmund. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1999. p. 85.

⁸ *Ibidem*, loc.cit.

Num contexto contemporâneo, a maioria até poderia responder que sim. E que a sociedade evoluiu e por isso o Estado precisaria modernizar sua forma de atuação em relação à violência social através de mecanismos de administração de conflitos.

Em contraponto, diante da *condição agenciada*⁹, ou seja, da ausência de responsabilidade do indivíduo por suas escolhas - ao seguirmos regras e comandos impostos por outros - podemos nos deparar com algumas reações: o indivíduo pode ficar ressentido com a vontade ou escolha do outro e buscar maneiras de se rebelar ou enganar; pode aceitar, de má vontade, a inutilidade de toda a resistência; ou pode ficar contente por alguém se responsabilizar por suas ações, e liberá-lo na pesada necessidade de escolha e decisão.

No caso da imposição de uma solução para o conflito, esses indivíduos se livrariam do fardo de negociar opções de resultado, e por mais opressora que pareça, compulsivamente lhes passa a ser mais fácil receber a resposta de um terceiro, que diante de toda argumentação posta, deverá raciocinar uma solução dentro dos limites do pedido e da norma. Um terceiro que não constrói a solução, mas utiliza uma fórmula diante do leque de alternativas que pode perfilar ao tomar suas grandes ou pequenas decisões.

O homem segundo Nietzsche¹⁰, é um animal que tanto venera como desconfia, um ser que vive, portanto, sob uma lei de fluxo e refluxo entre a comédia e a tragédia da existência, que renega o indivíduo e que pode ver em último ato de liberação e irresponsabilidade o quanto o ódio, a alegria de destruir, a sede de dominação, como tudo o que é considerado mau, é também útil à conservação da espécie, e de outro lado, a necessidade de seriedade, de consideração do indivíduo como algo primeiro, último e imenso, nesse jogo de alternância entre saber porque existe, venerando a si e confiando na vida, para que então possa rir da existência, destruir como só a crítica pode fazê-lo.

A nobreza da justiça, que moveu as pessoas no passado e continuará a movê-las no futuro¹¹, sempre houve em todos os tempos, que dar conta desse caráter nuançado do homem.

A busca pela justiça (e não o alcançar da justiça), uma justiça pensada, não ao modo cristão pelo qual fazer o bem ou mal ao outro é fazer o bem ou mal à si mesmo,

⁹ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 18.

¹¹ SEN, Amartya. **Uma ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 436.

mas sim uma justiça que considere a contraposição de forças mais ou menos iguais: é no confronto que percebemos os nossos limites e encontramos o agulhão que nos incita à superação, a um novo lance, a uma nova partida, à continuidade do jogo¹².

Voltando à questão posta, o que se espera não é mais uma justiça marcada pelo apagamento das distâncias e das diferenças como se nunca tivessem existido, mas a nova justiça deve ter em seu núcleo celular, o equilíbrio¹³.

Ser capaz de equilíbrio, de fato, já é uma manifestação de força. O fraco, o oprimido, é incapaz de alçar-se à altura daquele que se contrapõe a si. O reconhecimento do outro se mostra como uma virtude nobre e potente, mantendo-se assim cada qual em sua esfera de poder¹⁴.

É esse caráter consistente de justiça que Nietzsche¹⁵ procura reestabelecer: o equilíbrio mostra-se entre os representantes da ordem antiga e da nova em conflito, quando se torna necessário um sábio cálculo das chances de conservação e de conciliação, fazendo nascer o desejo de negociar.

Uma justiça baseada na percepção das pretensões dos outros, renunciando ao julgamento, colocando o indivíduo conscientemente no jogo e comprometido naquela negociação, dismantelando a percepção tradicional de justiça que visa mais se defender antecipadamente contra um possível voltar-se do vencedor da contenda contra si do que uma desinteressada preocupação com o terceiro. Oculta-se a preguiça daqueles que se satisfazem com a decisão imposta, compreendida numa tradição de segurança, e não se dispõem às consequências da pactuação.

É dessa segurança e resignação que devemos nos desviar, na busca no real equilíbrio de forças, pois será no acordo, uma vez firmado, que florescerá a expressão da verdade, da paz, em contraposição à cólera, ao desejo de vingança e ao castigo inerentes ao homem.

¹² MELO, Eduardo Rezende. **Nietzsche e a justiça**. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 20.

¹³ E para Amartya Sen, a argumentação racional e o exame crítico podem oferecer um grande auxílio para ampliar o alcance e refinar o conceito fundamental da ideia de justiça. Entender as exigências da justiça é um exercício não mais solitário do que qualquer outra disciplina do entendimento humano. SEN, Amartya, op. cit., p. 427

¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 446.

II Os desafios da nova processualística:

No cenário pós-positivista¹⁶ e a medida em que a sociedade evolui, o processo interpretativo passa a requer uma compreensão mais ampla e a hermenêutica filosófica desenvolve-se com o escopo de ampliar a visão do intérprete que viveu anos à sombra de um sistema positivista.

A reforma processual brasileira, com a amplitude a que se propõe, é um dado positivo e que expõe a evolução do pensamento conceitual jusfilosófico do direito processual civil.

As normas processuais sempre carregaram em sua estrutura a marca da ordem pública. Ao intérprete era permitido a aplicação da norma positivada, o princípio e promover a justaposição destes ao caso concreto. Pela hermenêutica clássica, a verdade seria aquela contida na lei ou nos princípios, mesmo que a particularidade do caso aponte para uma resposta singular.

Mas ao pensar num processo com uma envergadura realmente complexa, a opção pela hermenêutica filosófica amplia a visão do intérprete ao possibilitar uma ampliação da visão das respostas do Direito aos fatos da vida, até porque nem sempre existem regras para a realização do direito.

A complexidade é uma das características da processualística pós-moderna no sentido de comunicação dos fatores que interligam a multiplicidade dos aspectos da vida prática estatizada pelo Direito. É uma teoria de feitiço desafiador para o jurista e o pensador do processo, com o objetivo de trazer sempre novos questionamentos¹⁷

As nuances que envolvem o convívio intersubjetivo contemporâneo, a globalização, a popularização dos mercados e a aproximação social da justiça enlaçaram a sociedade em intrincados processos para além do que pode estar previsto na legislação positivada.

¹⁶ Na perspectiva de Lênio Streck, o pós-positivismo não é simplesmente a superação do positivismo exegético e que no fundo não há muita diferença entre alguns pressupostos defendidos pelo neoconstitucionalismo e o positivismo normativista, defensor da ideia de que interpretar a lei é um ato de vontade. Essas teorias são voluntaristas, pois é exatamente contra o axiologismo e o voluntarismo que Streck propõe a adição da hermenêutica filosófica adaptado ao que denomina crítica hermenêutica do Direito. Cf. STRECK, Lênio. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009.

¹⁷ BRAGA, Luiz Felipe Nobre. **Princípios da Filosofia do Direito Processual Civil – além da reforma**. [CD-ROM]. Fortaleza: Unieducar, 2011. p. 8.

Vive-se a decadência e ao mesmo tempo o fetiche pela justiça. Intensifica-se o movimento de relações pessoais, contratuais e obrigacionais, mas as relações de poder entre as partes envolvidas permanece inalterada.

Exige-se com isso um rompimento de paradigmas em relação ao modelo teórico processual positivado, enquanto único instrumento de concretização do verbete material; o rompimento de um ideal formal de processo que atrai para si o meio de criação de direitos subjetivos e obrigações que segundo Carnelutti, “só nascem efetivamente quando existe uma sentença”¹⁸. O campo do processo deve ser o campo da experiência jurídica dos fatos que torna eficiente a solução da litigiosidade.

O instituto do processo não deve obrigar apenas pelas sentenças como disse Carnelutti, deve ir adiante, funcionando como a experiência concreta de demandas mesmo que não reguladas; seu objeto não deve ser apenas o estudo dos institutos básicos (jurisdição, ação, etc.), mas a forma pela qual podemos transformar a justiça, a histórica justiça, numa práxis para a garantia e conservação de direitos subjetivos.

Com a reforma processual que se opera, espera-se alargar os horizontes de debate para que um novo processo civil emerja aberto às modernas circunstâncias sociais e não apenas voltado à satisfação imediata da problemática evidente.

Decididamente, cada século terá seus críticos da justiça. A lentidão¹⁹, por exemplo, é um tema menos cruel, mas certamente universal, recorrente, e que na ânsia de resolvê-la, produz-se cada vez mais ordenamentos autoritários com finalidade mais estatística²⁰ do que para um alento social.

¹⁸CARNELUTTI, Francesco. Istituzioni del nuevo processo civile italiano. Roma: Foro it., 1956, p. 17 apud CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45

¹⁹ Ainda recorrendo à ficção literária em Ost, (op.cit., p. 101) aonde La Bruyère imortalizará a questão da lentidão num aforismo assassino: “o dever dos juizes é fazer a justiça; seu ofício é adiá-la. Alguns conhecem seu dever e fazem seu ofício”; e em o Scapin de Molière: “ Senhor, se podeis, salvai-nos desse inferno. É condernar-se já neste mundo ter que mover uma ação na justiça; e o simples pensamento de um processo seria capaz de fazer-me fugir para as Índias.”

²⁰ A previsão legal que torna a mediação obrigatória, uma verdadeira condição da ação, como vem sendo praticada em alguns ordenamentos jurídicos é um exemplo da intenção do legislador de meramente esvaziar o estoque de processos dos Tribunais. Sobre o assunto conferir: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. A experiência italo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de resolução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol VIII, p. 443-471, jul-dez. 2011; WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. **Bar News – The journal of NSW Bar Association**. p. 7-8, spring. 2000; WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la médiation judiciaire. **Canadian Arbitration and Mediation Journal**. n. 16, p. 9-12. 2007; MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In *Judicium*, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < <http://www.judicium.it>>

A processualística moderna precisa estudar o modo pelo qual haverá a satisfação da justiça e dos princípios consagrados como fundamentais, estando aberta ao dinamismo sócio-cultural tão marcante na comunidade contemporânea. Repensar as teorias da justiça para buscar um conceito de justiça adaptável ao nosso processo complexo, dentro de uma sociedade multicultural pós-moderna é o desafio que se propõe.

III A mediação como processo interativo:

Voltemos ao tema da lentidão.

A lentidão processual em nossos Tribunais é atacada diariamente.

E diante das críticas que hoje assolam a justiça, a mediação tem se tornado cada vez mais um possível e desejado mecanismo para a construção amigável de solução de conflitos e uma pretensa solução para esse problema que atinge Tribunais ao redor do mundo.

Não se atenta, por sua vez, ao embuste legal, à medida em que o conceito de celeridade não é conformado com a complexidade social, limitando-se à utopia de uma rápida prestação, sobretudo em casos difíceis, ou com grande envolvimento emocional das partes.

Falar em celeridade na forma perfunctória que é proposta, é mais um discurso político que leva à jubilação do clamor público, que cresceu a serviço de um culto legalista.

Uma das propostas para *remediar*²¹ a falta de celeridade processual na nova regra instrumental, é a previsão do instituto da mediação.

Suas vantagens tem sido laboriosamente propagadas, mas sabemos que não se resume a economia de custos pelas partes ou a fórmula para a desobstrução dos Tribunais. Por meio dela, o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolver o conflito, são substituídos por uma

²¹ Essa parametrização da aplicação do *remédio* ao conflito de interesse, 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*”. RESTA, Elgígio. **II Diritto Fraterno**. Roma: Laterza, 2009. p. 72.

solução elaborada pelas próprias partes e com a ajuda de um mediador escolhido por elas²².

A solução mediada é ainda mais valiosa e significativa em disputas aonde a relação entre as partes é de longa duração e permanente; pode abranger todo o litígio entre as partes e não apenas a estreita questão que se submete ao Judiciário; a confidencialidade é outro fator importante, principalmente quando estamos diante de questões mais sensíveis; e como não se busca com a mediação o fim da jurisdição, em último caso, falhando o processo de mediação, as partes não estariam impedidas de levar a um juiz o caso que ainda encontra-se em litígio para que seja julgado.

Mas o significado da mediação não é o mesmo para todos. Para alguns, mediar transmite a noção da existência de um papel facilitador por um especialista na matéria sob litígio; para outros, na mediação é feita uma avaliação por um terceiro neutro para que os litigantes possam avaliar suas respectivas posições com mais precisão para chegarem a uma solução por si próprios. Na maioria dos casos, no entanto, a mediação denota uma combinação desses atributos.²³

Essa ideia sofreu alterações ao longo da história.

A concepção de sujeito mediador e de mediação apresentado na prática filosófica socrática estava presente na relação estabelecida com as pessoas, ou seja, numa relação de conhecimento que permitia a passagem de uma coisa à outra através de um diálogo. O conhecimento de cada coisa em particular era indispensável, pois só assim seria possível explicá-la aos outros²⁴.

Sócrates desenvolvia junto aos atenienses uma atividade reflexiva, buscando não apenas centrar-se no assunto em discussão, mas imergir na alma do interlocutor, que através do debate, seria levado a tomar consciência de sua real situação, livrando-se de conceitos mal formulados e obscuros. Forçava o interlocutor a expor suas opiniões para,

²² 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, p. 108.

²³ Devemos estar sempre atentos para o fato de que a mediação só terá sucesso quando a opção pela mediação as partes a desejarem em conjunto com condições favoráveis ao processo mediativo, como bem ressalta Warren Winkler: “*in certain cases the parties simply want a judicial determination of their rights, win or lose, not a mediated resolution. In that event, they are entitled to a trial and ought not to feel pressured in a settlement meeting to accept a compromise they are not interested in. ADR is not meant to subvert the conventional litigation process. Parties are entitled to have their rights decided in a court with appropriate procedural safeguards*”. WINKLER, K. Warren, op. cit. p. 9-12

²⁴ SÓCRATES. Vida e obra. Coleção Os Pensadores. 3ª ed. São Paulo: Nova cultural, 1999.

com habilidade, emaranhá-lo na teia de suas próprias afirmativas, acabando por reconhecer sua ignorância a respeito do que antes julgava ter certeza²⁵.

Essas *ignorâncias* nada mais são do que as *verdades* assumidas pelas pessoas, que num processo de mediação deverão ser desconectadas para torná-las aptas a caminharem em direção ao conhecimento de si mesmas.²⁶

Com o abandono das ideias simuladas que fundamentam a falsa imagem que as pessoas tem delas próprias e em relação ao outro, o interlocutor é levado progressivamente, pela habilidade das questões propostas, a tentar elaborar ele mesmo suas próprias ideias e reflexões.

Seguindo os ensinamentos de Sócrates, Platão também descreve que o processo dialético é o meio de busca do conhecimento da verdade até chegar a ideia de bem; é o meio de luta contra o hábito que torna mais cômoda a situação em que o indivíduo de encontra naquele momento. Nesse contexto, a metáfora era um dos canais utilizados por Platão para permitir que os indivíduos compreendessem o sentido da realidade.

Pensando na mediação como um *elo*, a filosofia platônica acreditava que o processo de conhecimento representava a progressiva passagem das sombras ao luminoso universo das ideias, pelo trespasse de etapas intermediárias: cada fase encontra sua fundamentação e resolução na fase seguinte. A construção do conhecimento constitui-se no platonismo, numa conjugação de intelecto e de emoção, razão e vontade²⁷.

A mediação é um modelo de procedimento em que o indivíduo pode utilizar para resolver uma situação de conflito no qual esteja envolvido, mas que sem dúvidas, apresenta características completamente novas diante da nossa formação jurídica e do nosso sistema social.

O fato é que não encontramos na paisagem jurídica outro exemplo no qual se confie a organismos privados (ou públicos em alguns casos) função tão delicada e importante num justo equilíbrio com o controle estatal.

Mas qual seria então o risco que a mediação poderia trazer?

A mediação é essencialmente um instrumento voluntário, facultativo, um procedimento extrajudicial. “Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a

²⁵ BENOIT, Hector. **Sócrates: o nascimento da razão negativa**. São Paulo: Moderna, 1996. p. 40.

²⁶ Ibidem, loc. cit.

²⁷ Cf. WATANABE, Lígia Araújo. **Platão, por mitos e hipóteses: um convite à leitura dos diálogos**. São Paulo: Moderna, 1995.

etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória”²⁸.

Entretanto, a forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos desfigura o instituto e tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão.

Obviamente a crítica não recai sobre a utilidade de mediação, mas em sua transformação numa etapa obrigatória, como se fosse a poção mágica capaz de solucionar os problemas enfrentados pelos mais diversos sistemas judiciais no mundo.

Muitos dos que estão interessados na resolução de disputas através da mediação, parecem não entender que esta prática não se resume a silenciar o outro interessado no acordo ou fazer com que o conflito “vá embora”. Isso não permite o retorno ao status quo anterior à origem do conflito.

E aqui deve ficar o alerta: será que o uso da mediação, em particular, na forma como vem sendo proposta, com prazo para terminar, obrigatória e em casos pré-determinados, seria o arranjo ideal para a solução efetiva dos conflitos da sociedade e o remédio para a crise do acesso à justiça? Ou o efeito seria meramente psicológico, diante de uma barreira imposta previamente ao processo judicial?

Corremos o risco de simplesmente por termo à uma controvérsia que precisaria ser mais ventilada; a indução à passividade ao invés da promoção do diálogo; teríamos uma pacificação ao invés de paz; de criar um mercado de verdadeiros “resolvedores de conflitos”, e não mediadores, para atender a demanda que irá se formar.

Trata-se de um discurso meramente político que induz à ideia de que forçar a mediação, tornando-a uma condição de admissibilidade da ação, seria uma saída eficaz à solução à lentidão processual.

Na mediação procura-se fortalecer aqueles que são menos poderosos através de um balanceamento de poder, escuta mais ativa, gerando opções, criação de consciência sobre a disputa, negociação de soluções, retirando-se a máscara de demônio ou vítima criada pelo outro, permitindo que cada lado escolha a melhor alternativa para uma solução negociada, chegando enfim, a um consenso.

²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; PAUMGARTTEN, Michele. A normatização da mediação no Direito Brasileiro. In: XX Congresso Nacional do Conpedi, Vitória, 2011. **Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi**. Vitória, 2012. p. 11556.

Todo esse processo tem como essência ser voluntário, repetindo a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidentalmente à demanda judicial.

A mediação preventiva obrigatória não tem despertado muita popularidade. No entanto, os defensores da prática perguntam: como alguém não gostaria de celebrar um acordo mutuamente benéfico?

Ocorre que nem todo mundo pode estar interessado; ou pode ser que a mediação não seja realmente o melhor método a se aplicar na tentativa de resolução daquele conflito.

É o princípio da autonomia da vontade, onipresente na prática mediativa, que se funda na liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades.

Pode parecer que exista algum benefício em obrigar as partes a se reunir e discutir a sua contenda. O melhor resultado poderia ser uma solução mutuamente satisfatória e voluntariamente acordada; o pior resultado seria, por outro lado, as partes não alcançarem êxito num acordo e o problema seguir para um Tribunal, traduzindo-se em descontentamento, custos adicionais e atrasos desnecessários.

Mas a realidade é que tem sido elaboradas propostas em muitos países²⁹ (incluindo países asiáticos) nos quais os litigantes devem ser “forçados”³⁰ a se submeterem à mediação. Isso seria racional? A mediação pode valer a pena quando obrigada?

Quando falamos hoje em mediação, normalmente é para apresentá-la como forma alternativa à jurisdição ordinária, e a finalidade é a redução do número de processos que congestionam as Cortes em todo o mundo. A mediação não tem estrutura para lidar com processos em larga escala, tampouco é um processo que pode ser aplicado na solução de todo e qualquer conflito³¹.

²⁹ No projeto do novo CPC brasileiro, a princípio está afastada a possibilidade de obrigatoriedade da mediação.

³⁰ MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In: *Judicium*, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < <http://www.judicium.it>.> Acesso em: 20/10/11.

³¹ Cf. 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.

Na Europa, a Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008³² teve exatamente esse cunho simplista: exigiu dos países membros a adoção de medidas para garantir a celeridade processual, facultando no que diz respeito à mediação, a normatização em sua forma obrigatória³³. Contesta-se que a medida legislativa não focou as reais necessidades sociais e tampouco esteve preocupada em criar um instrumento que desse um significativo impulso para a evolução democrática.

A mediação deve ser entendida a partir desta perspectiva de crescimento social, aonde os valores éticos assumem importante significado e as partes em disputa estarão também diante de um terceiro imparcial, mas que não decidirá sobre o seu destino ou que está autorizado ao uso da força para fazer cumprir sua decisão, mas que irá auxiliá-los a construir serenamente um acordo dentro de um contexto mais informal, permitindo à partes a gestão dos seus interesses e a assunção das responsabilidades por tais escolhas.

O equilíbrio de forças se restabelece, e por esta razão a mediação goza de um maior grau de valor social que a adjudicação, pois apesar do fim igualitário a que se propõe, confere ao conflito um recurso educativo e tenta ampliar a visão parcial de verdade que os indivíduos envolvidos no litígio tem sobre si e sobre o outro.

³² 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.

³³ Ao promover a transposição da Diretiva ao seu ordenamento interno, a Itália optou por tornar a mediação obrigatória (D. Leg. 28/2010) e sua Corte Constitucional vem enfrentando vários pedidos oriundos dos Tribunais inferiores e da Justiça de Paz para se pronunciar acerca da constitucionalidade desta norma. Mas apesar da comunidade jurídica italiana aguardar ansiosamente a decisão do Tribunal Constitucional, atualmente está mais difícil estimar em quanto tempo ela será proferida, já que as questões acerca da inconstitucionalidade do Decreto são levantadas a todo instante pelos Tribunais inferiores. As decisões que questionam a legitimidade constitucional de alguns dispositivos da norma que instituiu a mediação obrigatória, até agora noticiados pelos Diários Oficiais (todos a espera de designação de audiência), são: TAR Lazio, Roma (decisão em abril de 2011), Juiz de Paz de Parma (decisão em agosto de 2011), Juiz de Paz de Cantazaro (decisão em setembro de 2011), Juiz de Paz de Cantazaro (decisão de outubro de 2011), Juiz de Paz de Recco (dezembro 2011). E ainda vale ressaltar que a decisão do Juiz de Paz de Salerno (decisão n. 51 de 2012), embora já tenha sido registrada no Tribunal Constitucional, ainda não foi publicada no Diário Oficial; o mesmo acontece com a decisão do Tribunal de Gênova (novembro de 2011), que também ainda não foi recebida pelo Tribunal Constitucional. Por tudo isso, estima-se que a decisão deverá demorar ainda mais, pois atualmente a Corte aguarda a chegada da decisão proferida no Tribunal de Gênova e a consequente publicação no Diário Oficial para que possa enfim, reunir todas as demais questões levantadas pelos Tribunais inferiores e designar a audiência que deve acontecer em maio ou junho de 2012. Notícia veiculada em: <<http://www.anpar.it>>. Acesso em 02/04/2012. Recentemente, tanto a França (Decreto 66 de 2012) quanto a Espanha (Decreto Lei 5/2012) ao promoverem a transposição da Diretiva Europeia, optaram por garantir a voluntariedade da prática mediativa em seus ordenamentos.

O processo mediativo enriquece novos métodos de raciocínio que antes se limitava à entrega de uma tese argumentativa para o convencimento de um terceiro livre para escolha de uma delas ou daquela que melhor se adequasse ao rol normativo.

Além disso, essa prática construtiva explora positivamente a diferença de posição entre as partes e utiliza o conflito para promover esse equilíbrio, dotando as partes de capacidade para avaliar e desenvolver todas as possíveis soluções que o caso pode apresentar, bem como a utilidade prática do resultado conquistado para aquelas partes envolvidas. Ao contrário, confiar a solução do conflito à uma única pessoa, resulta numa única solução, muitas vezes associada à uma obrigação de natureza processual (no processo judicial as partes e o juiz estão vinculados ao pedido inicial), dimanando num estado vulgar de vitória e sumcumbência.

A gestão pessoal do conflito é uma expressão concreta da maturidade individual e coletiva, culminando num incremento da auto estima social e até mesmo na prevenção de situação de conflito de indivíduos em uma comunidade.

O objetivo da mediação é a composição extrajudicial da controvérsia e deve representar a instância ordinária de solução do litígio, enquanto que o recurso ao Tribunal deve se constituir a verdadeira forma alternativa de gestão do conflito.

Hoje porém, é sabido que o recurso às Cortes continuam sendo o expediente mais utilizado pela sociedade que vê no Estado o único detentor do poder capaz de decidir com a autoridade para decidir o destino interpessoal e econômico.

Com isso, o indivíduo não nota que abdica do papel de domínio da sua própria história e de construir diante daquele conflito as diversas soluções possíveis que lhe permitirão avaliar a melhor resposta aos seus interesses.

IV Considerações finais:

O fenômeno do magnetismo que a justiça tem exercido sobre os cidadãos é complexo e há muito incentivado pelo próprio Estado, agente dominante do sistema vindicativo, que atualmente busca reabilitar-se para não perder sua posição na sociedade.

Numa alteração da rota de paradigmas, o Estado deve atuar estimulando a composição dos conflitos sociais, mas não deve impor soluções; deve abandonar a

premissa de uma intervenção ostensiva para estimular o acordo entre os litigantes e apenas em último caso, sendo impossível o acordo, o Estado deverá resolver o conflito.

Enfim, antes de considerarmos novas fórmulas mágicas facilitadoras do acesso à justiça, é preciso promover a remoção do maior número possível de litígio na sociedade, principalmente sem a interferência do Estado.

E o principal instrumento é a educação: instruir os indivíduos para a escolha dos meios que lhes são ofertados para a solução de seus conflitos ou ainda treiná-los a evitar ou resolver suas próprias contendas. Dotar os cidadãos de regras de conduta, valores que orientem a opção, ou seja, dotá-los da capacidade de distinguir entre as razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação a seguir aquelas e evitar estas³⁴.

Uma sociedade apta a fazer justiça não é sinônimo de barbárie. Ao contrário, significa um alto grau de evolução civilizatória ao passo que a justiça institucionalizada representa que aquela sociedade não tem condições de resolver seus conflitos e precisa que o Estado interfira e promova a mitológica harmonia social.

Identificar formas saudáveis para evitar litígios ou incentivar a sua resolução de forma humana e mais rapidamente é o que se espera no novo contexto social globalizado.

E a nova processualística desempenha um papel importante nessa nova era. A *quebra* do monopólio estatal, permitindo que o cidadão busque a solução de seu conflito fora dos Tribunais representa bem o moderno entendimento de justiça.

Mas o cuidado para não criar armadilhas, tal como é a imposição da prática mediativa previamente a um processo judicial e com prazo para terminar, o que destrói as premissas basilares da prática mediativa, tornando-a mais um tipo processual, uma condição da ação, retirando-lhe sua condição de instituto jurídico processual que é, contrangendo-a a remediar (na verdade torna-se um mero placebo) a globalizada e quase que insuperável crise da justiça estatal.

O sentido do novo processo civil deve incluir entre os deveres fundamentais do Estado, a definitiva pacificação dos litigantes, a satisfação dos direitos e a eliminação dos conflitos e o de tentar e promover em qualquer tempo a conciliação, seja no âmbito judicial, seja extrajudicial.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 79.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1999.

BENOIT, Hector. **Sócrates: o nascimento da razão negativa**. São Paulo: Moderna, 1996.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. **Princípios da Filosofia do Direito Processual civil – além da reforma**. [CD-ROM]. Fortaleza: Unieducar, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Eduardo Rezende. **Nietzche e a justiça**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In: *Judicium*, p. 01-02. Disponível no endereço eletrônico: <<http://www.judicium.it>> Acesso em: 20/10/11

NIETZCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994.

OST, François. **Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico**. Tradução Paulo neves. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007.

_____. **Humano, demasiado humano**. Tradução Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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.

_____. 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**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63-80.

_____; PAUMGARTTEN, Michele. A normatização da mediação no Direito Brasileiro. In: XX Congresso Nacional do Conpedi, Vitória, 2011. **Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi**. Vitória, 2012. p. 11552-11571.

_____. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de resolução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol VIII, p. 443-471, jul-dez. 2011

RESTA, Elígio. **Il Diritto Fraternalo**. Roma: Laterza, 2009.

SEN, Amartya. **Uma ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SÓCRATES. **Vida e obra. Coleção Os Pensadores**. 3ª ed. São Paulo: Nova cultural, 1999.

STRECK, Lênio. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. **Jornal Oficial da união Europeia**, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. **Bar News – The journal of NSW Bar Association**. p. 7-8 , spring. 2000.

WATANABE, Lígia Araújo. **Platão, por mitos e hipóteses: um convite à leitura dos diálogos**. São Paulo: Moderna, 1995.

WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la mediation judiciaire. **Canadian Arbitration and Mediation Journal**. n. 16, p. 9-12. 2007.

MEDIATION IN ENGLAND: ORGANIC GROWTH AND STATELY PROGRESS

Neil Andrews

Professor da Universidade de Cambridge, Inglaterra.

I. INTRODUCTION¹:

Mediation is potentially a more civilised and more flexible means of resolving a civil dispute than the 'winner takes all' systems of arbitration and court adjudication. Furthermore, court proceedings are public, expensive, and adversarial; and arbitration, although, confidential, is often no less expensive and adversarial than court litigation.

Opportunities to mediate can arise at various stages: mediation can operate as a complete substitute for civil litigation, or it can take place after court proceedings have begun, and even after judgment has been given but an appeal is pending.

Mediation has become popular in England. The reasons for this are both organic and institutional. As for the 'organic' element, news has spread concerning the advantages of this technique: confidentiality; free choice of the mediator; the opportunity for flexible agreed solutions; the chance to gain a relatively speedy and inexpensive conclusion to a dispute. For all these reasons, the mediation process is now better understood, especially within the commercial sector. By contrast, court litigation and arbitration remain expensive and often hostile processes.

As for the 'institutional' spur to adopt mediation, Government has begun to encourage mediation. The main reason for this is that officials recognise that this process can resolve disputes less expensively than civil litigation. The court system also directly encourages litigants to pursue mediation in appropriate cases. In Civil

¹ For more detailed discussion by the author, see Neil Andrews, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England* (296 pp) (Springer: Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2011); Neil Andrews, *The Modern Civil Process* (Tübingen, Germany, 2008); Neil Andrews, *Contracts and English Dispute Resolution* (Tokyo, 2010); and his General Report on Arbitration for the World Congress of the International Association of Procedural Law, Heidelberg 2011, forthcoming (in English) in *Revista de Processo* (Brazil).

Procedure (Moscow) Mediation in England this encouragement involves selective judicial recommendation of mediation. The English courts also subject disputants to the general threat of adverse costs awards if parties unreasonably spurn sensible mediation overtures made by the opponent or by the court.

II. ORGANIC REASONS FOR THE GROWTH OF MEDIATION:

In England resort to mediation has increased, including within the heartland of commercial disputes². The Ministry of Justice for England and Wales (2010) reported on this:³ *‘the market for mediation in the UK continues to grow. A recent mediation audit carried out by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) showed that there had been nearly 6,000 civil and commercial mediations carried out in 2009.’*⁴ *Based on the outcome of the 2007 Mediation Audit, the 2009 figure showed there was a doubling of mediation activity since 2007.’*

Although mediation enjoys support from officials, including the courts, the better view is that it has not been imposed on the civil and commercial population in a ‘top down’ fashion. Instead it has arisen because educated parties recognise the benefits of endeavouring to reach accord rather than submitting to outside judgment by judges or arbitrators.

Potential litigants have become aware that mediation can secure various economic gains, social benefits, and even psychological advantages, when compared to the other two main ‘paths of justice’, namely court proceedings and arbitration.⁵ The following points will be uppermost in the minds of disputants when they peer down the barrel of court proceedings: (1) the perception (and nearly always the reality) that court litigation is unpredictable; (2) the judicial process (including extensive preparation for the final hearing) involves a heavy-handed fight for justice, which is a source of expense, delay, and anxiety; (3) court litigation offers little scope for direct participation by the parties, as distinct from legal representatives; (4) final judgment normally awards

² K Mackie, D Miles, W Marsh, T Allen, *The ADR Practice Guide* (3rd edn, Tottel, London, 2007), especially ch’s 5, 6, 7.

³ Ministry of Justice, ‘Implementation Paper’ (London, 2010) (a consultation paper), at *10+.

⁴ http://www.cedr.com/index.php?location=/news/archive/20100513_347.htm

⁵ For development of these points, N Andrews, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England* (Springer Publishing: Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2011).

victory to only one winner; (5) trial is open-air justice, visible to mankind in general; (6) litigation is private war—even if judges pretend that it is governed by elaborate rules and conciliatory conventions designed to take the sting out of the contest.

Costs and expense are in the forefront of most people's minds whenever litigation becomes even a remote prospect. Certainly in England, the rise of mediation, notably in high-value disputes, is largely attributable to the sheer expense of traditional court litigation. Bill Gates himself, and other modern-day descendants of Croesus, would hesitate to run the risk of engaging in protracted and complicated claims heard by the High Court.

The 'Woolf reforms' of 1999, which introduced the new English procedural code, the CPR, were expected to reduce the high cost of civil litigation.⁶ But the situation has not improved. And it has been officially recognised that the new procedural code has not reduced the expense of litigation. As Buxton LJ in the Court of Appeal in *Willis v. Nicolson* admitted in 2007:⁷

The topic of costs is receiving consideration, following Lord Justice Jackson's 'Civil Litigation Costs Review', delivered in December 2009.⁸ He endorsed the spread of mediation:⁹

⁶ AAS Zuckerman and R. Cranston (eds), *The Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'* (Oxford 1995); R. Cranston, *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice* (Oxford 2006), ch 5; Neil Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford 2003), ch 2; Neil Andrews, 'A New Civil Procedural Code for England: Party-Control 'Going, Going, Gone'' (2000) 19 CJQ 19-38; S Flanders, 'Case Management: Failure in America? Success in England and Wales?' (1998) 17 CJQ 308; JA Jolowicz, 'The Woolf Report and the Adversary System' (1996) 15 CJQ 198; M Zander, 'The Government's Plans on Civil Justice' (1998) 61 MLR 383 and 'The Woolf Report: Forwards or Backwards for the New Lord Chancellor?' (1997) 16 CJQ 208; AAS Zuckerman, 'The Woolf Report on Access to Justice' (1997) 2 ZZP Int 31 ff.

⁷ *Willis v. Nicolson* [2007] EWCA Civ 199, at [24]. 'The very high cost of civil litigation in England and Wales is a matter of concern not merely to the parties in a particular case, but for the litigation system as a whole. While disputants should be given every encouragement to settle their differences without going to court, that encouragement should not include the making of litigation prohibitively costly so that litigants are deterred irrespective of the merits of their case. One element in the present high cost of litigation is undoubtedly the expectations as to annual income of the professionals who conduct it. The costs system as it at present operates cannot do anything about that, because it assesses the proper charge for work on the basis of the market rates charged by the professions, rather than attempting the no doubt difficult task of placing an objective value on the work.'

⁸ Sir Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs* (December, 2009: London, 2010); on which AAS Zuckerman, 'The Jackson Final Report on Costs—Plastering the Cracks to Shore up a Dysfunctional System' (2010) 29 CJQ 263.

⁹ Jackson report, *ibid*, ch 36, at para 3.4.

III. MEDIATION BY PRIVATE STIPULATION¹⁰:

Many companies now prefer to use international arbitration in combination with other ADR mechanisms. Such a combination of techniques will be specified in a ‘multi-tiered’ dispute resolution clause.¹¹

The leading English decision concerning mediation clauses¹² is *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd* (2002).¹³ In this case the relevant clause was a so-called ‘tiered’ provision. It initially required the parties to endeavour to negotiate a resolution by considering the relevant dispute within their own organisations. The clause stated that mediation would be obligatory if these negotiations collapsed.¹⁴ Thereafter, the parties to this clause contemplated that, if the dispute were still unresolved, proceedings before a court could take place. After negotiation had failed, one party decided to by-pass the stipulated stage of mediation, and prematurely brought a claim before the English High Court. The other party challenged this.

Colman J found that there had been a breach of the dispute resolution agreement, because a party had ‘jumped’ the mediation stage and proceeded straight to litigation. To remedy this, the judge placed a ‘stay’ upon those formal court proceedings. The stay would be lifted if a party returned to court and demonstrated that the mediation attempt had been unsuccessful. But, although the stay was appropriate in this case, the judge said that this would not always be so: ‘For example, there may be cases where a

¹⁰ D Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2nd edn, London, 2010); K Mackie, D Miles, W Marsh, T Allen, *The ADR Practice Guide* (3rd edn, Tottel, London, 2007), ch 9; Centre for Effective Dispute Resolution at: www.cedr.co.uk/library/documents/contract_clauses.pdf; D Spencer and M Brogan, *Mediation: Law and Practice* (Cambridge University Press, 2006), ch 12 for Australian material.

¹¹ The School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, report (2005), available on-line at: <http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/0B3FD76A8551573E85257168005122C8>. I am grateful to Stephen York for this reference.

¹² D Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2nd edn, London, 2010); K Mackie, D Miles, W Marsh, T Allen, *The ADR Practice Guide* (3rd edn, Tottel, London, 2007), ch 9; Centre for Effective Dispute Resolution at: www.cedr.co.uk/library/documents/contract_clauses.pdf; D Spencer and M Brogan, *Mediation: Law and Practice* (Cambridge University Press, 2006), ch 12 for Australian material.

¹³ [2002] 2 All ER (Comm) 1041, Colman J. ‘I do not believe that parties should ever be compelled to mediate. What the court can and should do (in appropriate cases) is (a) to encourage mediation and point out its considerable benefits; (b) to direct the parties to meet and/or to discuss mediation; (c) to require an explanation from the party which declines to mediate, such explanation not to be revealed to the court until the conclusion of the case; and (d) to penalise in costs parties which have unreasonably refused to mediate’

¹⁴ Generally, K Mackie, D Miles, W Marsh, T Allen, *The ADR Practice Guide* (3rd edn, Tottel, London, 2007), 9.6.4.

reference to ADR would be obviously futile and where the likelihood of a productive mediation taking place would be so slight as not to justify enforcing the agreement. Even in such circumstances ADR would have to be a completely hopeless exercise.’

However, in some contexts, statute invalidates contracts which purport to exclude formal recourse to state-administered courts or tribunals. For example, in *Clyde & Co v. Bates van Winkelhof* (2011)¹⁵ Slade J considered a clause within a partnership deed requiring a partner in a law firm to refer any disputes or differences arising from her work for the firm to mediation and then to arbitration. The partner had brought complaints to an Employment Tribunal alleging various statutory breaches by her law firm of equality law, and seeking compensation. Slade J concluded that the High Court could not grant an injunction compelling her to desist from pursuing these Employment Tribunal proceedings. Statute¹⁶ clearly precluded ‘contracting out’ from this tribunal system of rights.

IV .THE PRIVATE ZONE OF MEDIATION DISCUSSIONS:

PRIVILEGED NEGOTIATIONS¹⁷:

It has long¹⁸ been recognised that non-mediated settlement negotiations can be privileged. This is known as ‘without prejudice’ privilege¹⁹. The sibling doctrine of

¹⁵ [2011] EWHC 668 (QB), Slade J.

¹⁶ Equality Act 2010, s 120 and the Equality Rights Act 1996, s 203.

¹⁷ Literature concerning *privilege in the context of mediation or conciliation*: Neil Andrews, *English Civil Procedure* (2003), 25.45 to 25.48; Neil Andrews, *The Modern Civil Process* (Tübingen, Germany, 2008), 11.49 to 11.61; Neil Andrews, *Contracts and English Dispute Resolution* (Tokyo, 2010), 22.20 ff; H Brown and A Marriott, *ADR Principles and Practice* (3rd edn, London, 2011) (forthcoming); *Cross and Tapper on Evidence* (12th edn, Oxford University Press, 2010), 475; K Mackie, D Miles, W Marsh, T Allen, *The ADR Practice Guide* (3rd edn, Tottel, London, 2007), 7.2 ff; B Thanki (ed), *The Law of Privilege* (Oxford University Press, 2006), 7.24, 7.38 to 7.39; for USA and Australian sources, P Newman, in M Liebmann (ed), *Mediation In Context* (2000, London and Philadelphia), 188; D Spencer and M Brogan, *Mediation: Law and Practice* (Cambridge University Press, 2006), ch 9, noting esp at 329, Australian legislation on this topic; for general comment, Scottish Law Commission’s Report, ‘Evidence: Protection of Family Mediation [1992] SLC 136 (Report) (June 1992) (containing notes on the draft Bill); the Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995; symposium in (1988) 12(1) Seton Hall Legis J.

¹⁸ On the development of this privilege, D Vaver, ‘Without Prejudice’ communications-their admissibility and effect’ (1974) Univ Brit Col L Rev 85 (cited by Robert Walker LJ in *Unilever plc v. The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, 2445, CA).

¹⁹ Neil Andrews, *English Civil Procedure* (2003), ch 25; H Brown and A Marriott, *ADR Principles and Practice* (3rd edn, London, 2011) (forthcoming); *Cross and Tapper on Evidence* (12th edn, Oxford University Press, 2010) 470 ff; D Foskett *The Law and Practice of Compromise* (7th edn, 2010), ch 22; C

privilege concerns 'mediation secrecy'. Here is a summary of this subtle and developing topic.

In this context of mediation, the parties normally adopt such protection by express agreement, but sometimes privilege rests merely upon implicit consensus.²⁰

In *Cumbria Waste Management Ltd v. Baines Wilson* (2008) it was held that mediated settlement discussions between parties X and Y remain privileged if X or Y is unwilling to waive privilege²¹. It follows that in subsequent litigation between X and D, the third party D cannot obtain disclosure of the mediation discussions between X and Y unless both X and Y waive their privilege.

Conversely, the parties might waive privilege in their mediation communications. If so, when the court is required to assess costs in litigation subsequent to an unsuccessful mediation, Jack J in *Carleton v. Strutt & Parker* (2008) has declared that the courts will consider the 'unreasonableness' of positions taken during the mediation²².

However, the mediator possesses no independent immunity against being required to supply information to a court concerning the circumstances of a mediation. Instead the true analysis is that evidential privilege in this context is controlled by the parties to the mediation. Thus in *Farm Assist Limited (in liquidation) v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No 2)* (2009)²³ Ramsey J upheld a witness summons requiring a mediator to give evidence on the question whether a settlement achieved during the relevant mediation had been procured by duress by a party to that settlement. He distinguished:²⁴ (1) an express confidentiality clause, including a right of confidentiality in favour of a mediator (not the same as a head of privilege); (2) implied rights of confidentiality (not the same as a head of privilege); (3)

Hollander, *Documentary Evidence* (10th edn, 2009), ch 16; M Iller, *Civil Evidence: The Essential Guide* (Sweet & Maxwell, 2006), 8-88 to 8-104; P Matthews and H Malek, *Disclosure* (3rd edn, London, 2010), ch 11; *Phipson on Evidence* (17th edn, 2010), 24-18 ff; C Passmore, *Privilege* (2nd edn, 2006), ch 10; B Thanki (ed), *The Law of Privilege* (Oxford University Press, 2006), ch 7; *Zuckerman on Civil Procedure* (2nd edn, 2006), ch 16; AFC Koo, 'Confidentiality of Mediation Communications' (2011) CJQ 192; J McEwan, 'Without Prejudice': Negotiating the Minefield' (1994) 13 CJQ 133.

²⁰ *Reed Executive plc v. Reed Business Information Ltd* [2004] EWCA Civ 887; [2004] 1 WLR 3026; *Aird v. Prime Meridian Ltd* [2006] EWCA Civ 1866; *Bradford & Bingley plc v. Rashid* [2006] UKHL 37; [2006] 1 WLR 2066; *Barnetson v. Framlington Group Ltd* [2007] EWCA Civ 502; [2007] 1 WLR 2443, at [34].

²¹ [2008] EWHC 786 (QB) (HH Judge Frances Kirkham sitting as a High Court Judge).

²² [2008] EWHC 424 at [72]; noted on this point by J Sorabji (2008) 27 CJQ 288, 291-2.

²³ [2009] EWHC 1102 (TCC); [2009] BLR 399; 125 Con LR 154.

²⁴ *ibid*, at [45] ff.

`without prejudice' communication privilege (a privilege held by the parties, but not by the mediator); and (4) an express clause precluding the parties from calling the mediator as a witness (this was held not to create a separate head of privilege or immunity). None of these was effective to shield the mediator.

Brown v. Rice (2007) confirms that a party to a mediated settlement, no less than an unmediated settlement, can adduce the contents of settlement negotiations both to prove whether a settlement was reached and to ascertain its terms.²⁵ The court will apply contractual principles to determine whether a binding settlement agreement has arisen during mediation.

Mediation agreements, as in *Brown v. Rice*, often prescribe that a binding settlement must be reduced to writing and signed by the parties, or by their authorised representatives. Such a formality clause also governs acceptance of an offer made during the conclusion of the mediation meeting(s) but expressed to be open for acceptance within a specified period after the meeting has ended (unless the need for writing and signature has been varied, waived or consensually overridden by another provision).

The UK Supreme Court in *Oceanbulk Shipping and Trading SA v. TMT Asia Ltd* (2010)²⁶ held that `without prejudice' negotiations, which resulted in a settlement agreement, can be admitted for the purpose of ascertaining the factual matrix of the relevant agreement. In light of that background material, the court could then interpret the terms of the settlement. To decide otherwise would be to create an unprincipled distinction between interpretation of all other commercial contracts and interpretation of settlement agreements.

V.INSTITUTIONAL PROMOTION OF MEDIATION (1): GOVERNMENTAL ENCOURAGEMENT:

Institutional support for mediation is now a common-place within England. Thus Senior Master Robert Turner (now retired) suggested that twenty-first century English

²⁵ [2007] EWHC 625 (Ch) Stuart Isaacs QC.

²⁶ [2010] UKSC 44; [2010] 3 WLR 1424 (reversing [2010] EWCA Civ 79; [2010] 1 WLR 1803 (Longmore and Stanley Burnton LJJ; Ward LJ dissenting). For another recent discussion *R v. K (A)* [2009] EWCA Crim 1640; [2010] QB 343, at [44] to [73].

court litigation has become the ‘alternative dispute resolution’ system²⁷. Government recognises that mediation permits disputes to be resolved less expensively than civil litigation. Indeed, as we shall see, there have been various ‘pilot schemes’ to test whether the English court system should directly encourage litigants to pursue mediation in appropriate cases Sue Prince has made a study of these schemes²⁸.

The Ministry of Justice (2010) has summarised the position concerning mediations which arise after civil proceedings have commenced²⁹:

National Mediation Helpline: towards the end of 2004, Her Majesty’s Courts Service (HMCS) set up the National Mediation Helpline (NMH)³⁰ to provide an accessible mediation service for higher value civil disputes. Since 2004, the Helpline has been expanded to enable the courts and judiciary to take a more pro-active approach in referring court users to this service. The NMH is served by a mix of local, regional as well as national mediation providers who had been accredited by the Civil Mediation Council (CMC).³¹ Between January 2007 and December 2009 the NMH arranged 1892 mediations, of which 1244 settled – a settlement rate of 66%.

Small Claims Mediation service: The vast majority of hearings (73%) in the county courts involve small claims³². The Small Claims Mediation Service is a free service set up to help court users who already have an ongoing small claims case in the county court. Parties are generally unrepresented. In the 12 months to the end of April 2010, the service conducted more than 10,000 mediations, settling 72%, and the vast majority of mediations (>90%) are conducted by telephone, saving parties the time and expense of having to travel to a court building.

The Government announced in March 2011 (press release of 29 March 2011 by the Ministry of Justice, London)³³ that it would like to expand resort to mediation. Its statement proposes this change:

²⁷ Senior Master Robert Turner, Queen’s Bench Division, (who retired from that post in 2007, after 20 years), cited K Mackie, D Miles, W Marsh, T Allen, *The ADR Practice Guide* (3rd edn, Tottel, London, 2007), 5.

²⁸ S Prince, ‘ADR after the CPR’, in D Dwyer (ed), *The Civil Procedure Rules: Ten Years On* (Oxford University Press, 2010), ch 17.

²⁹ Ministry of Justice, ‘Implementation Paper’ (London, 2010) (a consultation paper), at *5+ to *9+.

³⁰ www.nationalmediationhelpline.com

³¹ www.civilmediation.org

³² When the financial value of the claim does not exceed £5,000.

³³ <http://www.justice.gov.uk/news/press-release-290311a.htm>

Increasing the use of mediation: We are proposing introducing automatic referral to mediation in small claims cases, automatic referral to mediation awareness sessions in higher-value cases and consulting on making mediated settlements enforceable by courts. This is to help people avoid the anxiety and expense of court where possible, although court will still be an option for those whom mediation cannot help...Last year, more than three quarters of claims in the civil system were settled after allocation, but before trial. This represents 87,000 cases which could potentially have been resolved earlier if mediation had been used more widely. (A consultation paper of 2011 supplies details)³⁴.

VI. INSTITUTIONAL PROMOTION OF MEDIATION (2): ENCOURAGEMENT WITHIN THE COURT PROCESS³⁵:

Leading judges continue to make speeches extolling mediation, including Lord Phillips, President of the Supreme Court³⁶, and Lord Clarke, a former Master of the Rolls³⁷.

The pre-action protocols state³⁸: ‘litigation should be a last resort, and claims should not be issued prematurely when a settlement is still likely’³⁹ Furthermore, the Law Society for England and Wales in 2005 issued a ‘practice advice’ recommending that solicitors should routinely consider whether their clients’ disputes are suitable for ADR⁴⁰.

³⁴ ‘Solving disputes in the county courts: creating a simpler, quicker and more proportionate system’ (CP 6/2011: Ministry of Justice: Cm 8045) (29 March 2011).

³⁵ For a typology of court-assisted modes of ADR, WD Brazil and J Smith, ‘Choice of Structures’ (1999) 6 *Dispute Resolution Magazine* 8, cited in O Fiss and J Resnik, *Adjudication and Its Alternatives* (Foundation Press, New York, 2003), 468: court employs full-time in-house neutrals; or contracts with non-profit making organisations for such a programme; or directly pays firms to serve as neutrals; or orchestrates voluntary mediations; or refers parties to neutrals (whether selected by the court or by the parties) who charge; this last is the general English model, and furthermore, the parties select the neutral.

³⁶ Lord Phillips, ‘Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint’ (Judicial Communications office, London, 29 March 2008): http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/6BBEAB74-204A-4AED-AC83-0624CC358794/0/lcj_adr_india_290308.pdf

³⁷ A Clarke, ‘The Future of Civil Mediation’ (Civil Mediation Council, London, May 2008: http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/927B0C45-8C4D-4A3B-BDF7-5FEB7D8A0D1B/0/mr_mediation_conference_may08.pdf

³⁸ Neil Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003), 3.13 to 3.18, 23.07, 26.63 to 26.66; for an empirical study, T Goriely, R Moorhead and P Abrams, *More Civil Justice? The Impact of the Woolf Reforms on Pre-Action Behaviour* (Law Society and Civil Justice Council, 2001).

³⁹ Practice Direction-Protocols, para 4.7.

⁴⁰ L Soc Gaz (2005) (16 June) 38-9.

The procedural code in fact proclaims that proceedings before the civil courts should be regarded as a matter of last resort to be pursued only when more civilised and ‘proportionate’ techniques have failed or could never be made to work. The CPR states that: ‘the courts increasingly take the view that litigation should be a last resort, and that claims should not be issued prematurely when a settlement is still likely. Therefore, the parties should consider whether some form of alternative dispute settlement would be more suitable than litigation, and if so, endeavour to agree which form to adopt.’⁴¹ There is also a general ‘tick box’ invitation in the Allocation Questionnaire (a procedural step occurring towards the beginning of court proceedings), enabling each party to indicate whether mediation might be an option.

Furthermore, the court system encourages pursuit of mediation. The English courts’ overall responsibility to administer civil justice includes ‘helping the parties to settle the whole or part of the case’⁴² and ‘encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate.’⁴³ In addition to the ‘tick box’ mechanism contained in the Allocation Questionnaire (see preceding paragraph), resort to mediation is a question of direct communication between a judge (notably during the pre-trial stages, but occasionally after judgment during the process of giving permission to appeal).

Leverage to consider and to pursue mediation takes the form of a ‘stay’ upon current proceedings or the threat of an adverse costs order. Even in the absence of a mediation agreement, an English court can direct that the proceedings be stayed for a month at a time⁴⁴ while the parties pursue ADR or other settlement negotiations⁴⁵. A stay merely places the proceedings in a state of suspense. Proceedings can be resumed when this becomes appropriate. The stay can be issued either at the parties’ request or on the initiative of the court. The matter is subject to the court’s discretion. There is no automatic right to a stay.

⁴¹ ‘Practice Direction-Protocols’ 4.7.

⁴² CPR 1.4(2)(f).

⁴³ CPR 1.4(2)(e); Chancery Guide (2005), ch 17; *The Admiralty and Commercial Courts Guide* (9th edn, 2011), section G and appendix 7 (available on the CPR webpage under ‘Guides’).

⁴⁴ CPR 26.4(3).

⁴⁵ CPR 3.1(2)(f); CPR 26.4(1)(2).

However, this does not involve heavy-handed judicial insistence on mediation. Instead the English position involves selective judicial recommendation of mediation, normally after one party has requested mediation⁴⁶.

In the Commercial Court (a part of the Queen's Bench Division, in the High Court), the practice is that a judge will not require the parties to mediate unless one party makes such a request and the suggestion seems to the judge to be reasonable. Parties to litigation in that court are regarded as 'sophisticated'. They enjoy legal advice concerning the range of dispute-resolution available to them. It would be unduly heavy-handed, therefore, for a judge to insist on a stay if neither party has an interest in mediation (2009 conversation with a Commercial Court judge). However, wider language appears in the *Admiralty and Commercial Court Guide* (2011), which does not rule out judicial initiative⁴⁷: 'The Commercial Judges will in appropriate cases invite the parties to consider whether their dispute, or particular issues in it, could be resolved through ADR.' Where mediation seems appropriate, the court has devised a formula (rather misleadingly called an 'ADR Order') designed to achieve consensus on the nomination of a mediator, and to require reasons to be given to the court for failure to proceed to mediation⁴⁸.

⁴⁶ For sceptical discussion of any form of mandating or coercing resort to mediation, Matthew Brunsdon-Tully 'There is an A in ADR but Does Anyone Know What it Means Anymore?' (2009) CJK 218-36.

⁴⁷ *The Admiralty and Commercial Courts Guide* (9th edn, 2011), at G1.3.

⁴⁸ *ibid*, Appendix 7. It provides: *On or before [*] the parties shall exchange lists of 3 neutral individuals who are available to conduct ADR procedures in this case prior to [*]. Each party may [in addition] [in the alternative] provide a list identifying the constitution of one or more panels of neutral individuals who are available to conduct ADR procedures in this case prior to [*]. On or before [*] the parties shall in good faith endeavour to agree a neutral individual or panel from the lists so exchanged and provided. Failing such agreement by [*] the Case Management Conference will be restored to enable the Court to facilitate agreement on a neutral individual or panel. The parties shall take such serious steps as they may be advised to resolve their disputes by ADR procedures before the neutral individual or panel so chosen by no later than [*]. If the case is not finally settled, the parties shall inform the Court by letter prior to [disclosure of documents/exchange of witness statements/exchange of experts' reports] what steps towards ADR have been taken and (without prejudice to matters of privilege) why such steps have failed. If the parties have failed to initiate ADR procedures the Case Management Conference is to be restored for further consideration of the case. In Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [30], Dyson LJ explained: 'An ADR order made in the Admiralty and Commercial Court in the form set out in Appendix 7 to the Guide is the strongest form of encouragement. It requires the parties to exchange lists of neutral individuals who are available to conduct 'ADR procedures', to endeavour in good faith to agree a neutral individual or panel and to take 'such serious steps as they may be advised to resolve their disputes by ADR procedures before the neutral individual or panel so chosen'. The order also provides that if the case is not settled, 'the parties shall inform the court < what steps towards ADR have been taken and (without prejudice to matters of privilege) why such steps have failed'. It is to be noted, however, that this form of order stops short of actually compelling the parties to undertake an ADR.'*

English courts are prepared, where appropriate, to register censure of a party's unreasonable refusal to engage in mediation. That refusal might be failure to accede to the opponent's call for mediation, or the court's own suggestion that mediation be contemplated. Indeed in the Court of Appeal in the *McMillan* case (2004) said that if both parties to an appeal spurn the judicial recommendation that mediation be considered, and instead they proceed straight to appeal without attempting mediation, each party will bear its own costs for that stage of the proceeding, with no opportunity for costs-shifting in favour of the victorious party to the appeal⁴⁹.

In determining the unreasonableness of a party's refusal to pursue mediation, the Court of Appeal in *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* (2004) listed the following criteria:⁵⁰ ‘*the nature of the dispute; the merits of the case; the extent to which other settlement methods have been attempted; whether the costs of the ADR would be disproportionately high; whether any delay in setting up and attending the ADR would be prejudicial; whether the ADR had a reasonable prospect of success.*’

It will be more common to apply a costs sanction against a party who not only refused to consider mediation but who also lost the substantive case (or appeal). This type of ‘refusenik’ might be ordered⁵¹ to pay the other side's costs on an ‘indemnity basis’ rather than ‘standard basis’ (indemnity costs, although not punitive, are a full measure of compensatory costs; whereas standard basis costs are a substantial but incomplete measure of such compensation; and the difference between the two measures can be very large, given the high levels of costs incurred by parties in England)⁵².

As for costs sanctions against a party who has clearly won the relevant court proceedings, the ‘mediation offeror’ (who has lost the case) will bear the burden of

⁴⁹ *McMillan Williams v. Range* [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858, per Ward LJ: ‘[29] Tuckey LJ gave this [direction] to the parties when he granted permission to appeal: ‘The costs of further litigating this dispute will be disproportionate to the amount at stake. ADR is strongly recommended.’ <The parties should have written to each other along the lines that, ‘Lord Justice Tuckey has very sensibly suggested ADR. My client thinks that is a splendid idea. Please can we get on with it as soon and as cheaply as possible?’ ...*30+ ... In my judgment this is a case where we should condemn the posturing and jockeying for position taken by each side of this dispute and thus direct that each side pay its own costs of their frolic in the Court of Appeal. I would allow the appeal with no order for costs.’

⁵⁰ [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [16] ff; for a strong application of this costs regime, in which the *Halsey* criteria were fully considered, *P4 Ltd v. Unite Integrated Solutions plc* [2006] EWHC 2924 (TCC), Ramsey J.

⁵¹ *Virani Ltd v. Manuel Revert y Cia SA* *2003+ EWCA Civ 1651; *2004+ 2 Lloyd's Rep 14.

⁵² On the difference between standard basis and indemnity costs, Neil Andrews, *The Modern Civil Process* (Tübingen, Germany, 2008), 9.12.

showing on the balance of probabilities that the mediation would have had a reasonable prospect of success, assuming the mediation offeree (who eventually won the case) would have participated in the mediation in a co-operative manner⁵³. Satisfying this burden of proof will be an uphill task.

And so the question of a costs sanction against a victorious party is more likely to arise when the party to be sanctioned has rejected a judicial recommendation for mediation (as distinct from a suggestion made by the other side). In this context, robust costs sanctions are likely to be applied if the court (notably the Court of Appeal), when granting permission to appeal, has indicated that the parties should consider mediation. If one party fails to respond positively to such a judicial recommendation, the appeal court, when considering the question of costs at the conclusion of the appeal, might deny that party the costs of the appeal even if he has been successful on the merits of the appeal. In both *Dunnett v. Railtrack plc* (2002)⁵⁴ and *McMillan Williams v. Range* (2004)⁵⁵ a member of the Court of Appeal (Schiemann LJ in the *Dunnett* case, and Tuckey LJ in the *McMillan* case) issued an unsolicited recommendation that, instead of proceeding straight to appeal, both parties should pursue mediation. Dyson LJ in the *Halsey* case (2004) also noted the special status of a judicial recommendation:⁵⁶ ‘*Where a successful party refuses to agree to ADR despite the court's encouragement, that is a factor which the court will take into account when deciding whether his refusal was unreasonable. The court's encouragement may take different forms. The stronger the encouragement, the easier it will be for the unsuccessful party to discharge the burden of showing that the successful party's refusal was unreasonable.*’

It is submitted that costs sanctions are unjustified if the relevant party to the appeal convinces the court that he has considered properly the opportunity to mediate but he has then chosen to bring or respond to the appeal for objectively satisfactory reasons. Once the court is satisfied that the party did properly consider the mediation option, there should be no scope for sanctions. The party who succeeds in the appeal (the appellant if the appeal is successful, or the respondent if the appeal fails) should receive the costs of that appeal from the defeated opponent, in accordance with the costs-shifting principle: to ‘sanction’ him for failure to attend or participate in a

⁵³ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002.

⁵⁴ [2002] 1 WLR 2434, CA, at [13] ff.

⁵⁵ [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858, at [29], [30].

⁵⁶ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [29].

mediation is both heavy-handed and unprincipled. Similarly, the defeated opponent should be ordered to pay costs on the standard basis, and not (by way of ‘sanction’) on the higher indemnity basis.

VII. MEDIATION SCEPTICISM:

There are two arguments. The first is the sound and incontestable argument that mediation has its limits. The second is the bolder and controversial assertion that mediation should be treated with distrust.

As for the first argument, it must be accepted that mediation is possible only if both parties are willing to discuss their dispute, to examine the merits of their position in good faith, and ultimately to consider making concessions, whether tactical or magnanimous. Traditional court litigation will continue because it offers a strong form of dispute-resolution. The court’s coercive powers are indispensable in some contexts, especially in claims against fraudulent or unco-operative persons. Moreover, court litigation also embodies many values, notably the principle of publicly accessible proceedings and reasoned decisions.

But then one must address the second argument. Banging the kettle drums of ‘rights’, ‘entitlement’, and ‘perfect procedural justice’, some oppose the growth of mediation. The gist of their opposition is the suggestion that mediation is an insidious phenomenon, that Government is promoting it for reasons of parsimony (saving expenditure on the more expensive system of court justice), and that it is apt to undermine people’s true rights⁵⁷.

Colleagues in, for example, Germany and Italy are surprised by the Anglo-American tradition of very high levels of pre-trial settlement and the relative paucity of adjudication by courts on the merits. And within the Anglo-American academic community, there have been strong criticisms of the trend towards privatised methods of

⁵⁷ H Genn, *Judging Civil Justice* (Cambridge University Press, 2010), ch’s 1 to 3; H Genn, ‘Understanding Civil Justice’ (1997) 50 CLP 155, 186-7 and Peter L Murray (Harvard), ‘The Privatization of Civil Justice’ (2007) 12 ZZP Int 283-303 (*Zeitschrift Für Zivilprozess International: Germany*); Peter L Murray, ‘Mediation and Civil Justice: A Public-Private Partnership?’ (2009) 14 ZZP Int 241; E Thornburg, ‘Reaping What we Sow: Anti-Litigation Rhetoric, Limited Budgets, and Declining Support for Civil Courts’ (2011) 30 CJQ 74.

promoting settlement by ordinary negotiation or procuring such compromises following mediation.

In particular, in her 2008 Hamlyn Lectures, Hazel Genn⁵⁸ criticised the assumption that mediation delivers ‘justice’. She prefers the view that mediation involves loss of the opportunity to receive substantive justice through the court system:⁵⁹ ‘*What mediation is offering is simply the opportunity to discount [legal claims] in order to be spared the presumed misery and uncertainty of the adjudication process.*’ Genn questions whether it should be government policy to augment the business of mediators and to reduce court lists. This is her important conclusion⁶⁰:

‘there is an interdependency between courts as publicisers of rules backed by coercive power, and the practice of ADR and settlement more generally. Without the background threat of coercion, disputing parties cannot be brought to the negotiating table. Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping. A well-functioning civil justice system should offer a choice of dispute resolution methods.’ And she adds: ‘We need modern, efficient civil courts with appropriate procedures that offer affordable processes for those who would choose judicial determination. This is not impossible. But it requires recognition of the social and economic value of civil justice, an acknowledgement that some cases need to be adjudicated, and a vision for reform that addresses perceived shortcomings rather than simply driving cases away.’

Another vigorous and long-standing opponent of the modern rush towards privatised justice is Owen Fiss (Yale Law School). In his polemic, ‘Against Settlement’ (1984), he wrote⁶¹: ‘*Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority...Although dockets are trimmed, justice may not be done.*’ He added: ‘*Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the condition of mass society and should be neither encouraged nor praised.*’

⁵⁸ H Genn, *Judging Civil Justice* (Cambridge University Press, 2010), ch 3.

⁵⁹ *ibid*, 119.

⁶⁰ *ibid*, 125.

⁶¹ (1984) Yale LJ 1073; re-printed in D Galligan (ed), *Procedure* (Dartmouth, 1992) ch 16; see also O Fiss, *The Law As It Could Be* (New York, 2003). For references to the debate which Fiss’s 1984 article engendered in the US, O Fiss and J Resnik, *Adjudication and Its Alternatives* (Foundation Press, New York, 2003), 481, 488; and see J Resnik, ‘For Owen M Fiss: Some Reflections on the Triumph and Death of Adjudication’ (2003) 58 Miami U L Rev 173.

Certainly, the process of settlement is not perfect. Possible objections to settlement (including mediated settlements) are⁶²: (1) parties to settlement might not fully understand their respective positions; (2) the parties might be significantly unequal in various ways; (3) a party might have procured the settlement by underhand dealing⁶³; (4) a party's full civil entitlement should not be reduced by compromise⁶⁴; (5) assessment of the 'merits' must be measured, precise, and exacting⁶⁵; (6) the public search-light at trial should be shone upon serious wrongdoing.

As for factors (1) to (5), Hazel Genn has said: '*studies highlight the ways in which power influences the outcome of settlement negotiations*<Factors which are important are: legal intelligence—getting the right lawyers and experts; financial resources-paying for the [same]; and having the psychological, social, and economic ability to endure litigation.'⁶⁶

As for the sixth of these considerations, the openness of civil trial, an American commentator, Paul Carrington, has said: '*...what people bring to court is the refuse of our national and community life. Mendacity, greed, brutality, sloth, and neglect are the materials with which we work...*'⁶⁷

⁶² For a convenient collection of literature addressing these points, H Genn, 'Understanding Civil Justice' (1997) 50 CLP 155, 186-7.

⁶³ eg, an aggrieved party to a compromise 'threw the contractual book' at the opponent, in an attempt to overturn the compromise, *Halpern v. Halpern (No 2)* [2007] EWCA Civ 291 (distribution of estate among family members; allegation that not all relevant assets were revealed and that the compromise should be regarded as vitiated on numerous suggested grounds; the report at [2007] 3 All ER 478 concerns a specific aspect of the case; consult the online version at [1] ff for the numerous contractual challenges); cf also for an allegation that a mediated settlement had been procured by duress, *Farm Assist Limited (in liquidation) v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No 2)* (2009) [2009] EWHC 1102 (TCC); [2009] BLR 399; 125 Con LR 154.

⁶⁴ One of Jeremy Bentham's anxieties: S Roberts, 'Settlement as Civil Justice' (2000) 63 MLR 739, 743 n 11, W Twining, 'Alternatives to What?' (1993) 56 MLR 380, 384 (examining various theorists' accounts of the civil process, notably, Bentham, Llewellyn, Fuller, and Damaska).

⁶⁵ For a stimulating account of accuracy and legality, JA Jolowicz, 'The dilemmas of civil litigation' in *On Civil Procedure* (Cambridge UP, 2000) ch 4.

⁶⁶ H Genn, 'Understanding Civil Justice' (1997) 50 CLP 155, 179; see also H Genn, *Hard Bargaining: Out of Court Settlement in Personal Injury Actions* (Oxford UP, 1987) (reviewed Neil Andrews [1989] CLJ 506 and other studies cited Genn (1997) *ibid*); see also H Genn, *The Paths to Justice: What People Do and Think About Going to Law* (Hart, Oxford, 1999); H Genn, 'Court-Based ADR Initiatives for Non-Family Civil Disputes: The Commercial Court and the Court of Appeal' (Department for Constitutional Affairs Research Reports 1/2002, 2002): www.hmcourts-service.gov.uk/docs/adr_initiatives.pdf (this last piece in examined briefly in Section 5 of the author's paper on the Commercial Court and case Management).

⁶⁷ Paul D Carrington, 'Teaching Civil Procedure: A Retrospective View' (1999) 49 Jo of Leg Educ 311, at 328.

Sir Jack Jacob, writing in 1985, before the ADR movement had made a serious impact in mainstream English civil justice, endorsed the ideal of open access to courts for the widest range of disputes⁶⁸: ‘*It should be a fundamental aim of civil justice to open wide the gates of the Halls of Justice and to provide adequate and effective methods and measures, practices and procedures, reliefs and remedies, to deal with all justiciable claims and complaints.*’ He added: ‘*Such an aim would produce greater harmony and concord in society and increase the understanding and respect of the community for law and the system of civil justice.*’

But this court-centred view seems debatable. England has not adopted Jacob’s aim. Avoidance of litigation and encouragement of pre-trial settlement are the bed-rock assumptions of the modern civil system of justice.

Nevertheless, one must acknowledge that it would be regrettable if matters can always be conveniently swept under the carpet by a last-minute settlement designed to avoid adverse publicity. Here are some examples taken from modern Britain: a senior female police-woman complains that her rise within the hierarchy has been obstructed by sexual discrimination⁶⁹; a family wishes to complain that their son’s suicide within the British armed forces was the result of bullying by fellow soldiers⁷⁰; a car-dealer’s standard-term warranty for repair of new vehicles is mischievously declared to have been ‘forfeited’ for a reason which is no longer tenable under competition law⁷¹; a tenant has failed for many years to induce his landlord, a large charity, to satisfy its

⁶⁸ JIH Jacob, ‘Justice Between Man and Man’ (1984) 34 *Jo of Legal Education* 268 (cited H Genn, ‘Understanding Civil Justice’ (1997) 50 *CLP* 155, 185-6; Genn suggests that ‘our future prosperity has more to do with what is going on in offices and factories in the Far East than with whether Lord Woolf’s fast track will achieve its objectives.’ cf also Jacob’s statement in ‘Access to Justice in England’, by the same author, *The Reform of Civil Procedural Law* (London, 1982), 125, 126-7: ‘In a civilised society, there should be no room for barriers to justice, no second-class access to justice, just as there should be no second-class justice’ (re-printing of his contribution to M Cappelletti and B Garth, *Access to Justice, a World Survey* (Guiffree and Sijthoff, Italy, 1978) vol 1, bk 1); and Jacob’s later statement in *The Fabric of English Civil Justice* (1987) 277, ‘..there should be, not only equality before the law, but equality of access to the law and legal services<alike for rich and poor and those of moderate means, and that such access should extend to all civil claims and defences at all levels of the judicial process, without regard to the nature of the dispute or complaint or the relief or remedy claimed.’

⁶⁹ See the ‘Halford’ affair, July 1992, discussed Neil Andrews, *Principles of Civil Procedure* (London, 1994), 26.

⁷⁰ Such complaints have received publicity: for Parliamentary comment in 2006 on a QC’s report into one set of incidents, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldhansrd/pdvn/lds06/text/60329-05.htm>.

⁷¹ Typically, customer’s garage failing to fit replacement mechanical part bearing manufacturer’s ‘logo’, even though part in fact fitted has same objective specification as the manufacturer’s named part; facts told to the author: for the legal background to this, see the Office of Fair Trading’s comments at <http://www.offt.gov.uk/News/Press+releases/2003/PN+170-03.htm>.

repair obligations, and it appears that there have been similar complaints by other tenants against this landlord⁷².

Sometimes statute prohibits exclusion of formal recourse to state-administered courts or tribunals. Thus in *Clyde & Co v. Bates van Winkelhof* (2011)⁷³ the (English) High Court refused to uphold a clause requiring a partner in a law firm to refer any disputes or differences arising from her work for the firm to mediation and then to arbitration. The partner had brought complaints to an Employment Tribunal alleging various statutory breaches by her law firm of equality law, and seeking compensation. Statute⁷⁴ clearly precludes 'contracting out' from this open and public system of adjudication before a tribunal. By contrast, in *Fulham FC (1987) Ltd v. Richards* (2010)⁷⁵ Vos J held that a wide arbitration agreement could cover a dispute arising from a transfer of a football play club. The agreement to arbitrate did not infringe any element of public policy. Therefore, Vos J decided to stay related court proceedings, commenced under the Companies legislation to challenge the activities of the relevant company officials.

VIII. CONCLUDING REMARKS:

The law and practice of mediation in England can already be described as developed, indeed sophisticated. Amongst the array of topics considered in this paper, the following nine points demand to be highlighted.

(1) Already mediation has become popular in England, and this is likely to increase for two reasons.

(2) First, many disputants now recognise that mediation is often more attractive than the formal processes of court adjudication or arbitration. These are the private vectors which drive demand for mediation. Because these are spontaneous responses by disputants, based on their private assessment of the merits of this style of dispute resolution, these factors have been called 'organic' in this paper.

(3) However, reinforcing these private and organic factors are the various forms of institutional support for the movement towards mediation.

⁷² Examples must be legion; eg, *English Churches Housing Group v. Shine* [2004] EWCA Civ 434.

⁷³ [2011] EWHC 668 (QB), Slade J.

⁷⁴ Equality Act 2010, s 120 and the Equality Rights Act 1996, s 203.

⁷⁵ [2010] EWHC 3111 (Ch); [2011] 2 All ER 112.

(4) Government is now actively promoting mediation. This is the process of official proselytizing and cajoling. However, mediation should not be imposed on parties if it is evident that there is insufficient shared willingness to engage in constructive discussion.

(5) State-controlled courts can support and promote the private processes of mediation and arbitration.

(6) In England this encouragement involves selective judicial recommendation of mediation.

(7) The English courts also subject disputants to the general threat of adverse costs awards if parties unreasonably spurn sensible mediation overtures made by the opponent or by the court.

(8) England has moved beyond any sense that mediation is an impoverished or 'second-best' form of civil justice. Within a mature system of civil justice there is a place for both formal and informal processes.

(9) To express this interaction between the public and private forms of civil justice, the author has elsewhere suggested, in lectures given in Pavia (2009)⁷⁶, Sao Paulo, Curitiba (2010) and Rio (2011), that a helpful metaphor might be 'Civil Justice's Double Helix'⁷⁷. The metaphor expresses the idea that one strand—consisting of ADR, including arbitration and mediation—and the other strand—the court process—are complementary and entwined. Together the two strands of the public court process and the alternative forms of private dispute resolution have considerable strength.

⁷⁶ Neil Andrews, 'The Modern Civil Process in England: Links between Private and Public Forms of Dispute Resolution' (2009) 14 *ZZP Int Zeitschrift für Zivilprozess International: Germany* 3-32 also translated as 'La 'Doppia Elica' della Giustizia Civile: I Legami tra Metodi Privati e Pubblici di Risoluzione delle Controversie' in *Rivista Trimetrale di Diritto e Procedura Civile* (2010) 529-48 (I am grateful to Elisabetta Silvestri, Pavia, for this excellent translation).

⁷⁷ The 'Double Helix' structure of DNA was discovered by Francis Crick and James Dewey Watson (Nobel Prize 1962); the latter is an Honorary Fellow of Clare College, Cambridge, where the author is a Fellow; and there is a sculpture of the Double Helix within the college's grounds.

O PODER-DEVER DO ESTADO DE FAZER ACORDO EM JUÍZO

Pedro Gomes de Queiroz

Pós-Graduando *Lato Sensu* em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade analisar os fundamentos do poder-dever da Administração Pública de celebrar acordo em juízo com o particular, quando os direitos deste se mostrarem evidentes e analisar as consequências do não atendimento deste dever.

Abstract: This paper aims to analyse the fundamentals of the possibility/ duty of the State in making settlement during a judicial proceeding when the right of the private person is evident and to analyse the consequences of the non accomplishment of this duty.

Palavras-chave: Administração Pública. Acordo. Acesso à Justiça. Princípio da Lealdade Processual. Litigância de má-fé.

Keywords: Public Administration. Settlement. Access to Justice. Principle of Loyalty. Miscarriage of Justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. O poder-dever do Estado de fazer acordo em juízo. 3. A distinção entre direitos primários e secundários do Estado. 4. A conciliação judicial e extrajudicial em matéria tributária na Itália hoje 5. Considerações finais.

1. Introdução:

A habitual litigância temerária do Estado brasileiro, principalmente quando este integra o polo passivo da relação jurídica processual, constitui um sério obstáculo para o acesso ao Direito pelos administrados. Por outro lado, é um óbice para o acesso à Justiça de todos os cidadãos, já que contribui para o acúmulo de processos no Judiciário, tornando a prestação jurisdicional mais lenta para todos. Nesse sentido, o professor Leonardo Greco nos traz a notícia de que aproximadamente oitenta e cinco por cento dos recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça têm como uma das partes o Estado.¹

Segundo o professor Leonardo Greco, os governantes brasileiros possuem, em sua maioria, uma visão deformada do processo judicial, já que o consideram uma forma de procrastinar o cumprimento das obrigações do Estado para com os cidadãos.²

Leonardo Greco defende que o Estado brasileiro precisa implantar, fora do processo judicial, uma política pública de prevenção e solução de litígios, que deve começar pela internalização administrativa das divergências entre os particulares e o Poder Público e a criação no serviço público de uma nova cultura de respeito e satisfação aos direitos dos cidadãos.³

Segundo este importante doutrinador, os funcionários públicos têm, em geral, a ideia errada de que o administrador honesto é o que diz “não” ao cidadão.⁴ De acordo com esta concepção, a suspeita de corrupção sempre recai sobre o servidor que disse “sim”, ou seja, que reconheceu um direito do administrado.⁵ Para Leonardo Greco, os administradores públicos brasileiros perderam a noção de que a Administração presta

¹ GRECO, Leonardo. Princípios de uma Teoria Geral dos Recursos. In **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ – REDP**. v. V. ISSN 1982-7636. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 12 abr. 2012, p.59.

² GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p.6.

³ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p.59.

⁴ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p.59.

⁵ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p.59.

serviços públicos e que, portanto, estes têm de ser oferecidos e organizados em benefício dos cidadãos, e não em benefício da própria Administração.⁶

Segundo Leonardo Greco, se a União revertesse tudo o que gasta para defender-se em juízo em um eficiente atendimento ao particular, orientando os seus advogados a reconhecerem, no balcão de atendimento ao público, os direitos daqueles que têm razão, reduzir-se-ia consideravelmente a litigiosidade que sobrecarrega as instâncias judiciais.⁷

2. O poder-dever do Estado de fazer acordo em juízo:

O dever de não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento, tipificado no art.14, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973 se impõe também ao Estado, que deve se abster de resistir à pretensão dos particulares que vêm a juízo pleitear seus direitos subjetivos, quando tais direitos derivarem de interpretação legítima das normas jurídicas vigentes, seus fatos constitutivos se encontrarem cabalmente provados e não existirem, *in concreto*, quaisquer fatos impeditivos, modificativos ou extintivos a alegar e provar. Nesses casos, os artigos 1º e 1º-A, 1º-B, 1º-C e 2º da Lei 9.469/1997, com a redação da Lei 11.941/2009, permitem que o procurador que representa a União, suas autarquias e empresas públicas em juízo reconheça a procedência do pedido (art.269, II, CPC/1973) ou realize transação (art. 269, III, CPC/1973), desde que seja autorizado a tanto pela autoridade competente. Assim dispõem os mencionados artigos da Lei 9.469/1997:

“Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência

⁶ GRECO, Leonardo. Op. cit., p.59.

⁷ GRECO, Leonardo. Op. cit., p.59.

estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

§2º (Revogado pela Lei 12.348/2010).

§3º As competências previstas neste artigo podem ser delegadas.

Art. 1º-A. O Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à Dívida Ativa da União e aos processos em que a União seja autora, ré, assistente ou oponente cuja representação judicial seja atribuída à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Art. 1º-B. Os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, réis, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

Parágrafo único. Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o disposto no *caput*, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, excluído o caso das empresas públicas não dependentes que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

Art. 1º-C. Verificada a prescrição do crédito, o representante judicial da União, das autarquias e fundações públicas federais não efetivará a inscrição em dívida ativa dos créditos, não procederá ao ajuizamento, não recorrerá e desistirá dos recursos já interpostos.

Art. 2º. O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e os dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos do processo judicial, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 30 (trinta).

§ 1º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 2º Inadimplida qualquer parcela, pelo prazo de trinta dias, instaura-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo.”⁸

O parágrafo único do art.10 da Lei 10.259/2001 autoriza os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.⁹ Já o parágrafo único do art.11 da Lei 10.259/2001 estabelece que para a audiência de composição dos danos resultantes de ilícito criminal, de que tratam os artigos 71, 72 e 74 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, o representante da entidade que

⁸ BRASIL. Lei 9.469/1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em 11 abr. 2012.

⁹ “Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.” BRASIL. Lei 10.259/2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em 11 abr. 2012.

comparecer terá poderes para acordar, desistir ou transigir, na forma do art. 10 da Lei 10.259/2001.¹⁰

O art. 8º da Lei 12.153/2009 que trata dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual também permite aos representantes judiciais dos réus¹¹ presentes à audiência conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.¹²

No caso dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual, o representante judicial da Fazenda Pública não precisa da autorização de qualquer autoridade superior para poder conciliar, transigir ou desistir da ação. Infelizmente, muitas causas de valor igual ou inferior a 60 (sessenta) salários mínimos encontram-se fora da competência dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados da Fazenda Pública.¹³ Nesses casos, será necessária a autorização da autoridade superior competente.

¹⁰ BRASIL. Lei 10.259/2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em 11 abr. 2012.

¹¹ “Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública: (...) II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.” BRASIL. Lei 10.259/2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em 11 abr. 2012.

¹² “Art. 8º Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.” BRASIL. Lei 10.259/2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em 11 abr. 2012.

¹³ “Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput.

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.” BRASIL. Lei 10.259/2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em 11 abr. 2012.

Não somente o Judiciário deve velar pela efetividade da garantia da duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII, CF/1988), mas também os poderes Executivo e Legislativo devem fazê-lo.¹⁴

Importa salientar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como o princípio da indisponibilidade do interesse público, não impedem a realização de acordos por parte do Estado no que se refere a seus interesses puramente patrimoniais.

3. A distinção entre interesses primários e secundários do Estado:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵ distingue dois graus de interesse público: o *substantivo (ou primário)*, que diz respeito aos fins visados pela administração, e o *adjetivo (ou secundário)*, que diz respeito aos meios disponíveis para atingi-lo. Para este renomado doutrinador, somente o interesse substantivo (ou primário) é indisponível.¹⁶

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷, a flexibilização do conceito de interesse público apresenta grande relevância no direito contemporâneo, pois em

“Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no **caput** deste artigo.

§ 3º (Vetado).

§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.”
BRASIL. Lei 12153/2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em 11 abr. 2012.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2011, p.27.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.90.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ibid.*, p.90.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ibid.*, p.90.

diversas circunstâncias será necessário ponderar *interesses públicos definidos em lei* com outros, igualmente protegidos, mas que lhes sejam concorrentes, visando a uma mais justa e melhor realização do Direito.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁸ cita como modernos exemplos de aplicação dessa flexibilização na satisfação de interesses antes considerados *absolutamente indisponíveis* os *acordos substitutivos*, instituto que vem sendo adotado na legislação brasileira para harmonizar a satisfação de interesses públicos com interesses individuais, coletivos ou difusos valorizados pelo Direito.

Este renomado doutrinador prossegue dizendo que após a sequência de mutações por que passou e ainda vem passando o Direito Administrativo nas últimas décadas, a *supremacia do interesse em tese* cedeu à *supremacia dos princípios fundamentais* constitucionais, garantidores dos direitos das pessoas, e a *indisponibilidade* foi reavaliada em função de interesses juridicamente protegidos ocasionalmente concorrentes com interesses públicos.¹⁹

Como consequência essa reavaliação axiológica do poder estatal restringiu o conceito de *imperatividade* apenas às hipóteses em que o Estado dela necessita e está intitulado a exercê-la para dar prevalência aos interesses legalmente dispostos como públicos e, ainda assim, desde que respeitados os limites constitucionais, passando a ter aplicação sempre que o “ato próprio” da Administração Pública, de que se cogita, se refira apenas a seus interesses patrimoniais como pessoa de direito público interno e, por isso mesmo, tidos como interesses secundários e disponíveis.²⁰

Celso Antônio Bandeira de Melo²¹ também estabelece brilhante distinção entre os interesses primários e secundários do Estado. Segundo este doutrinador, supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado é um equívoco muito grave que leva à concepção simplista e perigosa de identificar o interesse público com

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p.90.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p.91.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p.91.

²¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.65.

quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de direito público interno).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo²² uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põem-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre o interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

O mestre Celso Antônio Bandeira de Melo prossegue dizendo que o Estado personifica os interesses públicos, mas também é uma pessoa jurídica que existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito.²³ Assim, independente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa.²⁴ Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico) aos interesses de qualquer outro sujeito.²⁵ Similares, mas não são iguais.²⁶ Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.²⁷ Tal situação ocorrerá sempre que a norma da qual defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será *ipso facto*, simultaneamente a

²² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.65.

²³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.65.

²⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.65.

²⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.65-66.

²⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.66.

²⁷ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.66.

defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

Renato Alessi²⁸ doutrina que *os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos*. O autor exemplifica anotando que, enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito, o Estado poderia ter o interesse de tributar desmesuradamente os administrados, que assim enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a sociedade; que sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-os ao nível de mera subsistência, com o que refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços.²⁹ A esses exemplos, citados por Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Melo acrescenta outros, extraídos da desmandada prática administrativa brasileira: o Estado poderia ter interesse em recusar administrativamente – e até em questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado.³⁰ Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional.³¹ Com todos esses expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses a moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa.³² Em todas essas hipóteses estará agindo contra o direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir.³³ Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica.³⁴ Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental

²⁸ ALESSI, Renato. **Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 3. Ed. Milão: Giuffrè, 1960, p.197 e notas de rodapé 3 e 4. *Apud* BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.66.

²⁹ ALESSI, Renato. **Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 3. Ed. Milão: Giuffrè, 1960, p.197 e notas de rodapé 3 e 4. *Apud* BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.66-67.

³⁰ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

tem nos mesmos termos em que teria qualquer pessoa.³⁵ *Não são interesses públicos, já que não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral.*³⁶

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo³⁷, a concreta individualização dos diversos interesses jurídicos qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio direito positivo.

Com efeito, a estrutura do conceito de interesse público responde a uma categoria lógico-jurídica, que reclama tal identificação.³⁸ Inversamente, a individuação dos múltiplos interesses qualificáveis como públicos responde a conceitos jurídico-positivos.³⁹

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo⁴⁰, uma coisa é a estrutura do interesse público, e a outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante esse mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade. Vale dizer, não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que essas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico – mas aquele que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.⁴¹

Celso Antônio Bandeira de Melo defende que é a Constituição quem qualifica determinado interesse como público e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.⁴² Este doutrinador dá os seguintes exemplos: algumas ou múltiplas pessoas, talvez mesmo a maioria esmagadora, considerarão de interesse público, que haja em dado tempo e lugar monopólio estatal do petróleo, que se outorgue tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital

³⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³⁷ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³⁸ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

³⁹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.67.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.68.

⁴¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.68.

⁴² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.68.

nacional ou que se reserve a exploração mineral exclusivamente a brasileiros. Outras pessoas, sobretudo se estrangeiras ou mais obsequiosas a interesses alienígenas do que aos nacionais, pensarão exatamente o contrário. Encarada a questão de um ângulo político, sociológico, social ou patriótico, poderá assistir razão aos primeiros e não aos segundos; mas, *do ponto de vista jurídico*, será de interesse público a solução que haja sido dada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior.⁴³

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, a proteção do interesse privado *nos termos do que estiver disposto na Constituição*, é também ela um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado.⁴⁴

Assim, *é de interesse público* que o sujeito que sofrer dano por obra realizada pelo Estado seja cabalmente indenizado, como previsto no art.37, §6º, CF.⁴⁵ É de interesse público que o desapropriado receba prévia e justa indenização, a teor do art.5º, XXIV, CF.⁴⁶

Luís Roberto Barroso também adere à distinção entre interesses primários e secundários do Estado.⁴⁷ Segundo este autor, o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social.⁴⁸ Estes são os interesses de toda a sociedade.⁴⁹ Já o interesse público secundário seria, segundo Barroso, o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias.⁵⁰ Em ampla medida, é o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.⁵¹

⁴³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.68.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.68.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.68.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p.68.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público*. In **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.XIII.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., 2007, p. XIII.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., 2007, p. XIII.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., 2007, p. XIII.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Ibid., 2007, p. XIII.

Luís Roberto Barroso defende que a própria Constituição Federal de 1988 fez distinção entre interesses públicos primários e secundários, ao estabelecer as esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública.⁵² Ao primeiro caberia a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário.⁵³ Com base, ainda, nesta distinção, a CF/1988 teria consagrado a ação popular e a ação civil pública, que se prestam a tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses do ente estatal ou até dos próprios governantes.⁵⁴ Importa salientar que o Ministério Público pode celebrar Termo de Ajustamento de Conduta com uma Pessoa Jurídica de Direito Público, tendo em vista a adequação da conduta desta última às exigências legais no que diz respeito aos direitos difusos ou coletivos.⁵⁵ O Termo de Ajustamento de Conduta terá eficácia de título executivo extrajudicial nos termos do art.5º, §6º, da Lei 7.347/1985.

Embora reconheça que o Estado não pode executar os investimentos sociais e os serviços públicos que atendem o interesse público primário, sem recursos financeiros, Barroso adverte que, em nenhuma hipótese, seria legítimo sacrificar o interesse público primário para satisfazer o secundário, já que nenhuma lógica razoável poderia justificar tal inversão de prioridade.⁵⁶

Segundo Luís Roberto Barroso, em um estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados.⁵⁷ Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não pode haver qualquer dúvida.⁵⁸ Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIII – XIV.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIV.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIV.

⁵⁵ Art. 5º, § 6º, Lei 7.347/1985. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. BRASIL. Lei 7.347/1985. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 abr. 2012.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIV.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIV.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIV.

beneficiário for uma única pessoa privada.⁵⁹ Por esta razão, segundo Barroso, os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.⁶⁰

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a cláusula da *reserva do possível* não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição e que esta cláusula encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.⁶¹

Luís Roberto Barroso defende que o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular, mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental.⁶² Segundo Barroso, o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo em relação a um único cidadão.⁶³ Assim, o Estado atende o interesse público quando paga indenização pelos danos causados por viaturas da polícia a outro veículo; ou, ainda, quando conserta de um buraco de rua que traz desconforto para um único estabelecimento comercial.⁶⁴

Barroso conclui que o interesse público secundário jamais desfrutará da supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular.⁶⁵ Segundo este doutrinador, se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIV.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XIV.

⁶¹ Agravo em RE 639.337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125. No caso em comento, o STF decidiu que o argumento da falta de recursos públicos (*reserva do possível*) não poderia ser usado pelo Estado para justificar o descumprimento de seu dever de fornecer educação infantil, em creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade (art. 208, IV, CF/1988), por ser a educação infantil direito fundamental, integrante do chamado *mínimo existencial*.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XV.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XV.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XV.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XV.

ponderação adequada, a vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.⁶⁶

O interesse público primário, segundo Barroso, desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação.⁶⁷ Ele é o parâmetro da ponderação.⁶⁸ O interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores constitucionais que ao intérprete cabe preservar ou promover.⁶⁹

Um caso concreto pode envolver um confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o direito público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental.⁷⁰ A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública; o direito de propriedade pode colidir com o objetivo de se constituir um sistema justo e solidário no campo; a propriedade industrial pode significar um óbice à proteção à saúde; a justiça pode colidir com a segurança, etc.⁷¹ Na solução desse tipo de colisão, segundo Luís Roberto Barroso, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a *dignidade humana* e a *razão pública*.⁷²

Segundo Barroso, o uso da *razão pública* importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e usar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem com o resultado obtido em concreto.⁷³ O professor Barroso defende que a *razão pública* consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político.⁷⁴ Para Luís Roberto Barroso, um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XV.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

hegemônicos no momento.⁷⁵ Segundo este doutrinador, o interesse público não se identifica nem com posições estatistas nem antiestatistas, já que tais posições correspondem a doutrinas particulares como o socialismo e o liberalismo econômico.⁷⁶ Segundo Barroso, para que um direito fundamental seja restringido, em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos.⁷⁷

O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão, segundo o método proposto por Luís Roberto Barroso, é o princípio da dignidade humana.⁷⁸ A dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo.⁷⁹ Esta máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.⁸⁰ Assim, no entender de Luís Roberto Barroso, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito.⁸¹

Alexandre Santos de Aragão⁸² fala sobre a necessidade de que os argumentos jurídicos, diretamente ligados ao texto da regra específica a ser aplicada devem prevalecer sobre os argumentos metajurídicos ou mais genéricos e subjetivos, como a mera invocação do “interesse público” ou dos seus derivativos como “segurança nacional”, “combate à criminalidade”, “combate ao terrorismo”, “saúde pública”, etc.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVI – XVII.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVII.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVII.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVII.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, 2007, p. XVII.

⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos. *A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo* in **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.10.

Segundo o professor Aragão, deve ser dada prioridade aos argumentos que mais possam ser objetivamente compartilhados coletivamente, em detrimento das afirmações genéricas mais ligadas às concepções pessoais e ao perfil psicológico de cada julgador.⁸³ Isso faz com que sejam prestigiados os argumentos mais ligados ao texto da regra a ser aplicada do que os argumentos de caráter não estritamente jurídico, da mesma forma que, em um conflito entre regra e princípio da mesma hierarquia normativa, deve prevalecer aquela, que tem a natureza de uma prévia ponderação dos valores envolvidos, feita pelo poder político *a priori* legitimado para tanto, o próprio Constituinte ou o Legislador.⁸⁴ Apenas a ausência de regra constitucional ou legal específica pode abrir ao Poder Judiciário ou à Administração a possibilidade de efetuar a sua ponderação dos valores envolvidos na questão.⁸⁵

Alexandre Santos de Aragão não descarta a possibilidade de interpretações evolutivas da Constituição ou das leis, mas, segundo seu entendimento, estas devem ser sempre consentâneas com a sua letra, que constitui o início e o limite, negativo e positivo de toda interpretação.⁸⁶ Segundo Luís Roberto Barroso, as palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de ideias e significados.⁸⁷

O professor Alexandre Santos de Aragão faz uma comparação entre a interpretação do texto da norma e a interpretação musical ao dizer que a partitura de *La Marseillaise* pode ser tocada de várias formas, mas não a ponto de a transformar no Guarani, pois aí já teríamos outra canção, não mais uma das possíveis interpretações do hino nacional francês.⁸⁸ Assim, por respeito à “partitura constitucional” ou “legal”, não poderíamos admitir que uma invocação de uma “supremacia do interesse público” permitisse, respectivamente, à lei ou ao administrador, mais do que restringir, extinguir

⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ibid.*, p.10-11.

⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ibid.*, p.11.

⁸⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ibid.*, p.11.

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p.11.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.122.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p.11-12.

o conteúdo prático – conteúdo essencial – de um direito já assegurado por regra hierarquicamente superior.⁸⁹

Embora reconhecendo a importância dos valores para o ordenamento jurídico, Alexandre Santos de Aragão observa que o papel de pesar os valores em jogo no Estado de Direito é atribuído primordialmente ao Legislador ou ao Constituinte, e não ao Judiciário ou ao Executivo.⁹⁰ Assim, defende que o Judiciário deve priorizar a interpretação do texto da Constituição ou da Lei sobre suas próprias ponderações de valores, ao aplicar o direito, sem, entretanto, dar ao texto uma interpretação meramente literal.⁹¹ A interpretação pode ser gramatical, teleológica, sistemática, etc.⁹² Em outras palavras, não se trata de desprezar os valores envolvidos, mas sim de priorizar a regra constitucional ou legal que já os tenha ponderado previamente.⁹³

Em alguns casos, a própria defesa dos interesses secundários ou puramente patrimoniais do Estado pode justificar a celebração de acordo em um processo ajuizado por um particular. É o que ocorre quando a atuação do Estado em juízo será mais custosa do que o atendimento do pleito do particular. Aí devem ser levados em consideração não só as custas do processo e os honorários de sucumbência a que será condenado o Estado, caso a sentença de procedência transite em julgado, mas também, e principalmente, o tempo e o trabalho despendidos pelos procuradores da Pessoa Jurídica de Direito Público e seus auxiliares na resistência, em juízo, ao pedido do autor. Tal situação ocorrerá quando o valor do pedido for relativamente baixo. Essa foi a *ratio legis* do art.10 da Lei 10.259/2001 e do art.8º da Lei 12.153/2009 que autorizam os representantes judiciais das Pessoas Jurídicas de Direito Público a conciliarem, transigirem ou desistirem dos processos da competência dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual, respectivamente. Entretanto, as referidas leis não deveriam ter restringido a possibilidade dos procuradores das Pessoas Jurídicas de Direito Público fazerem acordo, sem a necessidade de autorização de autoridade superior, tão somente aos processos que

⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p.12.

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p.12.

⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p.12.

⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p.12.

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p.12.

correm nestes juizados. Não faz sentido a Lei 9.469/1997 exigir autorização de autoridade superior quando o valor do pedido é inferior a 60 salários mínimos, mas, por alguma razão, a competência é de Vara Federal ou de Vara de Fazenda Pública.

A Administração Fazendária da União leva em conta os custos do processo judicial em comparação com o valor a ser cobrado ao decidir pelo ajuizamento ou não de uma execução fiscal. O cotejo tem por fim evitar o prejuízo que a União sofreria ao executar judicialmente um valor relativamente baixo. Nesse sentido, o art. 1º, inciso II, da Portaria nº. 49, de 01 de abril de 2004, do Ministro de Estado da Fazenda autoriza o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).⁹⁴ Por que a União não adota a mesma postura em relação às ações ajuizadas por particulares, quando o direito alegado pelo autor se mostra evidente?

4. A conciliação judicial e extrajudicial em matéria tributária na Itália hoje:

A Itália possui interessantes e eficazes procedimentos de conciliação judicial e extrajudicial em matéria tributária, onde as autoridades fiscais têm autoridade para realizar transação, reduzindo o quantum de imposto devido pelo contribuinte, mesmo após o lançamento. Além disso, têm autoridade para reduzir multas administrativas e

⁹⁴ “**O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA**, no uso da atribuição que lhe confere o parágrafo único, inciso II, do art. 87 da Constituição da República Federativa do Brasil, e tendo em vista o disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, e no parágrafo único do art. 65 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, resolve:

Art. 1º Autorizar:

I - a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II - o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º Não se aplicam os limites de valor para inscrição e ajuizamento quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal.

§ 2º Entende-se por valor consolidado o resultante da atualização do respectivo débito originário mais os encargos e acréscimos legais ou contratuais vencidos, até a data da apuração.

§ 3º No caso de reunião de inscrições de um mesmo devedor, para os fins do limite indicado no inciso II, será considerada a soma dos débitos consolidados relativos às inscrições reunidas.

§ 4º O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, observados os critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais, poderá autorizar, mediante ato normativo, as unidades por ele indicadas a promover o ajuizamento de débitos de valor consolidado inferior ao estabelecido no inciso II. (...)”. BRASIL. **Portaria nº. 49, de 01 de abril de 2004 do Ministro de Estado da Fazenda**. DOU de 05.04.2004. Disponível em < <http://www.fazenda.gov.br/>>. Acesso em 18 abr. 2012.

sanções penais, tendo em vista a obtenção de um acordo. O principal fundamento destes institutos é o princípio da duração razoável do processo administrativo e judicial.

Giovanni Mateucci⁹⁵ relata que no caso de um ato impositivo (aviso de liquidação, aviso de lançamento, aviso de pagamento), o contribuinte que não o aprove por motivo de direito ou de valor, pode voltar-se à jurisdição tributária, enfrentando, porém, os relativos tempo e custo. Se quiser evitá-los, pode seguir estradas diversas do contencioso.

A primeira é percorrida pela Administração mesma, a qual, depois da emanção do ato, pode fazer uso do instituto da AUTOTUTELA no caso de se dar conta de que o ato impositivo é ilegítimo ou infundado (erro de pessoa, erro de cálculo, não consideração dos pagamentos já arrecadados, etc.⁹⁶ A Administração tem a faculdade de corrigi-lo ou anulá-lo, a pedido do contribuinte ou por sua própria iniciativa.⁹⁷

A AQUIESCÊNCIA⁹⁸ da parte do contribuinte ocorre quando ao receber um aviso de lançamento, ele paga o montante do imposto notificado, as penas e os juros de mora, usufruindo dos seguintes descontos:

⁹⁵ MATEUCCI, Giovanni. **Conciliazione giudiziale tributaria: alcune considerazioni**. Disponível em <<http://www.adrmaremma.it/matteucci03.pdf>>. Acesso em 17 abr. 2012.

⁹⁶ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

⁹⁷ O instituto da autotutela é disciplinado no Decreto-Lei n.564 de 30.09.1994, convertido na Lei n.656 de 31.11.1994, art. 2 *quarter*; no D. M. n.37 de 11.02.1997; na Circ. 198/98 do Ministério das Finanças e na Circ. 143/00 de 18.12.1997 da Agência das Receitas. *Apud* MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

⁹⁸ Art.15 do Decreto Legislativo n. 218 de 19.06.1997

1. Le sanzioni irrogate per le violazioni indicate nell'articolo 2, comma 5, del presente decreto, nell'articolo 71 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, e nell'articolo 50 del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 31 ottobre 1990, n. 346, sono ridotte a **((un terzo))** se il contribuente rinuncia ad impugnare l'avviso di accertamento o di liquidazione e a formulare istanza di accertamento con adesione, provvedendo a pagare, entro il termine per la proposizione del ricorso, le somme complessivamente dovute, tenuto conto della predetta riduzione in ogni caso la misura delle sanzioni non puo' essere inferiore ad un quarto dei minimi edittali previsti per le violazioni piu' gravi relative a ciascun tributo. **((12))**

2. Si applicano le disposizioni degli articoli 2, commi 3, 4 e 5, ultimo periodo, e 8, commi 2, 3 e 3-bis. Con decreto del Ministro delle finanze sono stabilite le modalita' di versamento delle somme dovute. 2-bis. Fermo restando quanto previsto dal comma 1, le sanzioni ivi indicate sono ridotte alla meta' se l'avviso di accertamento e di liquidazione non e' stato preceduto dall'invito di cui all'articolo 5 o di cui all'articolo 11. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica nei casi in cui il contribuente non abbia prestato adesione ai sensi dell'articolo 5-bis e con riferimento alle maggiori imposte e alle altre somme relative alle violazioni indicate nei processi verbali che consentono l'emissione degli accertamenti di cui all'articolo 41-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre

- diminuição a um terço (isto é, de 67%) das sanções aplicadas;
- diminuição até a metade das sanções penais;
- eliminação das sanções acessórias.⁹⁹

O instituto da AQUIESCÊNCIA se caracteriza com:

- os pagamentos, citados, efetuados dentro do prazo de proposição do recurso;
- renúncia à impugnação do aviso de lançamento e à apresentação de petição de lançamento com adesão;
- iniciativa exclusiva do contribuinte.¹⁰⁰

O LANÇAMENTO COM ADESÃO¹⁰¹, ao invés, ocorre quando, depois de um lançamento, antes ou depois da recepção do aviso, o contribuinte se declara disposto a pagar, tentando chegar a um acordo, por meio de um contraditório, relativo à quantificação da soma devida. Procura, assim, obter:

- redução do imposto;
- diminuição a um terço (isto é, de 67%) das sanções aplicadas;

1973, n. 600, e successive modificazioni, e all'articolo 54, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni.

AGGIORNAMENTO (12) La L. 13 dicembre 2010, n. 220 ha disposto (con l'art. 1, comma 21) che "Le disposizioni di cui al comma 18 si applicano con riferimento agli atti definibili emessi dagli uffici dell'Agenzia delle entrate a decorrere dal 1° febbraio 2011". ITALIA. **Decreto Legislativo n.218 de 19.06.1997.** Disponível em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-12-18&atto.codiceRedazionale=010G0242>>. Acesso em 17 abr. 2012.

⁹⁹ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹⁰⁰ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹⁰¹ Art.3 do Decreto Legislativo n. 218 de 19.06.1997

1. La definizione ha effetto per tutti i tributi di cui all'articolo 1, comma 2, dovuti dal contribuente, relativamente ai beni e ai diritti indicati in ciascun atto, denuncia o dichiarazione che ha formato oggetto di imposizione. Il valore definito vincola l'ufficio ad ogni ulteriore effetto limitatamente ai menzionati tributi. Sono escluse adesioni parziali riguardanti singoli beni o diritti contenuti nello stesso atto, denuncia o dichiarazione.

2. Se un atto contiene piu' disposizioni che non derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, ciascuna di esse, se soggetta ad autonoma imposizione, costituisce oggetto di definizione come se fosse un atto distinto.

3. A seguito della definizione, le sanzioni dovute per ciascun tributo oggetto dell'adesione si applicano nella misura di ((*un terzo*)) del minimo previsto dalla legge. ((12))

4. L'accertamento definito con adesione non e' soggetto ad impugnazione e non e' integrabile o modificabile da parte dell'ufficio.

AGGIORNAMENTO (12) La L. 13 dicembre 2010, n. 220 ha disposto (con l'art. 1, comma 21) che "Le disposizioni di cui al comma 18 si applicano con riferimento agli atti definibili emessi dagli uffici dell'Agenzia delle entrate a decorrere dal 1° febbraio 2011". ITALIA. **Decreto Legislativo n.218 de 19.06.1997.** Disponível em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-12-18&atto.codiceRedazionale=010G0242>>. Acesso em 17 abr. 2012.

- diminuição até a metade das sanções penais;
- eliminação das sanções acessórias.

O lançamento com adesão, todavia, pode ser proposto ainda pela Agência das rendas, com um convite a comparecer antes de notificar o aviso de lançamento.¹⁰² O escopo perseguido é alcançar rapidamente uma boa parte das somas que são exigidas.¹⁰³

Com os institutos aqui citados, é evitado o contencioso tributário.

Se, ao invés, o contribuinte apresentou recurso à Comissão Tributária Provincial, não além da primeira audiência, pode recorrer à CONCILIAÇÃO JUDICIAL por:

- proposta do ofício da Comissão Tributária Provincial a ambas as partes;
- iniciativa do contribuinte, Agência de Receitas, Ente Local, concessionário da cobrança.

Este instituto é disciplinado pelo art.48 do Decreto Legislativo n.546 de 31.12.1992¹⁰⁴, portanto se aplica a todos os impostos da competência das Comissões

¹⁰² MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹⁰³ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹⁰⁴ Art. 48, Decreto Legislativo n. 546 de 31.12.1992.

1. Ciascuna delle parti con l'istanza prevista dall'articolo 33, puo' proporre all'altra parte la conciliazione totale o parziale della controversia.

2. La conciliazione puo' aver luogo solo davanti alla commissione provinciale e non oltre la prima udienza, nella quale il tentativo di conciliazione puo' essere esperito d'ufficio anche dalla commissione.

3. Se la conciliazione ha luogo, viene redatto apposito processo verbale nel quale sono indicate le somme dovute a titolo d'imposta, di sanzioni e di interessi. Il processo verbale costituisce titolo per la riscossione delle somme dovute mediante versamento diretto in un'unica soluzione ovvero in forma rateale, in un massimo di otto rate trimestrali di pari importo, ovvero in un massimo di dodici rate trimestrali se le somme dovute superano i 50.000 euro ((. . .)). La conciliazione si perfeziona con il versamento, entro il termine di venti giorni dalla data di redazione del processo verbale, dell'intero importo dovuto ovvero della prima rata ((. . .)). Per le modalita' di versamento si applica l'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 28 settembre 1994, n. 592. Le predette modalita' possono essere modificate con decreto del Ministro delle finanze, di concerto con il Ministro del tesoro. ((31))

((3-bis. In caso di mancato pagamento anche di una sola delle rate diverse dalla prima entro il termine di pagamento della rata successiva, il competente ufficio dell'Agenzia delle entrate provvede all'iscrizione a ruolo delle residue somme dovute e della sanzione di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, applicata in misura doppia, sul residuo importo dovuto a titolo di tributo.)) ((31))

4. Qualora una delle parti abbia proposto la conciliazione e la stessa non abbia luogo nel corso della prima udienza, la commissione puo' assegnare un termine non superiore a sessanta giorni, per la formazione di una proposta ai sensi del comma 5.

Tributárias Provinciais e só pode ser usado até o fim da primeira audiência.¹⁰⁵ O recurso a ele não vincula as partes a renunciarem ao juízo; de fato, se não realizarem o acordo, podem bem continuar o contencioso.¹⁰⁶

A conciliação judicial tributária pode ser praticada de dois modos: “em audiência” ou “fora de audiência”:

“em audiência” – O contribuinte deposita na secretaria da Comissão Tributária Provincial uma proposta de conciliação no sentido do art.48 do decreto Legislativo n.546 de 31.12.1992 (essencialmente propondo pagar uma soma mais baixa do que aquela que estava sendo exigida) e a notifica ao Ofício que emanou o ato impositivo

5. L'ufficio puo', sino alla data di trattazione in camera di consiglio, ovvero fino alla discussione in pubblica udienza, depositare una proposta di conciliazione alla quale l'altra parte abbia previamente aderito. Se l'istanza e' presentata prima della fissazione della data di trattazione, il presidente della commissione, se ravvisa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di ammissibilita', dichiara con decreto l'estinzione del giudizio. La proposta di conciliazione ed il decreto tengono luogo del processo verbale di cui al comma 3. Il decreto e' comunicato alle parti ed il versamento dell'intero importo o della prima rata deve essere effettuato entro venti giorni dalla data della comunicazione. Nell'ipotesi in cui la conciliazione non sia ritenuta ammissibile il presidente della commissione fissa la trattazione della controversia. Il provvedimento del presidente e' depositato in segreteria entro dieci giorni dalla data di presentazione della proposta.

6. In caso di avvenuta conciliazione le sanzioni amministrative si applicano nella misura del 40 per cento delle somme irrogabili in rapporto dell'ammontare del tributo risultante dalla conciliazione medesima. In ogni caso la misura delle sanzioni non puo' essere inferiore al 40 per cento dei minimi edittali previsti per le violazioni piu' gravi relative a ciascun tributo. (11) (30)

AGGIORNAMENTO (11)

Il D.Lgs. 5 giugno 1998, n. 203 ha disposto (con l'art. 5, comma 1) che la modifica di cui al comma 6 del presente articolo ha effetto a decorrere dal 1 aprile 1998.

AGGIORNAMENTO (30)

La L. 13 dicembre 2010, n. 220 ha disposto (con l'art. 1, comma 19) che le modifiche di cui al comma 6 del presente articolo decorrono dal 1 febbraio 2011. Ha inoltre disposto (con l'art. 1, comma 22) che "Le disposizioni di cui al comma 19 si applicano ai ricorsi presentati a decorrere dal 1 febbraio 2011".

AGGIORNAMENTO (31)

Il D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, ha disposto (con l'art. 23, comma 20) che "Le disposizioni di cui ai commi da 17 a 19 non si applicano agli atti di adesione, alle definizioni ai sensi dell'articolo 15 del decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218, ed alle conciliazioni giudiziali gia' perfezionate, anche con la prestazione della garanzia, alla data di entrata in vigore del presente decreto". ITALIA. **Decreto Legislativo n. 546 de 31.12.1992**. Disponível em <www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1993-01-13&atto.codiceRedazionale=093G0007>. Acesso em 17 abr. 2012.

¹⁰⁵ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹⁰⁶ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

dentro dos 10 dias que precedem a primeira audiência de tratamento.¹⁰⁷ Tal proposta será, depois, discutida na audiência.¹⁰⁸

O Ofício, antes de cumprir esta última, pode depositar um memorial escrito, em geral de acordo com o contribuinte; em audiência será depois redigida uma ata contendo o acordo alcançado com a indicação da soma a ser paga.¹⁰⁹

Mas pode ser o próprio juiz, iniciada a primeira audiência de tratamento, a solicitar as partes a encontrar um acordo; se verificar no máximo uma disposição, suspende a audiência e a adia por um proporcional lapso de tempo.¹¹⁰

“fora da audiência” – notificado o ato impositivo ao contribuinte, interposto por parte deste último recurso junto à Comissão Tributária Provincial, o recorrente propõe um acordo ao Ofício e, alcançando-o, é o próprio Ofício, antes da primeira audiência, a depositar na secretaria da Comissão um memorial contendo os termos do acordo.¹¹¹ Na audiência, o Presidente pedirá confirmação do conteúdo do memorial e, por decreto, declarará extinto o processo.¹¹²

A CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRIBUTÁRIA comporta as seguintes vantagens:

- evita as delongas e os custos do contencioso e compensa as despesas processuais;
- pode ser parcial ou total (neste caso extingue totalmente a controvérsia com o fisco);
- pode comportar uma diminuição do imposto devido;
- reduz as sanções administrativas a 40% do seu montante, sanções que serão quantificadas em relação à importância do tributo resultante da conciliação; a sanção, todavia, não pode ser inferior a 40% do mínimo estabelecido pelas violações mais graves relativas a cada tributo;
- extingue as penas acessórias;

¹⁰⁷ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹⁰⁸ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹⁰⁹ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹⁰ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹¹ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹² MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

- diminui até a metade as penas previstas pelos crimes tributários.¹¹³

A redação da ata (para a conciliação em audiência) ou o depósito do decreto do Presidente da Comissão (conciliação fora da audiência) não concluem a *fattispecie* conciliação judicial tributária.¹¹⁴ Para que isso ocorra, o recorrente deve pagar a soma acordada em uma única prestação dentro de 20 dias da data da ata ou do depósito do decreto ou pagar, dentro do mesmo prazo, a primeira das parcelas trimestrais acordadas, em um máximo de 8, ou de 12, se o total devido é superior a 50.000,00 euros.¹¹⁵ As parcelas posteriores à primeira são majoradas pelos juros legais em decorrência do dia sucessivo à data da ata ou do depósito do decreto.¹¹⁶

A Quinta Seção Civil da Corte Suprema de Cassação da Itália decidiu, nas sentenças 9222 e 9223 de 18.04.2007, ambas com o mesmo relator, Francesco Antonio Genovese, pela aplicabilidade da conciliação judicial tributária “fora da audiência”, sustentando que essa é eficaz ainda se:

- o acordo entre a Administração e o contribuinte foi alcançado não dentro da primeira audiência mas depois, em uma das audiências de mera prorrogação;
- se o acordo entre Administração e contribuinte se refere somente ao imposto e não considera também a quantia das sanções.¹¹⁷

E isso porque a legislação em exame tem o escopo de “contribuir à deflação do contencioso tributário, inscrevendo o instituto por ela disciplinado no âmbito dos institutos de resolução alternativa das controvérsias (movimento pelas ADR) que encontrou de tal modo ingresso até mesmo nas lides fiscais. E isso em homenagem ao princípio constitucional da duração razoável do processo, que encontra aplicação mesmo no processo tributário (...). Tal imperativo, de fato, se dirige não somente ao juiz como sujeito processual, em função aceleratória, mas também e, sobretudo, ao

¹¹³ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹⁴ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹⁵ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹⁶ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹⁷ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

legislador ordinário e ao juiz como intérprete da norma processual (...) mas também a todos os protagonistas do processo, aí compreendidas as partes, (...).”¹¹⁸

Apesar da rigidez institucional da Administração Pública, os institutos de conciliação supramencionados vêm demonstrando bons resultados tanto no que se refere à resolução das lides tributárias, quanto à arrecadação de tributos. Os tributos arrecadados pela Administração financeira italiana depois de lançamentos definidos com aquiescência, adesão e conciliação judicial somavam 67 mil euros em 2003, 148 mil euros em 2004, 607 mil euros em 2005 e 995 mil euros em 2006.¹¹⁹

A conciliação judicial e extrajudicial tributaria, mesmo quanto a tributos que já foram objeto de lançamento, deveria ser adotada pelo Brasil, por lei, como forma de melhorar o acesso dos contribuintes à Ordem Jurídica Justa, mormente quando a petição inicial do processo administrativo ou judicial demonstrar claramente os fundamentos de fato e de direito do pedido e vier acompanhada de prova documental adequada. Estes institutos contribuiriam, ainda, para a diminuição do número de processos em tramitação no Poder Judiciário. Isso, como é obvio, reduziria o tempo de tramitação dos processos onde o acordo não é possível, contribuindo para o respeito ao princípio da duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII, CF/1988).

5. Considerações finais:

Caso o representante judicial da Fazenda Pública venha a alegar defesa destituída de fundamento, por não encontrar amparo no texto da Constituição ou da Lei, mas tão somente em um princípio metajurídico, como o da supremacia do interesse público sobre o particular, a pessoa jurídica pública por este representada deve ser condenada por litigância de má-fé com base nos artigos 17 e 18 do CPC, além de responder objetivamente pelos danos provocados ao administrado que foi forçado a ajuizar ação para ver seu direito atendido, com base no art.37, §6º, CF/1988. O mesmo deve ocorrer caso a Pessoa Jurídica de Direito Público venha a alegar defesa que negue fatos notórios ou cabalmente provados por meio de documentos acostados à inicial.

¹¹⁸ MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

¹¹⁹ Italia Oggi de 02.04.2007, p.12. *Apud* MATEUCCI, Giovanni. Op. cit.

Somente a responsabilização das Pessoas Jurídicas de Direito Público por sua habitual litigância de má-fé poderá dar fim a esta prática nefasta que constitui severo obstáculo para o acesso ao Direito e ao Judiciário de toda a população brasileira.

A conciliação deve ser utilizada com maior frequência como técnica alternativa de resolução de conflitos entre particulares e a Administração Pública, como forma de melhorar o acesso dos contribuintes à Ordem Jurídica Justa, mormente quando a petição inicial do processo administrativo ou judicial demonstrar claramente os fundamentos de fato e de direito do pedido e vier acompanhada de prova documental adequada. A mais frequente utilização deste instituto contribuiria, ainda, para a diminuição do número de processos em tramitação no Poder Judiciário. Essa prática, evidentemente, reduziria o tempo de tramitação dos processos onde o acordo não é possível, contribuindo para o respeito ao princípio da duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII, CF/1988).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos. *A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo* in **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1-22.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Prefácio. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público*. In **Interesses Públicos versus**

Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.VII-XVII.

BRASIL. **Lei 9.469/1997.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm. Acesso em 11 abr. 2012.

_____. **Lei 12.153/2009.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em 11 abr. 2012.

_____. **Portaria nº. 49, de 01 de abril de 2004 do Ministro de Estado da Fazenda.** Publicada no Diário Oficial da União em 05.04.2004. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/>. Acesso em 18 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 639337 AgR/ SP – São Paulo), Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

GRECO, Leonardo. Princípios de uma Teoria Geral dos Recursos. In **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ – REDP.** v. V. ISSN 1982-7636. Disponível em www.redp.com.br. Acesso em 12 abr. 2012.

ITÁLIA. **Decreto Legislativo n. 546 de 31.12.1992.** Disponível em www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1993-01-13&atto.codiceRedazionale=093G0007. Acesso em 17 abr. 2012.

_____. **Decreto Legislativo n.218 de 19.06.1997.** Disponível em <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-12-18&atto.codiceRedazionale=010G0242>. Acesso em 17 abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**.
2. Ed. São Paulo: RT, 2011.

MATEUCCI, Giovanni. **Conciliazione giudiziale tributaria: alcune considerazioni**.
Disponível em <<http://www.adrmaremma.it/matteucci03.pdf>>. Acesso em 17 abr. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed.
Rio de Janeiro: Forense, 2006.

**APLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC NO PROCESSO
TRABALHISTA**

**APPLICABILITY OF THE FEE OF THE ARTICLE 475-J OF THE BRAZILIAN
CODE OF CIVIL IN LABOR PROCEEDINGS**

Priscila Wienman Gomes

Pós graduada em Direito e Processo do Trabalho pela LFG. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Servidora da Procuradoria da República no Município de São Gonçalo/RJ.

Resumo: Diante das inovações trazidas pela Lei 11.232/2005, dúvidas surgem quanto à aplicação da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil na fase executória no que tange à discussão sobre sua natureza jurídica, a saber, sanção ou regulamentação do cumprimento de sentença, e a conseqüente viabilidade de sua aplicação no processo do trabalho como forma de efetivar as garantias constitucionais da celeridade e duração razoável do processo trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004.

Abstract: Given the innovations brought by the 11.232/2005 Federal Act, doubts about the application of the fee inserted in the article 475-J of the Brazilian Code of Civil Procedure about its legal nature (penalty or part of the enforcement procedure) remain. Furthermore, if this fee would be applicable in labor proceedings in order to assure its celerity and economy, constitutional guarantees laid down in the Constitutional Amendment nº 45/2004.

Palavras-chave: Processo do Trabalho - Cumprimento de Sentença – Multa – Artigo 475-J do Código de Processo Civil - Aplicação no Processo do Trabalho

Keywords: Labor Proceedings - Enforcement Procedure – Fee - 475-J of the Brazilian Code of Civil Procedure – Application in labor proceedings.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves Considerações sobre as Reformas Processuais Trazidas com o Advento da Lei nº 11.232/2005 na Execução. 2.1 Apontamentos sobre as Mudanças do Código de Processo Civil e seus Objetivos. 2.2 Modificações trazidas pela lei nº 11.232/2005 na execução: sincretismo processual. 3. Comentários à execução trabalhista no processo ordinário. 3.1 Considerações sobre procedimento geral executório nos processos de rito ordinário na Justiça do Trabalho. 4. A repercussão da reforma do processo de execução na Justiça do Trabalho: o art. 475-J do CPC no processo trabalhista. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO:

Há muito a doutrina e a jurisprudência têm discutido de que forma tornar os provimentos jurisdicionais mais efetivos na tutela dos direitos legal e constitucionalmente assegurados, sendo constantemente observada a preponderância dos princípios de hermenêutica constitucional aplicados às mais diversas relações jurídicas, como os princípios da boa-fé e da função social dos contratos elencados ao longo do Código Civil/2002, a própria principiologia trazida com o Código de Defesa do Consumidor e a ponderação de interesses quando dois ou mais direitos fundamentais estiverem em conflito, para citar alguns exemplos.

É nesse contexto inovador que o legislador infraconstitucional procurou consolidar nas leis processuais a busca por um processo mais célere e efetivo, isto é, que haja alguma valia sócio-econômica nas sentenças judiciais.

Nas últimas décadas, a Constituição Federal de 1988 tem diretamente influenciado às mais diversas relações jurídicas com o fundamento da dignidade da

pessoa humana, conceito indeterminado que permite sua ampla interpretação para se compatibilizar com as normas jurídicas de nosso sistema legislativo, o que tem levado a se falar não apenas em “constitucionalização do direito civil”, ou seja, na utilização direta dos princípios constitucionais nas relações cotidianas com repercussão no mundo jurídico e em seus mecanismos de defesa ou solução de conflitos, mas também em uma “constitucionalização do direito processual”, não apenas civil, mas também penal e trabalhista.

A presente pesquisa tem como finalidade, a partir da análise de artigos científicos e decisões judiciais selecionadas do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho analisar a compatibilidade e viabilidade do art. 475-J do CPC, que introduziu a incidência de multa de 10% ao devedor pelo não cumprimento voluntário da sentença condenatória no prazo de 15 dias, com o processo do trabalho ante a regulamentação própria da execução trabalhista presente nos artigos 880 a 883 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT c/c com a Lei 6830/80, haja vista que a referida multa tem caráter meramente sancionador consistente numa ferramenta a mais do juiz em encorajar o cumprimento dos provimentos jurisdicionais, não regulando a execução em si na seara do direito do trabalho.

Espera-se com este estudo contribuir para o debate acadêmico de sistematizar as ferramentas trazidas pela Lei nº 11.232/2005 na busca pela celeridade e efetividade das decisões judiciais na construção de um processo mais justo às demandas sociais.

2. Breves Considerações Sobre as Reformas Processuais Trazidas com o Advento da Lei nº 11.232/2005 na Execução:

2.1 Apontamentos sobre as Mudanças do Código de Processo Civil e Seus Objetivos:

A efetividade da tutela jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais é uma das características do Estado Democrático de Direito e que vem sido muito debatida pelo legislador infraconstitucional no que tange a compatibilizar a dinâmica social e o

legítimo direito de ação dos jurisdicionados com a duração razoável do processo. É esse o contexto das recentes reformas do Código de Processo Civil (CPC), em especial da Lei nº 11.232/2005 que regulamentou o cumprimento de sentença nos processos de conhecimento.

O processo de desburocratização do processo para um menos obtuso, estanque ou dificultoso ao jurisdicionado comum se iniciou com a Constituição Federal de 1988, ao trazer o princípio da eficiência para as atividades estatais e, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, a introdução no rol dos direitos fundamentais da garantia da duração razoável do processo e sua celeridade aos litigantes em processos administrativos ou judiciais¹, haja vista que a ideia de decisões judiciais sem concretização contribui para o sentimento de insegurança e impunidade, enfraquecendo as instituições.

Nesse diapasão, como bem relata Cândido Rangel Dinamarco²:

no direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. Fala-se no binômio custo-duração como eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vicenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito, em sugestiva imagem, que o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas (Carnelutti). Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional.

Antes da expressa previsão na Constituição Federal acerca da duração razoável do processo, já em 1994 o legislador infraconstitucional passou a introduzir no

¹ Inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal: “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)

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.140

ordenamento jurídico pátrio algumas alterações no processo objetivando torná-lo mais eficaz às demandas sociais.

Num primeiro momento, a Lei n° 8952/94 alterou o disposto no artigo 273 do CPC, introduzindo o instituto da antecipação de tutela antes do exaurimento do processo de cognição com o intuito de dar mais efetividade ao pleito requerido, bem como viabilizou a obtenção de tutela específica no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, através da reforma do art. 461 do CPC.

E, por fim, para citar apenas alguns exemplos, a introdução do art. 461-A do CPC, através da Lei n° 10.444/2002, permitiu a imposição de sanções pelo não cumprimento voluntário da condenação através da expedição de mandado de busca e apreensão e imissão na posse, caso o bem seja móvel ou imóvel.

A Lei n° 11.232/2005 vem nesse contexto de profundas reflexões à socialização do processo civil de forma a concretizar as decisões judiciais de forma compatível com a garantia da duração razoável do processo e celeridade dos jurisdicionados (processo civil constitucional), unificando-se o processo de condenação e execução (sincretismo processual), vale dizer, dentro do mesmo processo sincrético há atos tanto de natureza cognitiva quanto executória.

Como aduzido por Humberto Theodoro Junior³,

a reforma que unifica o processo de condenação e execução, cumpre com propriedade a garantia de duração razoável e observância de medidas de aceleração da prestação jurisdicional, em boa hora incluída entre as garantias fundamentais pela Emenda Constitucional 45, com a instituição do inciso LXXVIII ao art. 5° da Constituição.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de execução e cumprimento da sentença. 24ª Ed. São Paulo: Leud, 2007, p.38.

2.2. Modificações Trazidas pela Lei nº 11.232/2005 na Execução: Sincretismo Processual:

Com as reformas processuais iniciadas no ano de 2005, percebeu-se que a tendência da expansão da teoria da máxima efetivamente dos direitos fundamentais, consubstanciada na socialização das relações jurídicas, deveria também ser trazida no bojo da relação processual, já há muito defasada pela ineficácia das estruturas administrativa e de pessoal, assim como o aumento gradativo de demandas trazidas ao Judiciário.

A Lei nº 11.232/2005 introduziu o artigo 475-J ao CPC que inovou o processo de execução dos títulos judiciais (à exceção das sentenças estrangeira, arbitral ou penal condenatória) para uma fase de cumprimento de sentença, dentro do próprio processo de conhecimento sem a necessidade anterior à reforma de se promover processo autônomo de execução, a qual dispôs sobre a possibilidade de aplicação de multa processual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, ou do saldo em caso de pagamento parcial, ao devedor caso não haja o pagamento espontâneo da obrigação⁴, senão vejamos:

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.

⁴ Em linhas gerais, é oportuno apontar que antes da Lei nº 11.232/2005 o processo de conhecimento se exaurava com a sentença condenatória, devendo o credor iniciar sua execução através de outro processo (processo de execução). Esse procedimento era muito criticado pela demora na efetividade da sentença. Assim, com a reforma, o modelo Liebmaniano de processo executivo autônomo deu lugar ao sincretismo processual, isto é, da inserção da execução no bojo do processo de conhecimento como seu prolongamento.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

Percebe-se que o legislador procurou penalizar aquele que visa retardar a satisfação do crédito reconhecido por sentença judicial através da incidência dessa multa sobre o montante da condenação. Assim, sendo imutável a decisão condenatória, cabe ao devedor imediatamente satisfazer o mandamento da referida ordem jurídica, não podendo permanecer inerte, sob pena de sofrer a sanção do acréscimo do montante a ser pago para o credor, procurando-se estimular o cumprimento voluntário da sentença.

O art. 475-J do CPC, trazido com o advento da Lei 11.232/2005, procura com a imposição da multa pelo não cumprimento voluntário da sentença agilizar a prestação jurisdicional daqueles que têm de se socorrer ao Judiciário para proteger seus direitos, tornando a execução uma fase do processo sincrético denominada “cumprimento de sentença” dentro do livro do processo de conhecimento.

Sobre a natureza jurídica de sanção da multa do artigo 475-J do CPC é oportuno destacar a lição de Cássio Scarpinella Bueno⁵ :

(...)

Esta multa tem clara natureza coercitiva, vale dizer, ela serve para inculcar no espírito do devedor aquilo que a Lei nº 11.232/2005 não diz de forma clara (e, cá entre nós, talvez nenhuma lei ou, mais amplamente, ato normativo precise ou precisasse dizer) o que seja, que as decisões jurisdicionais devem ser cumpridas e acatadas de imediato, sem tergiversações, sem delongas, sem questionamentos, sem hesitações, na exata medida em que elas sejam eficazes, isto é, na exata medida em que elas surtam seus regulares efeitos. (...)

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella *in* Aspectos polêmicos da nova execução,3: de títulos judiciais.. Coord.Teresa Arruda Alvim Wambier.*Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC.*São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2006 1ª ed

Nas palavras de Hugo Filardi sobre a natureza jurídica da referida multa tem-se que:

trata-se de multa de natureza coercitiva moratória que visa compelir o executado, a antes da movimentação da máquina estatal para os atos de força e construção patrimonial, a antecipar-se à fase executória e cumprir o comando jurisdicional de forma integral. Convém destacar que o cumprimento parcial dentro do prazo de 15 dias não elide a multa, embora incidente apenas no que concerne à parcela descumprida.

Leonardo Greco⁶, em seu estudo sobre cumprimento de sentença introduz a ideia de que o cumprimento voluntário da sentença constitui num dever de lealdade do réu dentro de um processo justo e isonômico, senão vejamos:

esse dispositivo cria um novo dever processual, o de pagamento espontâneo da condenação ou do débito liquidado no prazo de quinze dias, de cujo descumprimento a referida multa é a correspondente sanção, que incidirá automaticamente pelo simples decurso do prazo, independentemente de expressa imposição pelo juiz.

Depreende-se então da leitura atenta do artigo 475-J do CPC que o legislador impôs o dever de lealdade às partes da fase do cumprimento de sentença de evitar a necessidade de impulso estatal para a realização do provimento jurisdicional, passando a ser regra expressa que o devedor tem de pagar espontaneamente a quantia ao credor em 15 dias. Em outras palavras, esse artigo veio a instituir modalidade de sanção processual pelo não cumprimento voluntário da sentença.

⁶ GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/2005. Revista Dialética de Direito Processual, n.36, p 76-77.

3. COMENTÁRIOS À EXECUÇÃO TRABALHISTA NO PROCESSO ORDINÁRIO:

3.1 Considerações Sobre Procedimento Geral Executório nos Processos de Rito Ordinário na Justiça do Trabalho:

Inicialmente, cumpre ressaltar que o processo do trabalho sempre procurou criar mecanismos que tornassem a prestação jurisdicional mais célere e menos burocratizada, em virtude da natureza dos créditos trabalhistas serem essencialmente alimentares e do trabalhador, em geral, ser hipossuficiente, inspirando, dessa forma, o direito processual comum.⁷

A regulamentação do processo de execução trabalhista encontra a hierarquia legal das expressas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e, em caso de sua omissão, a aplicação subsidiária, nesta ordem, da lei nº 6830/80 (regulamenta a execução fiscal) e o Código de Processo Civil – CPC.

A Consolidação das Leis do Trabalho- CLT prevê um capítulo destinado à execução de seus provimentos judiciais, artigos 876 a 892, tendo como cerne da regulamentação sobre o assunto os seguintes dispositivos legais:

Artigo 880 – Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito horas) ou garanta a execução, sob pena de penhora. (Redação dada pela Lei nº 11.457/2007)

⁷ Como exemplos podemos citar o pioneirismo da CLT em colocar, como regra geral, a citação via postal em detrimento da custosa diligência de citação pessoal por oficial de justiça e, em seu fracasso, na consequente citação por edital, na forma do art. 841, §3º da CLT que refletiu no CPC, art. 221, I e 222. Um outro exemplo está na instituição da audiência prévia com o intuito de se obter a conciliação entre as partes (arts 843 e 846 da CLT e art. 331 do CPC).

Artigo 889 – Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal

Depreende-se da leitura acima que o legislador trabalhista, sempre à frente da celeridade processual pela natureza das verbas em litígio ser alimentar, ficou na retaguarda dos avanços trazidos pelas reformas processuais da lei civilista no sentido de colocar a execução ainda como um processo autônomo ao determinar a expedição do mandado de citação ao executado, fato que contribui para uma maior demora na prestação jurisdicional.

A prática de se manter a autonomia do processo de execução trabalhista em detrimento do atual procedimento civil trazido pela Lei 11.232/2005 constitui num ancilamento normativo que deve ser corrigido, dando-se interpretação do processo do trabalho à luz da Constituição Federal e do novo processo civil constitucional já visto neste trabalho.

3.2 A Repercussão da Reforma do Processo de Execução na Justiça do Trabalho: o Art. 475-J do CPC no Processo Trabalhista:

As mudanças trazidas pela lei 11.232/2005 procuraram efetivar as garantias constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo, consistentes na procura por uma tutela jurisdicional mais efetiva, vale dizer, que possua utilidade sócio-econômica, principalmente na seara trabalhista em que as verbas são, em sua maioria, de natureza alimentar e, portanto, irrenunciáveis.

Assim, torna-se imperioso um processo sem entraves burocráticos e capaz de concretizar com qualidade suas decisões, próximo das demandas sociais. Esse é o contexto das reformas processuais do CPC no ano de 2005.

Pelo exposto no capítulo anterior, percebe-se que o processo do trabalho necessita de revitalização, haja vista que a hierarquia das normas a serem aplicadas em seu processo de execução, a saber, a própria CLT e a Lei 6830/90, referem-se unicamente a obrigações por quantia certa, nada dizendo sobre os demais tipos, especialmente as de fazer e não fazer.

O art. 769 da CLT permite a aplicação do CPC como regra subsidiária para suprir omissões e desde que tais regras sejam compatíveis com o processo do trabalho, hipóteses que já foram aqui demonstradas, havendo nítida e imperiosa necessidade de se adaptar o processo trabalhista à lei 11232/2005 para que a prestação jurisdicional seja eficaz e esteja em sintonia com as garantias constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo.

Apesar de seis anos de sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, nossos Tribunais têm divergido bastante acerca da aplicação do art. 475-J do CPC no processo do trabalho.

Para a corrente que dispõe sobre a compatibilidade do referido dispositivo legal na seara trabalhista, argumentam, essencialmente, que o cumprimento da sentença na execução trabalhista, pela própria natureza dos créditos alimentares envolvidos, não pode ser mais lento do que no cível, onerando mais o devedor cível (o qual provocou um dano a outrem) do que o devedor trabalhista (o qual muito mais do que o prejuízo de cunho patrimonial, há ofensa à sua dignidade, à incapacidade de prover seu próprio sustento e/ou de sua família sem as verbas salariais ventiladas na execução).

Além disso, a regulamentação da execução trabalhista não prevê instrumento coercitivo para o caso do devedor não cumprir espontaneamente a obrigação prevista em sentença condenatória, haja vista que a penhora dos bens do devedor não pode ser considerada como punição por sua desídia, mas apenas satisfação do crédito reconhecido em sentença; limitando-se a legislar o processo executivo propriamente dito, o que, de forma alguma, pretende-se ignorar tal regulamentação e aplicar-se

integralmente a execução civil no processo do trabalho, dada as especificidades de cada um. A CLT e a lei de execuções fiscais são omissas no assunto e, portanto, ensejam a aplicação subsidiária do CPC.

Além disso, os arts. 832, § 1º e 835 da CLT já sinalizam indício de sincretismo processual ao dispor que o juiz fixará o prazo e as condições do cumprimento da obrigação imposta em sentença condenatória. Havendo espaço na legislação obreira para a fixação das condições do cumprimento de sentença, com muito mais razão se verifica a possibilidade de aplicação do art. 475-J do CPC no processo do trabalho ao impor multa coercitiva para forçar o devedor a cumprir o comando judicial.

Nesse diapasão, destacamos o Enunciado 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual promovida pela ENAMAT, ANAMATRA e CONEMATRA, *in verbis*:

Aplicação subsidiária de normas do processo comum ao processo trabalhista, omissões ontológica e axiológica. Admissibilidade do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social.

Nesse sentido, destacamos:

EMENTA: MULTA DO ART. 475-J. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. ILIQUIDEZ DO CRÉDITO. DISCUSSÃO PREMATURA. A norma inserta no artigo 475-J do CPC é compatível com o processo do trabalho. Todavia, a medida adotada mostra-se prematura, em face da

iliquidez do crédito no momento da prolação da sentença, uma vez que o artigo 882 da CLT faculta ao executado que não pagar a importância reclamada garantir a execução mediante depósito ou nomear bens à penhora, após o que ainda lhe é concedida a oportunidade de discussão acerca da liquidação do valor da condenação (artigo 884 da CLT). E a multa estabelecida no artigo 475-J do CPC é aplicável caso "o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação" não efetue o pagamento. Logo, no processo do trabalho, o momento da intimação para pagar não pressupõe, necessariamente, a liquidez do crédito, o que demonstra que determinar a incidência da multa até essa fase pode trazer maiores tumultos do que benefícios à celeridade e eficiência esperadas para a satisfação da tutela jurisdicional. (TRT 3ª Região- 0162000-72.2009.5.03.0114 RO - 8ª T- Rel. Des. Fernando Antonio Viegas Peixoto, 24/10/2011. DEJT. Página 131)

RECURSO DE REVISTA – HORAS EXTRAS – TRABALHADOR EXTERNO – (...) 3 – Arestos que não consideram a mesma premissa fática examinada pela Corte Regional não autorizam, por inespecíficos, o conhecimento do recurso de revista, a teor da súmula 296, I desta Corte. Recurso não conhecido. II – Multa do art. 475-J do CPC – Aplicação supletiva- Possibilidade – Compatibilidade com os princípios da legislação instrumental trabalhista (art. 769 da CLT). A aplicação da legislação processual comum ao direito processual do trabalho depende da existência de omissão e de compatibilidade com as demais regras e princípios que informam a atuação da jurisdição especializada (art. 769 da CLT). Mas o exame em torno da importação de regra processual, nos parâmetros indicados, deve considerar não a literalidade dos dispositivos considerados, mas os postulados

axiológicos – ou finalidades sociais (art. 5 da LICC) – por eles tutelados. Nesse sentido, considerado o significado contemporâneo da garantia de acesso à justiça (...) e a essencialidade do crédito trabalhista para a subsistência do trabalhador, nada obsta a plena aplicação da regra inscrita no art. 475-J do CPC ao rito executivo trabalhista, impondo-se a multa de 10% sobre o valor da execução, na hipótese de, regularmente intimado, não promover o depósito ou pagamento da respectiva importância. (...) (TST – RR 484/2008-002-20-00-6, 3ª T., Rel. Des. Convocado Douglas Alencar Rodrigues, DJe 13.08.2009)

OMISSÃO LEGISLATIVA E COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS TRABALHISTAS. Aplica-se ao Direito Processual Trabalhista, por força da autorização prevista no art. 769 da CLT, o comando do art. 475-J do CPC, que estabelece multa no percentual de 10% caso o devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação não o efetue espontaneamente. A falta de previsão legal específica de penalidade por descumprimento espontâneo do título executivo judicial autoriza a incidência do art. 475-J do CPC nesta seara, pois não houve silêncio eloqüente do legislador ordinário, de modo a concluir pela existência de regulação exaustiva da matéria pela legislação trabalhista e de inaplicabilidade desse preceito legal, nos termos do art. 769 da CLT. A norma prevista no art. 475-J do CPC amolda-se, perfeitamente, ao processo do trabalho. (TST – AIRR 79641-33-2004-5-09-0095, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª T., DJEJT 11.06.2010)

(...) MULTA DO ART. 475-J DO CPC – APLICAÇÃO EX OFFICIO NO PROCESSO DO TRABALHO. Há permissão no texto obreiro (art. 832 da CLT) para o juiz dispor sobre o prazo

e as condições para o cumprimento da sentença, inexistindo nulidade na r. decisão que, de ofício, aplica a regra do art. 475-J do CPC (TRT 17ª Região - RO 01101-2007-004-17-00-5- Rel. Des. Carlos Henrique Bezerra Leite, 2ª T., DO 25.11.2008)

MULTA ART. 475-J DO CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. A aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC no processo do trabalho atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, assim, pleno cabimento na execução trabalhista (TRT 4ª Região, AP 00321-2004-005-04-00-6, 9ª T, Rel. Des. Marçal Henri dos Santos Figueiredo, j. 26.11.2008)

A aplicação de institutos não previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas não deve ser motivo para a eternização das demandas, sem prejuízo da necessidade de se fazer as devidas adaptações. Demais disso, perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete necessita fazer uma primeira indagação: se, não havendo incompatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação, que sempre foram almejadas. Nada de novos recursos, novas formalidades inúteis e atravancadoras.⁸

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo comum, sob pena de negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT(mais célere, mais simples,

⁸ CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1999, p.587

mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo. Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto sob o prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual

(...)

O art. 880 da CLT, que determina que o juiz mande expedir mandado de citação ao executado, merece uma leitura atualizada, para que seja dispensada a citação pessoal do executado (...) diante da previsão da própria CLT de que a execução se realiza “ex officio”, para cumprimento do título executivo judicial, a determinação para que realizasse a citação do executado somente pode ser atribuída a um cochilo do legislador, pois que tal regra era incompatível com o procedimento que ele próprio criara. Veja-se, por exemplo, o absurdo de, por aplicação cega do art. 880, determinar-se a citação pessoal do reclamado que descumpra acordo firmado em audiência. Citar é dar ciência quanto à existência de uma demanda judicial. Qual a razão de se dar ciência ao executado quanto à existência de uma dívida que ele próprio assumiu perante um juiz e nas condições que foram livremente fixadas?⁹.

⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reflexões das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. Revista LTr, São Paulo, 2006, v.70, n.8, p.920-921.

Assim sendo, numa interpretação sistemática dos dispositivos legais previstos no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis Trabalhistas, que a multa prevista no art. 475-J do CPC constitui sanção processual no sentido de penalizar o devedor pelo não cumprimento voluntário da sentença apta a produzir seus regulares efeitos, não tendo o condão de constranger o patrimônio do devedor até que cumpra sua obrigação, majorando-se de acordo com o caso concreto e sua situação econômica, sanção prevista no art. 461 do mesmo diploma legal.

O art. 475-J do CPC, ao contrário do art. 461, tem como finalidade estimular o cumprimento dos provimentos judiciais a partir de uma imposição legal, não tendo o condão de verificar as especificidades de cada caso concreto, o que igualmente pode ser utilizado pelo Juiz do Trabalho.

O magistrado laboral não deve ficar preso às amarras legais do formalismo em detrimento de aplicar institutos positivados que possam viabilizar mais efetividade ao comando exarado na sentença. É preciso se promover a heterointegração do processo civil com o processo do trabalho a fim de se preencher lacunas normativas e atualizar a legislação para o enfrentamento dos desafios oriundos com o desenvolvimento da sociedade ao longo do tempo, objetivando tornar a tutela jurisdicional, de fato, efetiva e apta a promover a pacificação social dos conflitos, reforçando a credibilidade das instituições.

E, por fim, cumpre ressaltar a síntese do posicionamento desse artigo para se aplicar o art. 475-J do CPC no processo laboral. Dever-se-á, é claro, adaptar o processo trabalhista no sentido de colocar a execução como uma fase processual, a exemplo do que ocorre no processo comum civilista.

Na doutrina, contudo, são poucos os que tratam da questão da aplicação do prazo de 15 dias (conforme o CPC) ou de 8 dias (segundo o art. 897, “a” da CLT) na execução trabalhista, como, por exemplo, Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁰ que milita a ideia de aplicar o art. 475-J do CPC ao processo do trabalho, todavia, respeitando-se o prazo de

¹⁰

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed., Ltr, São Paulo, 2011.

8 dias para o cumprimento da obrigação (após esse prazo incidiria a respectiva multa). Em outras palavras, o ilustre jurista afirma que a lei laboral já possui regulamentação própria para o cumprimento de suas sentenças, sendo de 8 dias o prazo para recursos na execução, isto é, para pagamento espontâneo da obrigação reconhecida em sede de cognição, não merecendo reparo.

Não obstante, o autor defende que a CLT possui omissão normativa quanto à sanção pelo não cumprimento voluntário da sentença, o que tem de ser sanado pelo CPC por ser sua fonte subsidiária.

Quanto a este entendimento, a ressalva que fazemos em relação ao prazo para aqueles que defendem a aplicação integral do art. 475-J do CPC¹¹ é no sentido de que com a aplicação da multa do CPC, na verdade, o prazo para o cumprimento da obrigação de pagar não passou para 15 dias como aduz o ilustre doutrinador, mas continuou a ser 8 dias, explica-se. Para essa corrente, ao ser condenado, o devedor teria um prazo para o cumprimento voluntário do mandamento judicial antes de se iniciar a fase executória propriamente dita (que é regulada pela CLT), que seria de 15 dias como descrito no CPC- art. 475-J.

O não cumprimento voluntário da sentença inaugura a fase executória do processo trabalhista, devendo, assim, o devedor ser intimado para cumprir tal obrigação no prazo de 8 dias, com acréscimo de 10%. Todavia, adotar tal posicionamento seria, na verdade, colocar novo prazo para o cumprimento das decisões judiciais trabalhistas, isto é, ao invés de 8 dias, passaria a ser de 23 dias (15 dias do art. 475-J do CPC na fase pré-executória para essa corrente, aliada aos 8 dias comuns à execução trabalhista), o que viola o princípio da celeridade processual.

Esse conflito de entendimento ocorre porque a CLT possui regulamentação própria do processo executório e seus respectivos prazos, não havendo necessidade tampouco legitimidade para se transplantar o prazo dos 15 dias do CPC, sob pena de ofensa ao processo legislativo ordinário. A CLT não possui previsão de sanções para o

¹¹ Ver obra de Jorge Luiz Souto Maior, obra citada ao final do trabalho, que dispõe sobre os momentos de cumprimento da sentença: fase pré-processual e processual, a seguir melhor analisadas.

não cumprimento da obrigação exarada na sentença e os instrumentos disponíveis não são eficazes, daí a importância de se aplicar o art. 475-J do CPC, compatibilizando-se com as especificidades da justiça laboral e também por ser norma especial e contemporânea sobre o assunto, devendo, pois, prevalecer.

Nesse diapasão, discordamos do entendimento do jurista Bezerra Leite quanto a mesclar as regras da CLT com as do CPC, criando-se nova norma, pois estar-se-ia violando o princípio da separação dos poderes, o que não pode ser aceito em nosso ordenamento jurídico. Não há como se aproveitar o que for favorável em cada lei e aplicá-la. É preciso analisar o conjunto normativo. Entendemos que, por haver lacuna normativa na CLT quanto a sanções pelo não cumprimento de sentença, deve-se aplicar na íntegra a regra do art. 475-J do CPC, por ser lei especial sobre o tema.

De outra sorte, há entendimentos na jurisprudência, especialmente a do TST, dispondo não ser possível a aplicação da multa do art. 475-J do CPC no processo do trabalho por este já ter regulamentação específica sobre o processo executivo de suas sentenças, não havendo omissão a ensejar a aplicação subsidiária do CPC, e, ainda que pudesse ser reconhecida alguma omissão sobre o assunto, tal dispositivo legal não seria compatível com a execução trabalhista, a começar que a mesma é regida por processo autônomo com citação do devedor, o que, em regra, já não mais ocorre no CPC com os títulos executivos judiciais, por força da lei nº 11232/2005, bem como os prazos e meios de defesa ao executado serem distintos.

Data maxima venia aos defensores desse entendimento, a aplicação da multa de 10% tem unicamente a finalidade de proporcionar meio coercitivo para o cumprimento de sentença e não promover alterações na regulamentação da execução trabalhista.

Na verdade, o grande ponto polêmico entre as duas correntes é justamente a discussão em torno do momento que se inicia a fase executória do provimento judicial exarado na cognição. Para os que defendem a aplicação da multa no processo trabalhista, como já afirmado antes, há doutrinadores que argumentam ser possível se transplantar o instituto, havendo, de certa forma, uma revogação tácita dos 8 dias

previstos na CLT para o cumprimento da obrigação de pagar para os 15 dias previstos no CPC. Há outros¹², cujo posicionamento criticamos, de que não houve alteração dos referidos prazos, apenas uma interpretação distinta dos momentos de sua incidência.

Tornando a sentença líquida e certa, o devedor teria os 15 dias para cumprir com a obrigação nela encartada sob pena da multa de 10% do art. 475-J do CPC, numa fase pré-executória. Transcorrido *in albis* esse prazo, inaugurada estará a fase executória do processo trabalhista com a regulamentação específica da CLT. Acreditamos que essa seja a interpretação mais escorreita a se compatibilizar com a multa no processo obreiro.

Sobre a não incidência da multa no processo trabalhista, é oportuno destacar as seguintes decisões:

(...) MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A regra do art. 475-J do CPC não se ajusta ao processo do trabalho no estágio de hoje, visto que a matéria possui disciplina específica na CLT, objeto do seu art. 769 da CLT, que não autoriza a utilização da regra, desprezando a norma de regência do processo do trabalho. Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento. (TST – RR 140/2008-001-13-00-9, 5ª T., Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJe 25.06.2009)

MULTA EXECUTÓRIA – INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO – EXISTÊNCIA DE REGRA PRÓPRIA NO PROCESSO TRABALHISTA- 1. O art. 475-J do CPC dispõe que o não pagamento pelo devedor – em 15 dias – de quantia certa ou já fixada em liquidação a que tenha sido condenado gera a obrigação de multa de 10% sobre o valor da condenação e, a

¹² Como já salientado, esse posicionamento tem como seu representante Luiz Jorge Souto Maior.

pedido do credor, posterior execução forçada com penhora. 2. A referida inovação do Processo Civil, introduzida pela lei 11232/2005, não se aplica ao Processo do Trabalho, já que tem regramento próprio (arts. 880 e SS. da CLT), e a nova sistemática do Processo Comum não é compatível com aquela existente no Processo do Trabalho, no qual o prazo de pagamento ou penhora é de apenas 48 horas. Assim, inexistente omissão justificadora da aplicação subsidiária do Processo Civil, nos termos do art. 769 da CLT, não havendo como pinçar do dispositivo apenas a multa, aplicando, no mais, a sistemática processual trabalhista. 3. Cumpre destacar que, nos termos do art. 889 da CLT, a norma subsidiária para a execução trabalhista é a lei 6830/80, pois os créditos trabalhistas e fiscais têm a mesma natureza de créditos privilegiados em relação aos demais créditos. Somente na ausência de norma específica nos dois diplomas anteriores, o Processo Civil passa a ser fonte informadora da execução trabalhista, naqueles procedimentos compatíveis com o Processo do Trabalho (...) (TST – RR 327/2007-033-01-00, 7ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 11.02.2009, DJ 13.02.2009)

MULTA DE 10% – ART. 475-J DO CPC. No procedimento executório trabalhista é incabível a cobrança da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC, por onerar duplamente a execução (diante da existência de depósito recursal) e também por retardá-la, diante da concessão desnecessária do prazo de 15 dias previsto na lei processual civil (TRT 2ª Região. AP 00875-2000-072-02-01-5, Rel. Juíza Vilma Mazzei Capatto, 4ª T., DO 28.11.2008)

MULTA DO ART. 475-J DO CPC. PROCESSO DO TRABALHO. INCOMPATIBILIDADE. 1. Conquanto

recomendável, *-de lege ferenda-*, a aplicação da multa do art. 475-J do CPC no Processo do Trabalho encontra óbice intransponível em normas específicas por que se rege a execução trabalhista. 2. Se, de um lado, o art. 475-J do CPC determina ao devedor o depósito obrigatório do valor devido, o art. 882 da CLT abre para o executado a faculdade de garantia do juízo com outro tipo de bem. Manifesto que se a CLT assegura ao executado o direito à nomeação de bens à penhora, isso logicamente exclui a ordem para imediato pagamento da dívida sob pena de incidência da multa de 10%. 3. A aplicação à risca do procedimento do art. 475-J do CPC igualmente conflita com a CLT no tocante à exigência de citação, visto que, pela atual sistemática do Processo Civil, não há mais citação do executado em execução de sentença condenatória para pagamento de dívida, tampouco citação para pagar ou nomear bens à penhora, como se dava outrora. No entanto, esse ainda é o modelo ou o rito abraçado pela CLT para a execução trabalhista (art. 880 da CLT). 4. Outro contraste manifesto entre o procedimento do art. 475-J do CPC e o da CLT repousa nos embargos do devedor: garantido o juízo pela penhora, o art. 884 da CLT assegura ao executado o prazo de cinco dias para opor embargos à execução, ao passo que o § 1º do art. 475-J do CPC faculta ao executado apenas impugnar o título judicial, querendo, no prazo de quinze dias. Ao substituir os embargos à execução, verdadeira ação conexa de cognição, pela impugnação, mero incidente processual desprovido de efeito suspensivo, o CPC introduziu uma inovação sumamente relevante e que ainda mais evidencia o descompasso de procedimentos em cotejo com o Processo do Trabalho. 5. Na prática, a insistência em se aplicar no âmbito da execução trabalhista o art. 475-J do CPC, não obstante inspirada nos melhores propósitos, apenas retarda a satisfação do crédito exequendo. A desarmonia doutrinária e jurisprudencial

multiplica recursos, amplia a sensação de insegurança jurídica e trava a celeridade processual almejada. 6. Embargos providos para excluir da condenação a multa do art. 475-J do CPC.- (TST, Proc. nº E-RR-4700-87.2008.5.13.0022, Ac. SBDI-1, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ de 24/6/2011)

Não obstante, a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho - SBDI-1, recentemente decidiu, por maioria, que a multa do art. 475-J do CPC não é aplicável ao processo do trabalho, senão vejamos:

MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. REGRA PRÓPRIA COM PRAZO REDUZIDO. MEDIDA COERCITIVA NO PROCESSO DO TRABALHO DIFERENCIADA DO PROCESSO CIVIL. O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de 15 dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescido multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A aplicação de norma processual extravagante, no processo do trabalho, está subordinada a omissão no texto da Consolidação. Nos incidentes da execução, o art. 889 da CLT remete à lei dos executivos fiscais, com fonte subsidiária. Persistindo a omissão, o direito processual comum é, como quer o art. 769, o processo civil como fonte subsidiária por excelência. Não há omissão no art. 880 da CLT a autorizar a aplicação subsidiária. Nesse sentido, a jurisprudência da c. SDI se firmou, no julgamento do *leading case* E-RR 1568700-64-2005-5-09-002, julgado em 29.06.2010 (TST E-RR 348000-24-2005-5-09-0513, j. 19.08.2010, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, DEJT 17.12.2010).

Apesar de ser um posicionamento por maioria (revelando ainda um dissenso entre os Ministros), acreditamos que os juristas e operadores do direito devem instar a Corte Máxima da Justiça do Trabalho a modificar esse entendimento, pois a omissão de instrumentos coercitivos na CLT existe e os Juízes do Trabalho devem, a cargo dos meios já disponibilizados na legislação infraconstitucional, procurar utilizá-los em busca da efetividade da justiça.

5. CONCLUSÃO:

A partir da análise predominante de artigos científicos e de decisões judiciais, a presente pesquisa teve como objetivo analisar a viabilidade de aplicação do art. 475-J do CPC no processo trabalhista como forma de efetivação das garantias constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004.

Percebeu-se que o processo civil sofreu profundas reformas com o objetivo de desburocratizar seus trâmites objetivando atender melhor às demandas sociais, esse foi o contexto da promulgação da Lei 11232/2005 que trouxe a multa de 10% sobre o montante da condenação em caso de descumprimento voluntário da sentença condenatória.

O art. 475-J do CPC constitui sanção pelo não cumprimento voluntário da sentença apta a produzir efeitos no mundo jurídico como forma de se estimular o acatamento dos provimentos jurisdicionais e não uma regulamentação específica da fase executória.

Nesse diapasão, para se aplicar o art. 475-J do CPC, dever-se-á adaptar o processo trabalhista no sentido de transpor o prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário da sentença laboral por ser norma especial e contemporânea apta a suprir a lacuna normativa.

O não cumprimento voluntário da sentença inauguraria a fase executória do processo trabalhista, devendo, assim, o devedor ser intimado para cumprir tal obrigação no prazo de 15 dias, com acréscimo de 10%, seguindo-se a regulamentação prevista na CLT nos artigos 876 a 892.

Pedimos vênia àqueles que entendem que o referido prazo, na verdade, coloca a execução como uma fase processual, a exemplo do que ocorre no processo comum civilista, fazendo incidir essa multa logo após o trânsito em julgado da sentença ou quando esta se tornar apta a produzir efeitos, numa verdadeira fase pré-executória. O devedor, neste caso, teria o prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento voluntário do provimento jurisdicional condenatório.

Ousamos também discordar do entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, o qual defende a aplicação dos 8 dias previstos na execução trabalhista com o acréscimo dos 10% da multa prevista no art. 475-J do CPC, hipótese que acreditamos usurpar a competência do Legislativo para editar lei, em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, pois estaria se criando nova lei.

Pelos argumentos aqui esposados, quer-se com o presente artigo apenas promover o debate quanto à viabilidade da aplicação dessa multa cominatória no processo do trabalho como forma de se desestimular a própria violação do direito material originadora da demanda judicial, bem como torná-lo mais célere e efetivo, servindo como instrumento de pacificação social, pois, justiça tardia não é justiça.

Apesar da decisão da SBDI-1 em 2010, acreditamos na possibilidade de sua reconsideração a fim de que o TST possa proporcionar mais segurança aos jurisdicionados e operadores do direito ao estabelecer mecanismos coercitivos para o cumprimento das sentenças da justiça trabalhista, ante a omissão normativa na CLT. Todavia, para isso ocorrer, faz-se necessário ampliar os debates no mundo acadêmico-

científico, a exemplo do que vem ocorrendo com as regras encartadas no novo CPC¹³, a fim de que o acesso à justiça possa ser amplo e efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. **As reformas e o sistema recursal**. Revista Forense 389, São Paulo:RT, jan/fev 2007, pp57-71.

BRASIL. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>

BUENO, Cássio Scarpinella. Variações sobre a multa do “caput” do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005 in Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT 2006, pp 128-166

CÂMARA, Freitas Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil. A Nova Execução de Sentença**. 5ª ed. Lumen Iuris, Rio de Janeiro: 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. A reforma processual e o cumprimento da sentença no processo do trabalho: citação do devedor, multa de 10% e novas formas de expropriação. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nº 2, São Paulo, set/2007.

¹³ É notório que o novo CPC vem incorporando práticas que, embora não previstas expressamente na lei, já eram defendidas na doutrina e adotadas na jurisprudência, o que só reitera a importância do debate amplo na comunidade.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed., Ltr, São Paulo, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Execução**, Vol.3, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp 236-243.

_____. **Curso de Processo Civil**. Vol. III. ed. 2a. São Paulo: RT, 2009.

SOUTO, Jorge Luiz Maior. **Reflexões das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho**. Revista LTr 8, São Paulo: RT, ago/2006.

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE E O DOGMA DO CONTRADITÓRIO

Raphael José Gireli Peres

Advogado, Pós-graduado em Direito Processual
Civil – Universidade Federal do Espírito Santo
(Ufes).

Resumo: O presente trabalho vislumbra o caráter recursal dos embargos de declaração, seguindo o posicionamento do legislador (Art. 496, IV do CPC). Apresenta não só a importância dos declaratórios, mas também as suas principais características, tais como conceito, natureza jurídica, de forma que esse remédio será destinado às hipóteses típicas de cabimento, isto é, o esclarecimento de obscuridade, o saneamento de omissão e a resolução de contradição. Nesse sentido, este artigo tem o objetivo de expor os embargos de declaração com efeitos infringentes, procurando as hipóteses que não precisariam, num primeiro momento, ser submetidas à outra parte, visando à maior celeridade e efetividade, assumindo, dessa maneira, o seu caráter diferido.

Abstract: The present work presents the character of the appellate motion for clarification, following the placement of the legislature (Article 496, IV CPC). Presents not only the importance of the declarations, but also its main features, such as a concept, legal nature, so that this drug is intended for situations typical of appropriateness, that is, the clarification of obscurity, sanitation and resolution of omission contradiction. Accordingly, this article aims to explain the motion for clarification with infringing purposes, seeking the assumptions that need not at first be submitted to the other party, aiming at greater speed and effectiveness, assuming in this way, his character deferred.

Palavras-chave: Embargos de Declaração. Cabimentos. Cabimentos atípicos. Embargos com efeitos infringentes.

Keywords: Embargoes Declaration. Appropriateness. Atypical appropriateness. Embargoes with infringing purposes.

1 INTRODUÇÃO:

Os embargos de declaração surgiram como instrumento processual no direito lusitano, com importância reconhecida. Apresentaram-se, inicialmente, após a consolidação de diversas leis, denominadas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, como remédio para adequação das decisões aos mecanismos legais da época.¹

É ponto pacífico, na história do direito lusitano, que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço no direito romano, no germânico ou no canônico.²

Os Embargos de Declaração, no regulamento 737, figuravam no Título “Dos Recursos”, abrangendo os artigos 639 e 641 a 643, e o prazo para opor embargos era de 10 dias, contados a partir da publicação da sentença em audiência.

Posteriormente, foram regulados pela Consolidação de Ribas de 1876, e os embargos foram tratados juntamente com outros, tornando confusa a sua interposição. Eram admitidos os embargos contra sentenças definitivas, sentenças proferidas por juiz de paz e sentenças de liquidação quando houvesse alguma obscuridade, ambiguidade ou

¹ “Os embargos, pois, quer pela denominação, quer pelo fim a que se destinam, são, como eruditamente julga Pereira e Sousa, com o *placitum* de Almeida e Sousa, um instituto processual de criação lusa, nascido ao tempo da extinção dos tribunais de Apelação ambulatórios” (COSTA, Moacyr Lobo da; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudos de história do processo: recursos**. São Paulo: Joen, 1996, p. 164).

² COSTA, 1973, p. 5, *apud* MIRANDA, Vicente. **Embargos de declaração no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

contradição, ou quando se tivesse omitido algum ponto sobre que deveria haver condenação.³

Já o código de Processo Civil Brasileiro de 1973 adotou duas posições quanto aos embargos de declaração: estabeleceu, no artigo 464 e 465, que os embargos cabiam contra sentença que contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão e que deveriam ser interpostos no prazo de 48 horas, contadas da publicação da sentença.

Estabeleceu, de outra feita, no artigo 535 a 538, que os embargos de declaração poderiam ser interpostos contra acórdão que também contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, todavia o prazo para sua interposição era de cinco dias.

Atualmente, com as modificações introduzidas com o advento da Lei nº. 8.950/94, os embargos de declaração em primeiro grau de jurisdição foram unificados com os de segundo grau, em seu artigo 535, e são cabíveis quando houver, em uma decisão, obscuridade, contradição ou omissão, admitindo a jurisprudência o cabimento em outras hipóteses (expostas mais à frente), devendo ser interpostos no prazo, também único, de cinco dias.⁴

Assim, este trabalho tem o objetivo de destacar as hipóteses em que os embargos de declaração com efeitos infringentes (modificativos) não precisam de contraditório (submissão à parte contrária). Para isso, apresentar-se-ão os conceitos de embargos de declaração, os cabimentos (omissão obscuridade, contradição), os cabimentos atípicos (erro material e erro de fato), os embargos com efeitos infringentes (que, em regra geral, precisam ser submetidos à parte contrária), procurando apresentar, ao leitor, as hipóteses que não precisariam ser submetidas à outra parte, visando maior celeridade e efetividade e, porque não, mais segurança ao processo civil.

³ SILVA, Antônio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

⁴ SEHNEM, Felix. **Embargos declaratórios**. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3681>>. Acesso em: 15. nov. 2009.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO:

A definição da natureza jurídica dos embargos de declaração é marcada por doutrinadores que sustentam ser os referidos embargos recursos e, de outro lado, os doutrinadores que não o consideram como tal. São adeptos da última corrente, Sérgio Bermudes, José Rogério Cruz e Tuci, Antônio da Costa Machado, Reis Friede e outros.⁵ Embora haja intensa discussão acerca da natureza jurídica dos recursos, formalmente, o CPC, em seu artigo 496, IV⁶, o insere no rol recursal taxativamente, princípio da taxatividade.

Humberto Theodoro Júnior⁷ define como sendo embargos de declaração o recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado.⁸

Para Amaral dos Santos⁹, os embargos de declaração são um recurso destinado a requerer ao juiz ou tribunal prolator da sentença ou acórdão que elucide a obscuridade, afaste a contradição ou supra a omissão existente no julgado.¹⁰

Arruda Alvim¹¹ diz que, além de ser previsto no rol de recursos do código de processo civil e o fato de prescindir de alguns dos requisitos dos recursos, em geral, não

⁵ FERNANDES, L. E. S. **Embargos de declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. São Paulo: RT, 2008.

⁶ Art. 496 do CPC. São cabíveis os seguintes recursos: IV – embargos de declaração (BRASIL. Código de processo civil. In: PINTO, Luiz de Toledo; WINDT, Márcia C. Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vademecum**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 457).

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁸ No mesmo sentido a impugnação, pois “[...] possui um ponto certo e estrito: aquele em que a sentença é omissa, obscura, ambígua ou contraditória” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 514).

⁹ AMARAL DOS SANTOS *apud* MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁰ No mesmo sentido, “Entretanto, são também embargáveis de declaração as decisões interlocutórias, embora inexista previsão expressa na lei a respeito. É direito da parte obter do poder judiciário uma decisão, qualquer que seja ela, de clareza cristalina. Iríamos até mais longe, afirmando que, eventualmente, até despachos poderiam, em tese, desde que preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade deste recurso, ser objeto de embargos de declaração” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 588).

¹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

é suficiente para descaracterizar sua natureza, pois não é necessário que todos os requisitos estejam presentes em todos os recursos.¹²

No mesmo sentido, Alexandre Câmara¹³ diz que se trata de remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial impugnada. Inegável, pois, a natureza recursal do instituto. Os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer provimento judicial de conteúdo decisório: sentenças, acórdãos e, apesar do silêncio da lei, decisões interlocutórias.

Os embargos, em regra, entre outras características, não visam a invalidar ou reformar o provimento impugnado, mas, sim, aclarar ou integrar os efeitos do pronunciamento judicial gerados por omissão, contradição e obscuridade¹⁴, além de outros, em momentos excepcionais, tais como erros materiais e erros de fato.¹⁵

Estas são as palavras de Candido Rangel Dinamarco a respeito dos embargos de declaração:

Continuo entendendo que em sua pureza conceitual eles não são um recurso, mas reconheço que essa pureza nem sempre está presente e, sempre que abram caminho a alguma alteração substancial no julgado, eles se conceituam como autêntico recurso.

[...]

Digo que em sua pureza esses embargos carecem de natureza recursal, sendo antes uma providência destinada a corrigir formalmente a sentença, porque não visam e não têm a eficácia de provocar alterações substanciais no decisum. Lidos em harmonia com o disposto no art. 463, caput, do Código de

¹² No mesmo sentido: FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. II.

¹⁴ Art. 535 do CPC. Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal (BRASIL, 2011, p. 460).

¹⁵ ASSIS, Arakem de. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Processo Civil, os embargos declaratórios não devem importar inovação substancial do julgado, porque, ao publicar este, o juiz terá cumprido e acabado o ofício jurisdicional posto a seu cargo. Eliminam-se contradições, suprem-se lacunas de motivação, mas o decisum permanece o mesmo. O vencido deve continuar vencido e o vencedor, vencedor. Vistos assim, tais embargos caracterizam-se como autêntico meio de correção e integração da sentença mediante seu aperfeiçoamento formal, não meio de impugnação do preceito substancial que ela exprime, ou do significado substancial de seu conteúdo preceptivo.¹⁶

“Há mais meios de impugnação do que recursos, posto que todo recurso seja meio de impugnação”. A locução “meios de impugnação” é aqui empregada com o mesmo significado de remédios processuais, da linguagem de Carnelutti. Abrange todos os recursos, mas não se exaure neles. Exemplos de meios de impugnação sem natureza recursal é a ação rescisória brasileira, a reclamação aos tribunais, os embargos à execução em certa medida e, também na medida do que aqui se expõe, os embargos declaratórios.¹⁷

No entanto, no desenvolvimento do uso dos embargos declaratórios, vê-se que, não raras vezes, eles transcendem essa configuração de pureza e não se voltam, portanto, exclusivamente a esclarecimentos sem a mínima potencialidade de interferir nos rumos do julgamento. Ocorrem situações especiais em que, de alguma forma, eles podem inverter sucumbências, reduzi-las ou alterá-las de algum modo.¹⁸

Segundo Nelson Nery,¹⁹ quer sejam interpostos contra decisão interlocutória, sentença ou acórdão, os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso (CPC 496 IV), sujeitando-se aos requisitos de admissibilidade e à teoria geral dos recursos.

Os declaratórios devem ser, inequivocamente, aclamados como recurso uma vez que são taxativamente indicados no art. 496, IV, do CPC, permitem o reexame da

¹⁶ DINAMARCO, Cândido R. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

¹⁷ MIRANDA, F. Pontes de, *apud* DINAMARCO, 2009, p. 188.

¹⁸ DINAMARCO, 2009.

¹⁹ NERY JÚNIOR, N. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2006.

matéria pelo Poder Judiciário, impedem a formação da coisa julgada, além de serem concebidos pela voluntariedade e dialeticidade. No entanto, é indiscutível que apresentam uma série de características próprias: são de fundamento vinculado, ou seja, seu cabimento fica adstrito à alegação específica de *errores in procedendo*: omissão, obscuridade e contradição não possuem, como todos os demais recursos, a função de anular ou reformar a decisão recorrida, apenas com o objetivo de esclarecê-la ou integrá-la, são ainda julgados pelo mesmo órgão que prolatou a decisão recorrida.²⁰

Essa circunstância, isto é, o fato de visarem os embargos de declaração à reparação do prejuízo que os defeitos do julgado trazem ao embargante, caracteriza-os como recurso.²¹

Nelson Nery²² afirma que os Declaratórios têm finalidade de complementar a decisão omissa ou, ainda, aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas, sim, integrativo ou aclaratório. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado. Não mais cabem quando houver dúvida na decisão (CPC 535 I).

São recursos de fundamentação vinculada, pois exigem a presença de determinados tipos de vícios ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento.²³

Por outro lado, com relação ao efeito devolutivo, ele se faz presente não só quando o processo é encaminhado para apreciação de juízo de nível hierárquico superior, mas também quando for devolvido ao Poder Judiciário para que, novamente, se manifeste por meio do mesmo juízo que proferir a decisão atacada, quanto por outro juízo.²⁴

Esclarece, ainda, mais esse entendimento o jurista Rodrigo Reis Mazzei:

²⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2007.

²¹ AMARAL DOS SANTOS, *apud* MIRANDA; PIZZOL, 2007.

²² NERY JÚNIOR, *op. cit.*, nota 19.

²³ JORGE, 2007.

²⁴ FERNANDES, 2008.

Em que pese autorizada doutrina que nega natureza recursal à figura em comento, não temos a menor dúvida de que os embargos declaratórios não de ser classificados como recurso, pois, i) trata-se de ato postulatório que ii) mantendo a litispendência (quer dizer, adiando ou retardando os efeitos da preclusão e/ou coisa julgada), iii) busca corrigir ato judicial.

[...]

Absorver a ideia de que os declaratórios funcionam como recurso de saneamento, com fundamentação, por atacarem vícios formais (erros improcedentes), previamente tipificados, é o ponto chave para compreensão da sua natureza jurídica.²⁵

Destaca, ainda, Simardi Fernandes²⁶ que está incorreto a negativa de efeito devolutivo desse remédio, porque o fato da devolutividade do processo para nova manifestação do mesmo juízo que proferiu a decisão não caracterizaria o efeito devolutivo. Existe devolução, uma vez que o processo é novamente entregue ao poder judiciário para a manifestação do magistrado.

Mazzei²⁷ disserta sobre a devolução dos declaratórios no sentido de que os embargos de declaração, por serem recursos de natureza vinculada, têm sua motivação de oponibilidade fechada, ou seja, não são todos os deslizes formais que podem ser alvo dos declaratórios, mas apenas e tão somente os previstos no esquadro do art. 535 do CPC.

Reconhece a natureza de recurso aos embargos de declaração o jurista Marcelo Abelha, quando afirma:

A realidade é que nem sempre os embargos de declaração foram tomados como recurso. Sua natureza já esteve associada à

²⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, J. M. G. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008. p. 59.

²⁶ FERNANDES, 2008.

²⁷ MAZZEI, *op cit.*, nota 25.

hermenêutica e lógica jurídica, à ideia de que se trataria de uma exceção ou impedimento, ainda, de que não seria recurso em sentido técnico e, por fim, de que seria apenas um procedimento técnico. Todavia, a ideia que prevalece na melhor doutrina, atualmente, é a de que os embargos de declaração são uma espécie de recurso.²⁸

Dinamarco²⁹ entende que onde há escopo infringente, os embargos são um recurso, assim ensina que (a) os embargos declaratórios não têm natureza recursal quando destinados, conforme sua concepção pura contida em clássicas definições, a meros esclarecimentos do julgado, sem interferir em seu teor substancial, mas (b) eles são autêntico recurso quando se dá o contrário, a saber, quando são opostos com o objetivo de inverter sucumbências. Repita-se: recurso é um ato de inconformismo, mediante o qual a parte pede nova decisão substancialmente discrepante daquela que lhe desagrada. Só há recurso quando se pede novo julgamento da causa ou de alguma demanda sobre a qual se haja pronunciado o juiz no curso do processo. Em sua feição pura, os embargos declaratórios não veiculam pedidos de novo julgamento, mas eles o fazem quando carregados do intuito de infringência.

Outrossim, parece estar cada vez mais cristalizado o entendimento que atribui aos embargos de declaração natureza recursal, certamente referido recurso possui características próprias. Indiretamente existe, pelo código de processo civil, seu reconhecimento formal quando menciona a expressão “são cabíveis os seguintes recursos”.³⁰

²⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p. 548.

²⁹ DINAMARCO, 2009.

³⁰ Art. 496 CPC – São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário (BRASIL, 2011, p.457).

2.1 DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO:

É necessário que a tutela jurisdicional seja prestada de forma completa e clara. Exatamente por isso, ou melhor, com o objetivo de esclarecer, complementar e aperfeiçoar as decisões judiciais, existem os embargos de declaração.

Assim, parece adequado entender, segundo Marinoni,³¹ que os embargos de declaração são cabíveis, seja qual for o vício (obscuridade, contradição ou omissão), contra qualquer espécie de deliberação judicial, da decisão interlocutória ao acórdão.³²

Segundo Luiz Fux, os antigos denominavam-no “embargos de esclarecimento” e acrescenta:

As decisões judiciais têm como finalidade última a definição de direitos e, para esse fim, devem ser claras e precisas, evitando ambiguidades resultantes de sua inteligência. A clareza e a precisão das decisões estão intimamente ligadas à ideia de pacificação ínsita no poder jurisdicional, além de nortear as manifestações de irresignação ou conformidade das partes com a mesma. Não se pode recorrer se não se sabe o alcance do ato judicial e, *a fortiori*, o prejuízo causado pela manifestação jurisdicional. Entretanto, assim como juízes perpetraram erros de injustiça e ilegalidade nas decisões, corrigíveis pelos recursos, podem também incidir no vício *in procedendo* da pouca clareza de suas manifestações judiciais, ensejando dúvidas por força de omissão, contradições ou obscuridade.

Visando a conjurar esses defeitos, a lei permite que o magistrado esclareça o seu ato, uma vez provocado pela parte. [...] inegável

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2007.

³² “Processo Civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Decisão interlocutória. Cabimento. Cabimento. Interrupção do prazo recursal. 1. É entendimento pacífico desta Corte que os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais” (STJ, 1ª T., REsp 762.384/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.2005). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp 716.690/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 29.05.2006; STJ, 2ª T., REsp 653.438/MG, rel. Min. Castro Meira, DJU07.11.2005 (MARINONI, 2007).

é o cabimento desse recurso contra qualquer manifestação judicial. Trata-se de um expediente de hermenêutica judicial ou interpretação judicial autêntica, porquanto engendrada pelo próprio produtor da dúvida, equivalendo a um pedido de esclarecimento.³³

Nesse passo, acerca dos embargos de declaração, pode-se dizer, com tranquilidade, que tal recurso é cabível contra toda e qualquer decisão, seja ela acórdão, sentença ou decisão interlocutória, pois a utilização do termo “sentença”, no art. 535 do CPC, não deve ser literalmente interpretada, já que é dever do Estado a entrega da justa e efetiva tutela jurisdicional. Dessa forma, se a entrega da tutela considerada como um todo é eivada de obscuridades, omissões e contradições, estará ferindo o art. 5º, XXXV da CF./88. Assim, limitar os embargos de declaração à sentença seria admitir que, em decorrência de uma tutela jurisdicional falha, por erro da justiça, a parte estaria sendo prejudicada e, em qualquer pronunciamento com conteúdo decisório, é possível a utilização dos embargos de declaração.³⁴

2.2 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O CONTRADITÓRIO:

Simardi Fernandes salienta que a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que deve existir contraditório quando os embargos tiverem caráter infringente, pois o embargado, se não for ouvido, não terá a oportunidade de influenciar na formação do convencimento do magistrado. Este poderá alterar o pronunciamento atacado, levando em conta tão-somente as razões do recorrente.³⁵

Já Dinamarco, no mesmo sentido, fala que a reforma do processo civil defende a ideia de que é absolutamente ilegítima a modificação do julgado por meio dos embargos de declaração quando não é dada ao embargado a possibilidade de responder ao recurso.

³³ FUX, 2008, p. 864.

³⁴ RODRIGUES, 2008.

³⁵ FERNANDES, 2008.

Não tem receio de afirmar que isso viola a garantia do contraditório, constitucionalmente consagrada.³⁶

O julgador, uma vez percebendo que a supressão do vício poderá gerar a modificação do julgado, deverá abrir oportunidade para manifestação da parte contrária, estabelecendo o contraditório, até para evitar surpresas por parte do embargado que, intimado da decisão, tomará conhecimento da sua vitória, mas, um pouco mais à frente, em razão da reforma do pronunciamento por meio dos embargos, ficará sabendo que, afinal, acabou saindo derrotado.³⁷

Vicente Miranda diz que a decisão destinada a integrar, ou a complementar, ou a declarar a decisão declaranda trará consequências sérias para o processo, porque sanará eventuais defeitos do julgado, mas poderá, também, a pretexto de declarar, modificar algum ponto essencial da sentença ou da decisão, sendo o julgador induzido em erro pela habilidade da parte recorrente. A presença obrigatória de outra parte, no processamento do recurso, alertará o julgador para tais fatos e circunstâncias e poderá demonstrar a inadmissibilidade do recurso e sua improcedência.³⁸

Daí a necessidade e conveniência de ser aplicado a tal recurso o princípio do contraditório. Se “o contraditório”, na feliz expressão de Ada Pellegrini Grinover, “[...] consiste na ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende fazer no processo, e na possibilidade de contrariar”, deveria outorgar-se à outra parte a ciência do recurso interposto e a possibilidade de contrariá-lo.³⁹

Deveria, portanto, o legislador, em obediência ao princípio do contraditório e ao da igualdade de tratamento das partes, tornar obrigatória a participação da parte contrária ou das outras partes no processamento de tal recurso.⁴⁰

³⁶ DINAMARCO *apud* FERNANDES, 2008.

³⁷ TUCCI *apud* FERNANDES, 2008.

³⁸ MIRANDA, 1990.

³⁹ GRINOVER *apud* MIRANDA, 1990, p. 81.

⁴⁰ MIRANDA, 1990.

Na seara jurisprudencial, o Supremo Tribunal⁴¹ atacou essa posição no julgamento dos EDcl em RE 144.981-4/RJ, em que se decidiu que “A garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo”.

Aliás, conforme acima referido, percebe-se, na jurisprudência mais recente, a forte tendência de se ouvir o embargado, quando os embargos podem apresentar efeitos infringentes.⁴²

Cintra, por sua vez, externa opinião intermediária. Afirma que, por já ter sido objeto do contraditório a matéria decidida, não se faz necessária nova audiência do embargado. Contudo, sustenta que, se a matéria objeto dos embargos de declaração ainda não foi debatida pelas partes, no curso do processo, aí, sim, será indispensável a audiência do embargado, sob pena de violação do princípio constitucional do contraditório.⁴³

⁴¹ “Embargos de declaração – aclaratórios acolhidos com efeito infringente – Ausência de intimação dos embargados – Cerceamento de defesa – Ocorrência – Nulidade do acórdão decretada. 1. É necessária a intimação prévia da parte adversa para o acolhimento de embargos declaratórios com caráter infringente. 2. Embargos de declaração acolhidos”. STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl no REsp 670.137/RN. Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 17.09.2007, v.u. (FERNANDES, 2008, p.119).

“Processo civil – Embargos de declaração com efeitos modificativos – falta de intimação do embargado – nulidade de julgamento – Correção do erro. 1. A jurisprudência está sedimentada nesta corte e no STF, no sentido da obrigatoriedade da intimação da parte contrária, em nome do princípio do contraditório, quando aos declaratórios for dado efeito modificativo. 2. Julgamento dos embargos, ao qual foi dado efeito modificativo a partir do voto-vista, sem intimação da parte contrária. 3. Nulidade assinalada em terceiros embargos, demonstrando o recorrente o erro material no julgamento. 4. Embargos de declaração acolhidos para declarar a nulidade do julgamento, a partir da interposição dos segundos declaratórios”. STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgIn 456.295/PA, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 01.08.2006, v.u. (FERNANDES, 2008, p.119).

“Embargos declaratórios – Efeito modificativo – Vista da parte contrária. Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal são reiterados no sentido da exigência de intimação do embargado quando os declaratórios veiculem pedido de efeito modificativo”. STF, RE 250.396-7/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.05.2000 (FERNANDES, 2008, p.119).

⁴² FERNANDES, 2008.

⁴³ CINTRA *apud* FERNANDES, 2008.

3 O DOGMA DO CONTRADITÓRIO E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE:

No transcurso do século XX, outros valores passaram a influenciar a conformação do contraditório, especialmente a necessidade de um ativismo judicial maior, a ânsia de efetividade, a exigir mais do que a simples proclamação formal das garantias processuais e a revitalização do caráter problemático do direito.⁴⁴

O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística, que se avolumou na segunda metade do século XX, haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravaram a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana.

Esse é um fruto mal conscientizado do positivismo jurídico, que postula o predomínio da norma como puro resultado do exercício do poder de comandar, para o qual “[...] não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva”. Empolgados pelo fulgor das doutrinas desenvolvidas no período autonomista da ciência processual, pela sofisticada trama de conceitos e estruturas que se aprimoraram ao longo de um século e pela suprema revelação de princípios que as Constituições políticas vão assegurando, somos levados a ver, no direito posto, o caminho único e inalterável para a plena realização da justiça.⁴⁵

Dinamarco, em seu livro “A instrumentalidade do processo”, diz que a ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

⁴⁵ DINAMARCO, 2009, p. 20-21.

tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização.⁴⁶

No mesmo sentido, afirma Cappelletti que nenhum aspecto dos modernos sistemas legais está a salvo da crítica, assim, o acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo.⁴⁷

Outrossim, Dinamarco afirma que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é, ao mesmo tempo, um princípio-síntese e o objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional, pois todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados, entre si, e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos⁴⁸.

Um exemplo claro disso é a sentença que se omite por completo sobre a prescrição alegada pelo réu e julga procedente a demanda inicial. Ao suprir essa omissão, em sede de embargos declaratórios, o juiz pode, legitimamente e sem a mínima infração ao sistema, acolher a defesa omitida e, ao acolhê-la, alterar radicalmente a conclusão do decisório; extinguindo, pois, o processo com julgamento do mérito a favor do réu e não mais do autor.⁴⁹

É preciso, então, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver, na obcecada imposição de todos e em cada um, a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis.

Muitas vezes, é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva, muitas

⁴⁶ DINAMARCO, C. Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁷ CAPPELLETTI *apud* DINAMARCO, 2009.

⁴⁸ DINAMARCO, 2008.

⁴⁹ DINAMARCO, 2009.

vezes, também; é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos por rumos indesejáveis.⁵⁰

A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é absoluto e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo, todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça. [...] Reler os princípios não renegá-los.⁵¹

É o caso das medidas cautelares ou antecipatórias, também concedidas *inaudita altera parte*, que trazem em si alguma transgressão à garantia constitucional do contraditório, justamente porque não são precedidas de qualquer manifestação do demandado, mas ninguém ousa repudiar essas medidas urgentes, pois estas são o instrumento adequado e apto a oferecer uma tutela jurisdicional que, se ficar para depois, tornar-se-á impossível, menos útil ou mesmo desprovida de qualquer utilidade.

Certamente, uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz e, sim, certezas, probabilidades e risco.⁵²

Assim, todo esse questionamento é importante, pois visa a propiciar uma justiça mais ágil, mais rápida e capaz de oferecer uma efetiva tutela jurisdicional em tempo razoável e, para isso, descompromissada dos preconceitos que envolvem os dogmas, principalmente, nesse caso, o contraditório.⁵³

Com a estatização do processo, configura-se uma alteração na perspectiva, à medida que o soberano, príncipe, passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual quando, posteriormente, seriam incrementadas pelas ideologias do iluminismo e pela revolução francesa.

⁵⁰ DINAMARCO, 2009.

⁵¹ *Ibid*, p. 23.

⁵² *Ibid*.

⁵³ DINAMARCO, 2009.

Assim, a concepção do contraditório passa a perder seu originário ponto de contato com o “*naturliche rechtsgrundsatz*”⁵⁴ e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da “verdade” formal. Daí a menção a uma simples audiência bilateral, garantia considerada atendida, quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida.

A busca em se fazer uma justiça mais acessível e efetiva revela-se extremamente importante, influenciando a maioria das constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar as tradicionais liberdades individuais.

Essa nova interpretação atinge o princípio do contraditório num momento em que se intensificam os estudos da lógica jurídica, que passa a constituir todos os momentos relevantes inerentes ao processo, recuperando o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes. Assim, determina-se uma mudança de sentido, indicando que o princípio deixa de ser meramente formal, no intuito de atender os *Standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo para além de simples requisito técnico de caráter não relevante.

À medida que se estabelece cada vez mais o caráter público do processo, insere-se o valor da efetividade com vistas a dar ao litígio uma solução mais rápida e eficiente. Valendo-se dessa nova interpretação, o contraditório encampa seu melhor instrumento técnico na possibilidade de concessão de medidas conservativas ou antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo e até, liminarmente, mesmo antes de ser ouvida a outra parte.

Desse modo, o contraditório apresenta-se de maneira renovada e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando como anteparo a possíveis lacunas, peculiaridade do inafastável caráter dialético do processo atual.

⁵⁴ Legalidade máxima.

O contraditório visa a representar, na verdade, o diálogo judicial de forma a garantir a democratização do processo, impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação da norma não redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo ao tecnicismo exagerado, obstruindo, assim, a efetiva e correta aplicação do direito e a justiça do caso concreto. Certamente, os novos fatos sociais que insurgem no ordenamento processual civil contemporâneo exigem, muita das vezes, a flexibilização desse importante instituto.⁵⁵

Logo, não se pode negar que a necessidade de cooperação das partes com o juiz, e deste com as partes, passou a intensificar a necessidade do contraditório, alargando o seu alcance, ao mesmo tempo em que o forte e relevante movimento da efetividade o faz diminuir, contrapondo-se a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que passa a Nação, à medida que a população recorre, desesperadamente, ao judiciário para solução de litígios complexos. As contradições cada vez maiores entre a velha ordem e as ideias neoliberais, intensificadas pela globalização, pregam a redução do aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de grande parcela da população brasileira.

Sem dúvida, todo esse emaranhado de situações complexas descredita a jurisdição e certamente reflete não só na duração do processo, mas também especificamente propiciando a quebra do contraditório. Esse é o atual momento do contraditório.

Nesse passo, vislumbra-se um possível adiamento do contraditório de forma que se observe a proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer sem o deferimento da cautela ou da tutela cuja antecipação se pretende, condicionada ainda à provável existência do direito afirmado, isto é, deverá haver a ponderação entre a garantia do acesso à jurisdição e a garantia do contraditório e ampla defesa.

⁵⁵ OLIVEIRA, 1999.

Mais uma vez, afirma-se ser possível a supressão do contraditório, muito embora quanto mais funda a intervenção da ordem judicial no patrimônio jurídico do demandado, como ocorre na antecipação do efeito executivo ou mandamental para prevenção do dano, mais acurado deve ser o exame dos pressupostos para a concessão da providência não precedida de prévio contraditório.⁵⁶

4 CONCLUSÃO:

Os embargos de declaração são um recurso com características bem peculiares, uma vez que possuem natureza vinculada, ou seja, fechada, é a sua oponibilidade prevista no artigo 535 do código de processo civil brasileiro, admitindo-se, também, o seu cabimento em casos de erros atípicos (erro material e erro de fato).

Constatou-se, ainda, que balizada jurisprudência e doutrina admitem os embargos de declaração com efeitos infringentes ou modificativos que, por sua vez, devem submeter à oitiva da parte adversa.

Acerca do instituto do contraditório, este possui previsão constitucional (art. 5º da constituição federal), que representa, junto com o princípio da ampla defesa, segurança do ordenamento jurídico, justificando, assim, a sua importância.

São exemplos de reflexões exigidas pelo valor atribuído ao contraditório:

- 1 Nos casos de prescrição em que o magistrado, num segundo momento, ao reconhecê-la, percebe que, ao reconhecer a prescrição, a decisão adquirirá caráter infringente. Assim, não será necessária a oitiva da parte contrária.
- 2 Nos casos de tutela de urgência em que se constata que o tutelado está com a vida em risco, a liberdade ou o patrimônio, não parece plausível a convocação da outra parte, excluindo-se, naquele exato momento, o contraditório, não

⁵⁶ OLIVEIRA, 1999.

impedindo que, num momento posterior, seja retomado tal procedimento, mas não há como negar a exclusão do contraditório nesses casos.

Sem dúvida, política processual moderna estabelece que deve haver a participação das partes no processo, refletindo o caráter democrático que envolve o complexo processual, mas, além dos casos em que se observou, se não houver prejuízo para as partes, pode-se e deve-se admitir a “flexibilização” do contraditório, tratando-se, logo, de exceções, não lhe retirando, portanto, o *status* de dogma, mesmo nos casos em que assume um aspecto diferido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

BRASIL. Código de processo civil. In: PINTO, Luiz de Toledo; WINDT, Márcia C. Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívía. **Vademecum**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, V. II.

COSTA, Moacyr Lobo da; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudos de história do processo: recursos**. São Paulo: Joen, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, L. E. S. **Embargos de declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. São Paulo: RT, 2008.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, J. M. G. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz. Guilherme. **Processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Vicente. **Embargos de declaração no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos no processo civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. São Paulo: RT, 2008.

NERY JÚNIOR, N. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, V. I

SEHNEM, Felix. **Embargos declaratórios**. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3681>>. Acesso em: 15. nov. 2009.

SILVA, Antônio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**AS LACUNAS NO PROCESSO DO TRABALHO E A LEI 11.382/2006: A
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 745-A DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA.**

Rayana Raquel Madeira Campos Almeida

Advogada, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho, aluna da pós-graduação em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: As constantes mudanças que vêm ocorrendo no Direito Processual Civil bem como suas interferências nos outros ramos do Direito, são freqüentemente objeto de estudo por diversos doutrinadores devido à sua grande importância na solução de conflitos práticos. Para que essa integração ocorra, faz-se necessária a análise sistemática e individual de cada mudança, uma vez que cada nova Lei deverá ser interpretada à luz do procedimento existente na matéria em particular. Dentro desse contexto, o presente artigo busca fazer uma breve análise diante da teoria das lacunas e da necessidade de complementação do Direito Processual do Trabalho, rompendo o formalismo jurídico, bem como a efetiva possibilidade de aplicação do artigo 745-A do Código de Processo Civil à execução trabalhista.

Abstract: The constant changes that are occurring in the civil procedural law and its interference in other branches of law, are frequently the object of study by several doctriners because its great importance in the solution of practical conflicts. For such integration occurs, it is necessary an individual and systematic analysis of each change, since each new law should be interpreted in the light of the existing procedure in this area in particular. Within that context, this article aims to make a brief analysis forth the theory of gaps and the need to complement the Labor Procedural Law, and the

possibility of effective implementation of Article 745-A of the Code of Civil Procedure enforcement labor.

Palavras-Chave: Gaps. Dogma. Complementação. Ancilosoamento. Aplicabilidade.

Keywords: Lacuna. Dogma. Complementation. Ageing. Applicability.

1 INTRODUÇÃO:

O presente artigo vem tratar da problemática acerca das transformações sofridas ao longo dos anos no Direito Processual Civil bem como seus efeitos, especificamente no direito Processual do Trabalho. Para tanto abordaremos a teoria das lacunas nos sistemas jurídicos, assunto relevante para o estudioso do direito devido à sua aplicabilidade prática, uma vez que oferece subsídio teórico à para a utilização de dispositivos de matérias distintas na resolução de conflitos. Em particular trataremos das inovações práticas trazidas pela Lei Federal de nº 11.382/2006, com o advento do artigo 745-A do Código de Processo Civil.

Cotidianamente, em seu ofício, os atores jurídicos – magistrados, advogados, membros das defensoras – deparam-se com questões cujas soluções não se encontram explicitamente desenhadas, o que os obriga a recorrer a outras fontes processuais.

Para admitir a existência de lacunas é preciso reconhecer o sistema jurídico como temporal e mutável. Logo, o conceito que se adota para lacuna jurídica entrelaça-se de forma intrínseca com o que se entende por direito. Assim é necessário entender que o direito é bem mais que um todo fechado e completo, aceitando-se que ele tem sob seu óbice questões para as quais lhe falta solução imediata, mas que, mesmo assim, o objetivo final, qual seja a realização da justiça, deverá ser atendido com presteza e de forma a aproximar-se o máximo da solução ideal para as partes envolvidas na querela.

Ao se falar de “lacunas da lei”, tem-se em vista, desde logo, a ideia de “sistema”, devendo ser adotada uma interpretação metafórica com o sentido de designar possíveis vazios dentro do ordenamento processualístico. Como veremos a seguir as

lacunas não necessariamente devem ser interpretadas como simplesmente a ausência de norma. Em alguns casos a norma existe no ordenamento jurídico, mas de certa forma, sua aplicação fará com que a solução encontrada seja injusta para as partes, não devendo assim, ser designada ao caso. Quando existir outra norma, que melhor se adeque ao caso, mas o dispositivo não pertencer ao código pré-determinado o julgador deverá utilizar aquela que possibilitar uma maior aproximação ao binômio pretensão-realidade.

É nesse cenário que passamos a analisar as recentes reformas sofridas pelo Código Processual Civil Pátrio com o intuito de atualizar e aprimorar seus preceitos, a fim de atender à constante reclamação por uma maior efetividade das decisões judiciais, efetividade esta que, por sua vez, revela-se de fundamental importância. Tais reformas afetam diretamente o direito processual do trabalho, fazendo com que o legislador atente para a possibilidade de interpretação extensiva.

Especificamente, é o caso da Lei 11.382/2006 sob análise nesse artigo, que trouxe diversas inovações, as quais seriam aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho. Diante trataremos de dissipar as dúvidas acerca de sua aplicabilidade.

2 AS LACUNAS NOS SISTEMAS JURÍDICOS:

2.1 Perspectiva Histórica:

Uma das primeiras referências à existência de lacunas nos sistemas jurídicos e acerca dos meios possíveis para suprimi-las aparece em Aristóteles, em seu “*Ética a Nicômaco*”:

“Quando, portanto, uma lei estabelece uma regra universal e sobrevêm em seguida um caso que escapa a essa regra universal, é então legítimo - na medida em que a disposição tomada pelo legislador é insuficiente e errônea por causa de seu caráter absoluto - trazer um corretivo para suprir essa insuficiência editando o que o próprio legislador editaria se lá

*estivesse, e o que teria prescrito em lei se tivesse tido conhecimento do caso em questão”.*¹

O dogma da completude do direito (e, portanto, a negação da existência das lacunas) parece ter raízes na Idade Média. Nesta época, o culto à obra romana levou muitos estudiosos a advogar que suas disposições conteriam soluções para quaisquer lides que porventura surgissem, uma vez que foi este povo uma das primeiras civilizações a propor a codificação de suas normas diante da impossibilidade de impô-las de outra forma aos vastos territórios por eles conquistados. Norberto Bobbio² afirma que a interpretação extensiva substituiu largamente a equidade, o que corrobora a noção de que o direito romano era visto como capaz de fornecer resposta suficiente a todas as demandas da sociedade.

Todavia, caso em alguma oportunidade ocorresse a inexistência de regra positiva aplicável, poderia ainda o juiz recorrer à sabedoria divina, aos peritos locais ou a seu foro íntimo.

Nos países regidos pela *common law*, já no século XIV, sentiu-se a necessidade de se permitir ao magistrado proferir novas soluções quando a aplicação exclusiva do precedente acarretasse situações desarrazoadas. Foi neste mesmo período que surgiram as chamadas *Courts of Equity*, as quais foram responsáveis pela formação de um entendimento a qual poderia a reger os casos não previstos pela *common law*.

Nesses Tribunais, o Chanceler (“juiz”) decidia o caso concreto conforme a equidade, tendo seu trabalho culminado na formulação de regras de *equity*, de cunho eminentemente moral, as quais visavam aperfeiçoar, no interesse da moral, o sistema de direito aplicado pelos tribunais.

No entanto, foi apenas durante a Era Moderna, quando ocorreu a formação dos Estados nacionais, que a noção de sistema jurídico fechado e completo pôde desenvolver-se em sua plenitude uma vez que o estado tomou para si o controle das resoluções que litígios entre os cidadãos, extinguindo aos poucos a figura da autotutela.

Vale ressaltar que o monopólio da normatização jurídica pelo Estado foi concebido principalmente como meio de garantir a soberania e de fixação das fronteiras,

¹ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 1137b, 19-24. *Apud* PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

² BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília, Pólis, 1991, p.120.

pois subordinava toda a população ao poder de uma autoridade central, única fonte de jurisdição. O Estado centralizador deveria, portanto, estar apto a resolver qualquer questão juridicamente relevante, conforme as regras impostas por ele mesmo.

A conseqüência do aprofundamento e da “radicalização” desta ideologia foram o fenômeno da codificação das normas e o correspondente surgimento de escolas jurídicas empenhadas na defesa do ideal da completude dos códigos, destacando-se na metade do século XIX a *Escola da Exegese* e o culto incondicional ao Código Napoleão. Neste momento, quando ocorre a codificação dos principais ordenamentos jurídicos da época acreditava-se que a Lei escrita era completa em si mesma e o caso deveria adaptar-se à norma, não o contrário. Aqueles que compartilham do pensamento exegético acreditam que a Lei seria a expressão da própria razão e, portanto, perfeita.

O art. 4º do referido Código Napoleônico trazia a máxima de que o juiz nunca poderia se esquivar do julgamento devendo, no entanto, a interpretação do julgador ser mecânica, atentando-se para a “intenção do legislador”.

A principal corrente contestadora das ideias da Escola da Exegese foi a *Escola de Direito Livre* que se desenvolveu na Alemanha e na França e com o que propiciou a existência de um debate acerca do fetichismo da norma pregado pelos exegetas uma vez que esta escola admitia outras fontes jurídicas ao lado das leis estatais, indo além de uma simples teoria de interpretação.

O século XIX assistiu, ainda, ao surgimento da sociologia, com a perspectiva de apresentar o fenômeno jurídico como oriundo do cerne da sociedade e não mais um produto do Estado, servindo em grande escala ao fim do mito de sua onipotência. Esta também teve grande influência na diminuição do culto à completude dos ordenamentos positivos, principalmente daqueles reduzidos a códigos.

Uma vez ameaçada a tese da completude do direito positivo, surgiram novas teorias com o intuito de defender a onisciência da lei. Uma delas, a *Teoria do Espaço Jurídico Vazio*, consagrava as atividades como humanas passíveis de divisão em dois grupos: as reguladas e as não reguladas pelo direito.

A partir desta constatação, argumentou-se que estas últimas seriam juridicamente irrelevantes, fazendo parte do *espaço jurídico vazio*. Assim, não se deveria questionar a existência de lacunas, pois ou a ação humana havia sido regulada

pelo direito estando prevista no ordenamento jurídico, ou esta lhe seria indiferente. A crítica sabiamente contraposta a esta teoria foi a de que se estaria igualando a esfera do jurídico à do obrigatório, esquecendo-se de que o direito também regula a permissividade.

Outra teoria que obteve grande projeção buscando coroar a visão hermética do direito foi a da *norma geral exclusiva*, segundo a qual uma norma nunca nasce sozinha, mas é sempre acompanhada de uma norma geral exclusiva, de caráter contrário, para reger todos os casos que se diferenciem daquele abordado pela norma particular.

Atualmente, a doutrina mais progressista ultrapassou o debate acerca da completude do ordenamento jurídico, admitindo ser o direito aberto, comportando em seu seio dimensões que não apenas a normativa, mas abraçando também e principalmente conteúdos de teor axiológico, consoante, a título de ilustração, a consagrada teoria tridimensional do direito desenvolvida pelo eminente professor Miguel Reale.³

Todavia, a doutrina encontra-se pacífica quanto à competência do Poder Judiciário para a colmatação das lacunas, podendo ser citada, nos dias atuais, a grande doutrinadora *Maria Helena Diniz*⁴ quando afirma que “*A expressão ‘lacuna’ concerne a um estado incompleto do sistema*”.

Completando esse raciocínio, a eminente Professora diz:

“Convém salientar, ainda, que o vocábulo “lacuna” foi introduzido, com um sentido metafórico para designar os possíveis “vazios”, ou melhor, os referidos casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução; em que há, por outras palavras, uma impossibilidade lógica de solução normativa a um caso, dentro de um determinado sistema”.

Acerca deste mesmo tema a professora Maria Helena Diniz - *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 437 – afirma que são três as principais espécies de lacunas:

³ Para Miguel REALE, o direito comporta três aspectos básicos: normativo, fático e axiológico, conforme argumentação doutamente desenvolvida em sua obra *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 65.

⁴ In “*As Lacunas do Direito*”, 2 ed. aumentada e atualizada. Saraiva, SP, 1989, p. 29.

1ª) normativa, quando há ausência de norma sobre determinado caso;

2ª) ontológica, há norma, mas ela não corresponde aos fatos sociais – apesar de existir dispositivo específico a norma envelheceu diante das transformações sócias, tendo se dado o instituto do o anclamento da norma positiva;

3ª) axiológica, existe a norma, mas ela se revela injusta – caso o dispositivo seja aplicado ao caso concreto solução do caso será insatisfatória ou injusta.

Cândido Rangel Dinamarco, enfrenta o problema à luz da integração da própria norma processual, vejamos:

A integração da norma processual consiste em suprir lacunas da lei mediante o recurso aos princípios gerais do direito, aos usos e costumes (que são fonte de lei) e à analogia. Por força desta, estendem-se as disposições de um texto as situações não previstas, mas às quais se possa razoavelmente afirmar que o legislador atribuiria as mesmas conseqüências jurídicas se as houvesse previsto [...] (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, Tomo I, 2005, pp. 107-108)

No que tange o Direito Processual do Trabalho, merece destaque a obra de Luciano Athayde Chaves o qual afirma que:

"Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microssistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando - ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto - este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes" (CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29).

Dessa forma, passaremos, a seguir, a estudar as teorias acerca das Lacunas e os dogmas da completude do sistema processual trabalhista.

2.2 A Teoria Kelseniana:

Hans Kelsen afirma ser a lacuna uma ficção jurídica. Argumenta desta forma que, se determinada queixa não encontrava resposta num preceito do ordenamento, isto significava que em primeira análise esta questão seria irrelevante ao direito, uma vez que via este como um todo ordenado, fechado e completo.⁵

No caso concreto caso um juiz recusasse uma demanda sob a alegação de que não havia norma aplicável, ele estava de fato aplicando o direito vigente. Apesar disso admitia que o juiz, ao se deparar com uma lide cuja solução não fora prevista pelo ordenamento, podia considerar que simplesmente ignorá-la o faria compactuar com uma situação injusta, quando acreditasse na pertinência do pedido, desta forma Kelsen reconhecia ao magistrado a prerrogativa de agir como legislador para o caso concreto quando a lei fosse omissa, sem que com isso estivesse reconhecendo a incompletude do ordenamento já que estava criando uma nova norma, um acréscimo ao direito efetivamente válido.

Conclui KELSEN que:

A teoria das lacunas do Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial. Mas o sancionamento dessa teoria fictícia pelo legislador tem o efeito desejado de restringir consideravelmente a autorização que o juiz tem de atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração.⁶

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 297.

⁶ KELSEN, Hans. Tradução de Luís Carlos Borges. “Teoria Geral do Direito e do Estado”. Fontes. 2 ed. 1ª reimpressão. SP, 1995, p. 149-151.

Além disso, Kelsen entendia a teoria das lacunas como um meio de esconder a verdadeira condição do direito nestas ocasiões: aplicá-lo, tal como se encontrasse, seria logicamente possível, mas traduzir-se-ia em um resultado contrário ao sentimento de justiça do julgador.

3 O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E SUA NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO:

O Direito Processual do Trabalho, assim como qualquer outro sistema normativo (de regras e princípios), está passível aos efeitos das quebras e das lacunas, em especial como resultado da ação do tempo, do desenvolvimento das novas técnicas jurídicas e do câmbio dos valores que formam a base axiológica de sustentação de qualquer sistema.

Não bastasse isso, o Processo do Trabalho, encravado na CLT, contemporâneo do diploma processual de 1939, não pode deixar de se adaptar novos institutos trazidos ao campo do processo pela Constituição Federal e por todas as ondas modernizadoras do processo comum.

Várias das inovações processuais introduzidas na última década no processo comum são de grande valia para o Processo do Trabalho. E não há dificuldade para a aplicação da subsidiariedade quando não existe norma correspondente na legislação especializada e o instituto transportado se adéqua ao processo trabalhista.

Assim como nos demais ramos jurídicos, também no Direito Processual do Trabalho algumas ferramentas e institutos podem não mais demonstrar a importância de outrora, perdendo sua legitimidade jurídica e demandando, em consequência, o preenchimento de uma lacuna.

3.1 O Princípio da Subsidiariedade no Direito Processual do Trabalho:

O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em seu texto afirma “*que nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível*” com as suas normas, e a partir daí pode se depreender o chamado princípio da subsidiariedade, além

de a incompletude do ordenamento jurídico-processual trabalho estar expressamente reconhecida em lei. No entanto não se pode reduzir o alcance da expressão "omissão", de que trata o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, apenas ao nível das lacunas normativas.

A expressão "omissão" deve ser interpretada à luz das modernas teorias das lacunas, de modo a preservar a efetividade do Direito Processual do Trabalho, permitindo sua revitalização, a partir da absorção de novos valores, princípios, técnicas, institutos e ferramentas que lhe conservem a celeridade.

O transporte de institutos do processo comum para o processo do trabalho demanda o exame da sua compatibilidade com a arquitetura lógica da legislação processual trabalhista, tal mecanismo deverá ser caracterizado como de "mão dupla", igualmente admitindo, no exame de cada caso em concreto, a percepção e o reconhecimento da superação da norma processual trabalhista diante de novos mecanismos processuais – ainda que no domínio do processo comum, aplicando-os, conforme a situação.

Este é o sentido da síntese de *Souto Maior*:

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo comum, sob pena de negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o

processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo. Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto sob o prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual ('Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho'. *Revista LTr*, São Paulo, 2006, v. 70, n. 8, p. 920-1).

Caso não seja permitido, esse caráter dúplice da técnica da subsidiariedade entre o processo comum e o trabalhista, haveria dificuldades teóricas em explicar o fenômeno do desenvolvimento do processo trabalhista já em curso. Vejamos o que diz o doutrinador *Luciano Athayde Chaves* acerca desse tema:

(...) o caráter especial do Direito Processual do Trabalho somente tem justificativa histórica se suas normas potencializarem os escopos da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. Normas processuais trabalhistas superadas pelo tempo e pela técnica, em face do processo comum, não podem mais ostentar validade, *mercê de sua flagrante incompatibilidade teleológica e sistemática com o próprio Direito Processual do Trabalho*. (CHAVES, Luciano Athayde. As reformas processuais e o processo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1588, 6 nov. 2007.)

Desta forma, diante da existência expressa do princípio da subsidiariedade existente no direito do trabalho, é perfeitamente possível, que ao analisar o caso concreto, o Magistrado possa utilizar-se de outras fontes no caso de inexistência de dispositivo correspondente na Lei específica.

a) Interpretação tradicional:

Partindo de um *exame literal* do preceito em questão, teríamos que a integração de uma eventual lacuna do ordenamento processual trabalhista, mediante a utilização de normas contidas no processo comum, notadamente no processo civil, dependeria de duas premissas cumulativas: a *ausência* de uma regra específica dentro do ordenamento trabalhista, apta a solucionar ou disciplinar o problema ou a situação que se apresenta no transcorrer do processo e; a *existência* de uma regra específica dentro do ordenamento comum (civil) que possa satisfatoriamente cumprir essa função.

Dentro dessa linha de raciocínio, haveria ainda de se distinguir entre as hipóteses de ausência normativa genuína e de falsa ausência normativa, ou de ausência normativa ilusória.

Na ausência normativa genuína, o legislador trabalhista efetivamente não teria antevisto ou imaginado a possibilidade de que uma determinada situação pudesse ocorrer e, por conseguinte, nada haveria disciplinado a respeito dela; na ausência normativa ilusória, a falta de um preceito específico decorreria de uma escolha deliberada do legislador trabalhista em não incorporar aquele determinado instrumento, em não adotar aquela figura respectiva.

b) Análise crítica:

A inferência de que o artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas estabeleceria duas premissas diferentes, não parece resistir a um exame detalhado de seu conteúdo. É que, na realidade, suas duas partes, se decompostas, diriam fundamentalmente a mesma coisa. Assim, isolando-se a primeira parte, teríamos: “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho*”

Considerando-se, como visto, que nem toda ausência de previsão explícita significaria necessariamente a ocorrência de uma omissão do legislador, a redução da incidência desta àquelas situações de genuína lacuna, já necessariamente iria *filtrar* os preceitos compatíveis eventualmente existentes no âmbito do processo comum, o que tornaria ocioso qualquer detalhamento ulterior.

Já se separarmos a segunda parte do artigo, teríamos que “*o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”.

Se a norma é *subsidiária*, isto naturalmente significa que, previamente a ela, existiria um sistema principal, cujos ditames, porém não seriam suficientes. Ou seja, haveria uma estrutura normativa antecedente *incompleta* ou *omissa*, reclamando a necessidade de *integração supletiva*; já a menção ao adjetivo *incompatível* claramente denuncia que não bastaria a insuficiência do sistema principal para atrair para seu bojo o *suposto preceito complementar*, pertencente ao direito adjetivo comum. Este teria de alguma maneira, de adequar-se ao conteúdo do sistema principal considerado incompleto.

Desta forma o conteúdo do artigo 769 não comporta uma interpretação meramente literal, uma vez que esta conduz a uma *utilização conjugada* das idéias de omissão e incompatibilidade.

3.2 O anciloseamento normativo:

O instituto do anciloseamento normativo ocorre quando uma norma jurídica “*envelhece*” tornado-se inapropriada para a resolução de determinado caso, mesmo que se dirija de forma específica, a qual deverá substituída por outra mais moderna, mesmo que não do mesmo quadro processual jurídico, como vem ocorrendo recentemente entre o direito processual civil e o direito processual do trabalho.

Neste contexto, pode ser observado que apesar de existir na carta celetista normas específicas para o processo de execução no âmbito da justiça do trabalho, a mesma tornou-se obsoleta diante das possibilidades apresentadas pelas normas recentes do processo civil comum, mais modernas e mais respeitadoras dos princípios de celeridade, e da razoável duração do processo – este último, princípio de natureza constitucional, e, portanto, hierarquicamente superior à norma antiga.

Ante a possibilidade do anciloseamento normativo, vejamos diante de um caso real sua aplicabilidade prática, diante do que dispõe o Meritíssimo Juiz na ata de audiência do processo de n.º 148/2007, na Comarca de Oeiras, Piauí, *verbis*:

Ata de Audiência no Processo da Reclamação n.º 148/2007

(...)

RECLAMANTE: PAULO JOSÉ FRANCISCO;

**RECLAMADO: ETEC EMPRESA TECNICA DE CONST.
E SERV.**

LTDA

(...)

I - FUNDAMENTAÇÃO:

Do mérito

(...)

DA APLICAÇÃO DO ART.475-J DO CPC

Dispõe o art. 475-J do CPC que "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."

Entendo aplicável a disposição legal pela sua compatibilidade com os princípios do processo do trabalho, notadamente considerando as recentes inovações no âmbito processual moderno que priorizam os princípios da instrumentalidade, da razoável duração do processo e da efetividade da tutela jurisdicional. Permissividade do art. 769 da CLT.

Em se tratando de processo do trabalho, no qual se discute acerca de valores devidos em face da disponibilização da força de trabalho pelo empregado, necessário que se ofereça condições para efetiva prestação jurisdicional sem limitar-se à simples tutela requestada. Objetiva-se, com isso, acelerar a adimplência da obrigação.

Comentando, Luciano Athayde Chaves esclarece que não vê "qualquer dificuldade em considerar, por exemplo, aplicável ao processo do trabalhista o sistema de cumprimento da sentença previsto na Lei n. 11.232/2005 (art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil).

A exigência, por exemplo, de mandado judicial a inaugurar a fase de execução, de que cogita o art. 880 da CLT, **está indubitavelmente atingida pelo anciloso normativo, produzindo um espaço lacunoso diante da nova técnica processual e de seus novos valores** (efetividade processual, mitigação das garantias do executado em benefício da duração razoável do processo, etc), máxime quando não existe tal procedimento no âmbito dos Juizados Especiais (art. 51, Inciso IV, Lei n. 9.099/95) subsistema de identidade principiológica e valorativa com o processo trabalhista."

Francisco Antonio de Oliveira, de forma bastante precisa, ministra que:

“Não se pode negar que **o conteúdo redacional do artigo 880 da CLT está anciloso no que diz respeito à exigência de citação e no tocante à multa, daí a possibilidade de o intérprete valer-se da lacuna ontológica para dar prestígio à norma frente à realidade.** Existe também a possibilidade de vislumbrar a lacuna axiológica, pois embora exista a norma legal, está tão envelhecida que não condiz com a realidade; prova disso é que o processo civil tão renitente em adotar normatização mais avançada, está na dianteira do processo trabalhista, não mais exigindo a citação e aplicando multa ao devedor renitente".

Assim, apesar de contar com normas específicas acerca de seu processo de execução - dos artigos 876 e seguintes da Consolidação das Leis Trabalhistas – deverá ser aplicado à execução trabalhista, de forma subsidiária, o artigo 745-A do Código de

Processo Civil, já que a norma específica encontra-se visivelmente atingida pelo fenômeno do anciloseamento jurídico.

4 A LEI FEDERAL 11.382/2006:

Em 20 de janeiro de 2007 entrou em vigor a Lei nº 11.382/2006, modificando substancialmente o processo de execução dos títulos extrajudiciais, na tentativa de “desburocratizar a execução” e tornar mais célere o trâmite para o recebimento de créditos.

Cumprido ressaltar que o caminho que fez com que fosse promulgada a Lei Federal 11.382/2006 foi, de forma inegável, ladeado pelo chamado *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*, que teve em seu texto, inserido um projeto elaborado por Humberto Theodoro Júnior e apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP ao Ministério da Justiça.

Referido *Pacto*, firmado pelos três poderes, visava juntar esforços para obter um melhoramento do serviço prestado pelo judiciário. Vejamos o que diz seu preâmbulo:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Em face do gigantesco esforço expendido, sobretudo nos últimos dez anos, produziram-se dezenas de documentos sobre a crise do Judiciário brasileiro, acompanhados de notáveis propostas visando ao seu aprimoramento.

Os próprios Tribunais e as associações de magistrados têm estado à frente desse processo, com significativas proposições e com muitas iniciativas inovadoras, a demonstrar que não há

óbices corporativistas a que mais avanços reais sejam conquistados.

O Poder Legislativo não tem se eximido da tarefa de contribuir para um Judiciário melhor, como demonstram a recém-promulgada reforma constitucional (EC no 45/2004) e várias modificações nas leis processuais.

A reforma do sistema judicial tornou-se prioridade também para o Poder Executivo, que criou a Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, a qual tem colaborado na sistematização de propostas e em mudanças administrativas.

São essas as premissas que levam os três Poderes do Estado a se reunirem em sessão solene, a fim de subscreverem um **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano**, consubstanciado nos seguintes compromissos fundamentais: [...].

Assim, foram incluídas vinte e seis sugestões, tendo sido encaminhadas ao Congresso Nacional para a reforma infraconstitucional do processo comum. Sem essa mobilização social, dificilmente essa onda de reformas do Código de Processo Civil teria existido.

Dos projetos visando à alteração do processo civil, vários já foram convertidos em lei (Leis número. 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06 e 11.382/2006), que tratam de temas relevantes para a processualística, num contexto em que se busca a efetividade do sistema judiciário e a duração razoável do processo, este último traduzido como direito fundamental pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

A lei 11.382/2006 veio a complementar a grande modernização das vias executivas trazidas pela Lei 11.232/2005 fazendo com que, tanto as sentenças como os títulos extrajudiciais fossem dotados de um procedimento mais simples. De forma específica, a Lei 11.382/06 trouxe inúmeras inovações, dentre elas, formas alternativas de expropriação judicial.

O modelo adotado pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, no seu artigo 880, é o mesmo reproduzido do processo comum: penhora, avaliação, e designação de hasta pública, podendo, no entanto, o exequente concorrer com o arrematante, tendo aquele preferência, no Processo do Trabalho, se iguais os lances (art. 880, § 1º, CLT). No entanto, observa-se que tal mecanismo é de pouquíssima efetividade.

Pela nova redação do art. 686 do CPC, trazida pela referida lei federal, a hasta pública somente terá lugar se:

- a) não for requerida a adjudicação do bem pelo credor ou
- b) não for realizada a alienação por iniciativa particular.

O novo art. 685-A, por sua vez, estabelece que o credor pode requerer a imediata adjudicação do bem penhorado, oferecendo o preço não inferior ao da avaliação. Mais adiante, o art. 685-C define a alienação por iniciativa particular: "*não ocorrente adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá solicitar sua alienação por iniciativa dele exequente ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária*".

Apesar de soar como total novidade, já existia na ciência processual brasileira, um dispositivo que trás a expropriação em procedimento diverso da hasta pública. Com efeito, estabelece o art. 52 da Lei Federal n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais: "*na alienação forçada dos bens, o juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em Juízo até a data fixada para a praça ou leilão*" (art. 52, inciso VII).

Como pode ser observado, o que propõe a Lei Federal 11.382/2006 é uma ampliação do sistema, já de certa forma em vigor na Lei n. 9.099/95, que absorveu o instituto da alienação por iniciativa do devedor; quanto à adjudicação antes mesmo da hasta pública.

Logo, tendo em conta a completa ausência de regramento na CLT quanto à possibilidade de alienação do bem penhorado por iniciativa particular, é de se admitir, por incidência da norma da subsidiariedade prevista no art. 769 a aplicação supletiva das novas regras trazidas pela Lei n. 11.382/06. Além disso, essa aplicação de forma subsidiária está em consonância com a duração razoável do processo.

Entretanto, dentre as várias inovações trazidas pela nova Lei, uma delas parece chamar mais a atenção, qual seja, a possibilidade de o devedor confesso obter o parcelamento da dívida, posto que passaremos por conseguinte a analisar esse interessante dispositivo.

4.1 O artigo 745-A da Lei nº 11.382/2006 - A Moratória Legal assegurada ao devedor que renuncia ao direito de embargar:

A possibilidade trazida pelo artigo 745-A introduzido no Código Processual Civil pátrio pela Lei nº 11382/2006, é de fato inédita, uma vez que possibilita ao devedor confesso, que desiste de embargar o parcelamento do montante referente à sua dívida. Vejamos, na íntegra, o que diz referido dispositivo:

Art. 745-A - No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

Como pode ser observado o artigo supracitado dá ao devedor a possibilidade de uma forma parcelada de pagamento, instituindo uma espécie de moratória. Ocorre que para tanto, o devedor não poderá em nenhum momento contestar a quantia que está

sendo pretendida, reconhecendo-a em sua totalidade, em decorrência disso, renunciando ao direito de opor embargos.

Com efeito, nos termos da norma inserta no art. 745-A do Estatuto Processual Civil, acrescida pela citada Lei, uma vez cientificado o devedor dos termos da execução, poderá discutir a dívida, total ou parcialmente, desde que o faça no prazo de 15 dias ou pagá-la de duas formas: à vista, no prazo de três dias ou em até sete prestações, nos termos da previsão constante do art. 652-A combinado com o art. 745-A do CPC.

Entretanto, para que possa o devedor usufruir de tal benefício deve, em primeiro lugar, reconhecer a existência da dívida, sendo-lhe proibido discutir qualquer aspecto do crédito pretendido e, ao mesmo tempo, apresentar o comprovante do depósito do valor correspondente a 30% do total da execução, acrescido de custas e dos honorários de advogado requerendo o pagamento do restante do débito em até seis parcelas, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Na hipótese do pagamento integral do débito no prazo previsto no art. 652-A do CPC, “*a verba honorária será reduzida pela metade*”, o que pode ser um grande estímulo para que o devedor decida quitar desde logo a dívida, embora na justiça do trabalho os honorários sucumbenciais não atinjam, em sua maioria, uma quantia vultosa.

Quanto a tratar-se esse instituto de uma espécie de moratória estabelecida pelo legislador, vejamos o que argúi o douto Humberto Theodoro:

O novo art. 745-A institui uma espécie de moratória legal, como incidente da execução do título extrajudicial por quantia certa, por meio do qual se pode obter o parcelamento da dívida. A medida tem o propósito de facilitar a satisfação do crédito ajuizado, com vantagens tanto para o executado quanto para o exeqüente. O devedor se beneficia com o prazo de espera e o afastamento dos riscos e custos da expropriação executiva; o credor por sua vez, recebe uma parcela do crédito desde logo, e fica livre dos percalços dos embargos do executado. De mais a mais, a espera é pequena – apenas seis meses no máximo –, um prazo que não seria suficiente para solucionar os eventuais

embargos do executado e chegar, normalmente à expropriação de bens penhorados e à satisfação do crédito ajuizado. (Theodoro Júnior, 2007, p. 216)

Pela letra da Lei pode-se extrair que a moratória instituída é um direito do subjetivo do credor e um direito objetivo do devedor. Estando presentes todos os pré-requisitos instituídos no artigo, a atuação do magistrado torna-se exígua, enquanto não cabe ao credor a concordância quanto a essa possibilidade.

Como já foi dito anteriormente, é um direito inerente ao devedor, e somente quando não estiverem presentes os requisitos necessários é que o requerimento feito pelo executado será negado. Uma vez negado o requerimento, a execução prosseguirá em sua normalidade, e o depósito de 30% feito pelo devedor, ficará à disposição do judiciário como forma de garantir, ainda que parcialmente, a execução.

Apesar disso, urge salientar que parece ser recomendável que se deva ouvir o credor antes de ser deferido o parcelamento, uma vez que este não pressupõe nenhuma garantia de que seja efetivamente cumprido, afinal, é ele e não o legislador ou o juiz o titular do crédito, já que uma vez deferido o pedido de parcelamento são suspensos todos os atos executivos.

Ao mesmo tempo em que o dispositivo possibilita esse procedimento, prevê também duras penas caso o devedor descumpra com suas obrigações. O § 2º dispõe que o não pagamento de qualquer das prestações implicará, o vencimento das parcelas vencidas e vincendas e ainda o prosseguimento do processo de execução, com o imediato início dos atos executivos, sendo imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas, e restando vedada a oposição de embargos. Desta forma, processo executivo prosseguirá sem que o executado possa rediscutir a dívida, ora confessa.

Mais uma vez, com a instituição da multa supracitada, pode ser observada a existência de dispositivos anteriormente presentes no Código de Processo Civil Pátrio, já que o artigo 475-J prevê em seu texto que “*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*”.

A nova regra estabelecida tem o pressuposto de evitar o prolongamento da discussão acerca da dívida, uma vez que, quando do cumprimento da sentença, gastou-se um lapso temporal considerável. Devido a isso, fica impossibilitado que, ao conhecer da sentença condenatória, após todo o procedimento executório normal, o executado venha a requerer a aplicação da regra, com o parcelamento subsequente do montante a ser pago.

Em estudo recente sobre a norma, *Francisco da Chagas Lima Filho* diz em seu artigo que:

Embora a nova norma possa constituir um incentivo para o pagamento de débitos objeto de execução e com isso permitindo maior celeridade na prestação jurisdicional diminuindo o grau de litigiosidade existente na sociedade, a Lei peca quando não exige nenhuma garantia do credor para que possa ser contemplado com o aludido benefício, embora para obtê-lo tenha que exibir o pagamento de 30% do valor da execução.

Teria andado melhor o legislador se tivesse exigido além do pagamento de parte da dívida algum tipo de garantia do devedor para que o benefício do parcelamento fosse concedido evitando que maus pagadores possam lançar mão da faculdade legal apenas para protelar a execução com o pagamento de apenas 30% do devido. (Francisco das C. Lima Filho, disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/>)

Apesar dessa omissão legislativa, não se pode deixar de reconhecer que o legislador deu um passo muito importante para facilitar a satisfação do crédito em um período de tempo em que provavelmente a execução não atingiria sua finalidade, uma vez que com a grande quantidade de processos existentes torna-se impossível solucionar os conflitos neles revelados de forma oportuna e efetiva.

4.2 A possibilidade de aplicação da norma ao Direito Processual do Trabalho:

Após essa breve análise acerca da novidade trazida pela lei nº 11.382/2006 por meio do artigo 745-A, passemos agora a discutir acerca da possibilidade de sua aplicação ao processo laboral, por meio das técnicas de integração e preenchimento das lacunas existentes, como já foi anteriormente explicitado.

Existem doutrinadores que defendem a inaplicabilidade de tal norma no Direito Processual do Trabalho, como por exemplo, *Luciano Athayde Chaves*, em sua obra “*A Recente Reforma no Processo Comum – Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho*”, página 319, quando diz, *verbis*, que:

(...) ainda que se trate de permissivo apenas para a confissão de dívida e o parcelamento na execução fundada em título extrajudicial, há uma importante diferença entre a natureza dos créditos executados no processo comum e no Direito Judiciário do Trabalho. Enquanto lá eles têm natureza ordinariamente quirografária, sem qualquer privilégio legal, aqui os créditos são de natureza trabalhista, portanto de cariz alimentar, ainda que inerentes de contratos não empregatícios.

Assim, considerando que, na execução trabalhista respaldada por título extrajudicial, existe necessidade de garantia de juízo (art. 884, CLT), como já assentei em diversas passagens deste livro, penso que o parcelamento da dívida somente teria lugar na Justiça do trabalho se decorrente de ajuste entre às partes, com a homologação judicial necessária, para fins de sobrestamento dos atos executivos.

(...)

Não vislumbro diante desses fundamentos, terreno fértil para a aplicação do art. 745-A do Código de Processo Civil ao Código Processual do Trabalho.

Ocorre que, embora exista pertinência nas palavras do autor, as evidências demonstram que a posição adequada seria contrária a por ele adotada. O artigo 8º, parágrafo único da Consolidação das Leis Trabalhistas, *verbis*, diz que:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste

A partir daí, dadas as condições previstas no art. 769 da Lei Consolidada para aplicação subsidiária das normas do direito processual comum ao direito processual laboral – princípio da subsidiariedade – se extrai que a aplicação de normas do Direito Processual Civil no procedimento trabalhista somente se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional labora⁷.

Nessa perspectiva, a norma do art. 745-A do CPC advinda com a Lei 11.382/06 parece satisfazer à mencionada exigência contida no art. 769 da CLT, na medida em se mostra compatível com os princípios informativos do Processo Laboral nomeadamente os princípios da celeridade, da conciliação e da proteção ao trabalhador, em regra autor das ações trabalhistas

⁷ LIMA FILHO, Francisco das C. *Violação à cláusula constitucional do devido processo legal para Lei 11.277/06. Inaplicabilidade ao processo laboral*. In: CHAVES, Luciano Athayde (Coord.). *Direito Processual do Trabalho: Reforma e Efetividade*. São Paulo: LTr, 2007, p. 359/374. Vide também SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Incompatibilidades – Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho*. Suplemento Especial “O Trabalho”. Curitiba: n. 115 - setembro/2006, p. 3481-3495.

que poderá além de receber desde logo 30% de seu crédito, ver quitado o restante em razoável espaço de tempo (seis parcelas) sem ter que esperar uma longa e não raro morosa execução cheia de percalços que poderá inclusive terminar sem nenhuma efetividade, como a realidade e a experiência forense nos tem mostrado em muitos casos (Francisco das C. Lima Filho, disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/>)

Acerca deste mesmo tema o douto jurista Marinoni afirma que :

(...) em razão da regra que permite a aplicação subsidiária ao cumprimento de sentença, naquilo que não for incompatível, das regras da execução por quantia certa fundada em título extrajudicial (art. 475-R, CPC). Como se trata de uma técnica de incentivo ao cumprimento espontâneo da obrigação – (portanto, em consonância com o princípio da efetividade), e não havendo qualquer inadequação com o procedimento executivo para a execução da sentença, seria possível que o executado, no prazo para impugnar a execução, exercesse o direito potestativo ao parcelamento da dívida previsto no art. 745-A do CPC. Marinoni (2004 apud CUNHA, DIDER JR et al, 2009, p. 387-388)

Não foi outro o entendimento do Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Andrade Marques, no julgamento do Agravo de instrumento n. 990.10.202824-0[6], que seguindo o entendimento de Marinoni relatou o seguinte:

Ratificando o entendimento de Marinoni, o Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Andrade Marques, no julgamento do Agravo de instrumento n. 990.10.202824-0[6], relatou o seguinte:

(...) As alterações do ordenamento processual civil foram realizadas na tentativa de tornar mais célere e efetiva a tutela jurisdicional, como, no caso, o instituto do cumprimento de sentença para, em prazo menor, entregar ao exequente, o direito perseguido. Nessa cadência, houve a distinção entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, cada um respeitando suas condições e particularidades.

Assim, os títulos executivos judiciais foram disciplinados em apartado na legislação processual e sua forma de execução é diferenciada.

Porém, para evitar lacunas em seu cumprimento, foi redigido o artigo 475-R que determina a aplicação, de forma subsidiária, das normas relativas aos títulos extrajudiciais, no que couber e sem prejuízo às partes.

No caso concreto, encontra-se a referida hipótese.” (...) (MARQUES, 2010, p. 2-3)

Dessa forma, torna-se perfeitamente possível a aplicação da norma do art. 745-A do CPC à execução trabalhista, desde que tenha como causa da dívida a prestação de serviço humano ou que a lei tenha reconhecido como sendo da competência da Justiça do Trabalho, como é o caso do termo de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público do Trabalho.

5 CONCLUSÃO:

Após essa breve explanação acerca das lacunas no direito como um todo, e especificamente no direito processual do trabalho, bem como sua necessidade de complementação, pôde ser observado que nenhuma matéria jurídica existe sem que sofra influências das demais que a cercam.

O operador do direito sempre terá um caminho permeado por dificuldades uma vez que diante de todas as influências supracitadas, haverá ainda que se deparar com as lacunas existentes na lei devendo interpretá-las de modo a executar seu trabalho

com a maior presteza possível, buscando sempre a realização do bem maior, que é a prestação efetiva da justiça.

A análise do conteúdo dos dispositivos contidos na CLT, notadamente aquele prestigiado pelo seu artigo 8º, adicionada aos objetivos institucionais historicamente perseguidos pelo direito do trabalho, do qual o direito processual é instrumento, permitem concluir que ao aceitar, expressamente, por meio de seu artigo 769, a existência de uma fonte subsidiária, já se está sendo admitida a incompletude do ordenamento jurídico, e sua incapacidade, de sozinho, solucionar os casos práticos que não de aparecer.

Dessa forma, a tarefa de integração do ordenamento trabalhista, deverá ser efetuada mediante a utilização dos preceitos pertencentes ao direito processual comum, desde que estes se revelem adequados aos objetivos fundamentais visados pelo direito do trabalho. Ou seja, as normas previstas no Sistema Processual Comum poderão facilmente ser aplicadas ao âmbito trabalhista desde que não vão de encontro às existentes na CLT.

É mister salientar, que o escopo primordial do processo do trabalho é a obtenção de uma solução rápida, desde logo possibilitando ao empregado a satisfação de seus créditos de índole alimentar, assim toda norma do direito processual comum que consagre ou suponha uma desburocratização procedimental, conferindo-lhe com isso maior eficiência e eficácia, deverá ser aplicada ao procedimento trabalhista, ainda que neste exista um preceito específico regendo a situação correspondente.

Por conseguinte, diante do advento da Lei de nº 11.382/2006, e da novidade trazida pelo artigo 745-A inserto no Código Processo Civil, não há como eximir-se de sua aplicação ao processo executivo da justiça do trabalho, apenas por já existir dispositivos específicos na carta celetista. Como foi demonstrado, está claro que os já citados dispositivos encontram-se claramente obsoletos, tendo sido atingidos pelo chamado ancilamento normativo, ou seja, o envelhecimento da norma anterior.

O supracitado artigo é um grande avanço procedimental uma vez que sua aplicação reduz consideravelmente a duração do processo e possibilita desde logo a satisfação do crédito trabalhista. Apesar de alguns autores afirmarem não ser pertinente sua aplicabilidade diante da diferença da natureza do crédito civil e do crédito

trabalhista, tal alegativa não prospera, visto que, diante das benéficas trazidas pelo dispositivo, não cabe discussões acerca da “natureza” do crédito a ser pago.

Ante o acima exposto, e diante da flagrante compatibilidade com os princípios informativos do processo laboral e sendo este omissivo a respeito da matéria nela disciplinada, a norma inserta no art. 745-A do texto processual pátrio, advinda com a Lei 11.382/2006 pode e deve ser aplicada subsidiariamente na execução dos créditos decorrentes da prestação de serviço humano representados pelos títulos executivos extrajudiciais previstos no artigo 876 da CLT, pois permite uma maior agilidade na efetiva entrega da prestação jurisdicional ao trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Direito Processual do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 77

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 1137b, 19-24. Apud PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília, Pólis, 1991, p.120.

CHAVES, Luciano Athayde. **As reformas processuais e o processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1588, 6 nov. 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. **A Recente Reforma no Processo Comum – Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho** – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2007. p. 319

COUTURE, Eduardo J.. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1994

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 297.

In **“As Lacunas do Direito”**, 2 ed. aumentada e atualizada. Saraiva, SP, 1989, p. 29.

KELSEN, Hans. Tradução de Luís Carlos Borges. **“Teoria Geral do Direito e do Estado”**. Fontes. 2 ed. 1ª reimpressão. SP, 1995, p. 149-151.

LIMA FILHO, Francisco das C. **Violação à cláusula constitucional do devido processo legal para Lei 11.277/06**. Inaplicabilidade ao processo laboral. In: CHAVES, Luciano Athayde (Coord.). *Direito Processual do Trabalho: Reforma e Efetividade*. São Paulo: LTr, 2007, p. 359/374.

REALE ,Miguel. Lições **Preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 65.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho**. Revista LTr, São Paulo, 2006, v. 70, n. 8, p. 920-1

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Incompatibilidades – Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho**. Suplemento Especial “O Trabalho”. Curitiba: n. 115 - setembro/2006, p. 3481-3495.

THEODORO JR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil: Leis N° 11.187, de 19.12.2005 11.232 de 22.12.1005 11.276 e 11.277, de 07.02.2006 e 11.280 de 16.02.2006**. 2.ª edição – Ed: Forense, 2006

OS LIMITES DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EXTRAJUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

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 aborda os principais aspectos do compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial. Antes de seu estudo, porém, serão feitas algumas breves considerações acerca de temas que lhe são correlatos, tais como direitos transindividuais, ações coletivas, representatividade adequada e sistemas de extensão subjetiva da coisa julgada. Seu objetivo central consiste na análise dos limites que este meio alternativo de solução de conflitos pode exercer sobre os membros do grupo e demais co-legitimados extraordinários.

Abstract: This paper deals with the main aspects of the Brazilian “*compromisso de ajustamento de conduta*”. Before the study of this institute, some briefly considerations will be made about related topics, such as collective rights, class actions, representative adequacy and *res iudicata*'s binding effects systems. Its core aim concerns about the limits that this non-adjudicated way of solution can establish over the members of the group and the other collective representatives.

Palavras-chave: compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial – direitos transindividuais - limites – revisão judicial.

Keywords: “*Compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial*” – Collective rights - Limits – Judicial review.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os direitos transindividuais: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. 3. Breves notas sobre as ações coletivas. 4. O compromisso de ajustamento de conduta. 4.1. Origem, conceito e natureza jurídica. 4.2. Legitimação. 5. Imbricações entre os modelos de legitimação extraordinária e de extensão subjetiva da coisa julgada produzida nas ações coletivas e a possibilidade de revisão judicial das soluções obtidas em sede de compromisso de ajustamento de conduta. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução:

Ao desenvolver a teoria das ondas renovatórias do processo, Mauro Cappelletti foi quem primeiro atentou para o fato de que a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos.¹

De fato, até a década de 80² o processo civil brasileiro era, na prática, individualista, tecnicista, elitizado e conservador, sem qualquer compromisso social, a despeito do significativo salto qualitativo proporcionado pelo Código de Processo Civil de 1973, que substituiu o de 1939.³

Em 1988, como é cediço, o Brasil passava por uma fase de redemocratização, de emergência de movimentos sociais pós-ditadura. Aquele momento histórico e também a gradativa complexidade que vinha ganhando a sociedade exigiram a institucionalização de novas formas de participação política.

Àquela época, Antonio Magalhães Gomes Filho asseverou que:

Os institutos tradicionais da democracia representativa, concebidos a partir das ideias de

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49.

² Apesar da Lei da Ação Popular (n.º 4.717) datar de 65, somente no final da década de 70 teve seu espectro ampliado, com a inclusão da tutela do patrimônio público, assim entendido como os bens e direitos de valor econômico, artístico e histórico.

³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47.

neutralidade do Estado Liberal e da autonomia do indivíduo, revelaram-se absolutamente insatisfatórios para expressar os anseios de segmentos cada vez mais amplos da sociedade, deixando sem solução conflitos de natureza coletiva, que de maneira crescente colocam em risco a própria estabilidade institucional.⁴

Tratava-se do movimento de transformação do processo em instrumento político de participação, acerca do qual J.J. Calmon de Passos teceu as seguintes considerações:

A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados.⁵

De acordo com estes autores, tais formas de processo, de tutela coletiva, passaram a representar, de maneira inequívoca, atividade política exercida por um simples cidadão ou por uma associação de classe, na medida em que possibilitam uma limitação dos abusos administrativos pela intervenção corretiva do Poder Judiciário. Nas palavras de J.J. Calmon de Passos:

Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Ações populares e participação política*. In: *Participação e processo*./coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 180.

⁵ PASSOS, J.J. Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: *Participação e processo*./coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 95.

direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.⁶

Surgia então, neste contexto político, a tutela coletiva dos direitos transindividuais no Brasil, que atualmente conta com um sistema integrado de regência dos processos que visam à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tal sistema seria formado basicamente pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) e pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). A ação popular e o mandado de segurança coletivo, ambos com assento constitucional (artigos 5º, LXXIII e LXX da Constituição da República, respectivamente) também são instrumentos hábeis à tutela de interesses coletivos.

Com o advento da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), veio a lume um mecanismo extrajudicial de tutela de tais direitos transindividuais, qual seja, o compromisso de ajustamento de conduta.⁷ A primeira disciplina do instituto consta do artigo 211 da citada Lei:

Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Note-se que a redação original da Lei da Ação Civil Pública não dispunha sobre o compromisso de ajustamento de conduta, o que somente veio a ocorrer com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que, por intermédio de seu artigo 113, acrescentou o parágrafo sexto ao artigo 5º daquela Lei, em termos semelhantes aos estabelecidos no já transcrito artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas

⁶ Ibidem, p. 95.

⁷ Conforme ensina Hugo Nigro Mazzilli, o compromisso de ajustamento de conduta também é conhecido nos meios forenses como termo de ajustamento de conduta, em razão de ser tomado por termo. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.*, p. 231. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243. Neste trabalho, as duas denominações serão adotadas indistintamente.

com a inclusão da previsão de imposição de cominações por parte dos órgãos públicos que o tomarem:

§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O compromisso de ajustamento de conduta pode ser extrajudicial ou judicial,⁸ sendo este firmado perante o juiz, no curso de uma ação civil pública.⁹ O estudo ora proposto, porém, cinge-se aos TACs celebrados em sede extrajudicial.

O tema central do presente artigo consistirá na análise do grau de definitividade que pode ser atribuído às soluções alcançadas em compromissos de ajustamento de conduta extrajudiciais para os membros do grupo substituídos e demais co-legitimados extraordinários.

Como se procurará demonstrar, trata-se de questão de grande complexidade, que perpassa necessariamente as noções da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República), e da efetividade mínima que deve ser atribuída aos mecanismos extraprocessuais de tutela coletiva.

Antes deste estudo, porém, cumpre delimitar os conceitos de direitos transindividuais, de ações coletivas e do próprio compromisso de ajustamento de conduta.

⁸ Ressalva-se aqui o entendimento de Alexandre Amaral Gavronski, para quem não existiria TAC firmado no curso de uma ação judicial: “*Em razão dessa expressa caracterização legal como título executivo extrajudicial, não nos parece que o acordo firmado no curso de uma ação civil pública ou outra espécie de ação coletiva seja, propriamente, um compromisso de ajustamento de conduta. Prova disso é que um tal acordo dependerá de homologação judicial para produzir efeitos e que somente com ela alcançará a eficácia de um título executivo, que será judicial (e não extrajudicial como previsto no art. 5º, §6º, LACP), ficando sujeito a um diferente regime de execução (no caso, cumprimento), especialmente após a terceira fase de reformas do Código de Processo Civil.*” GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 380-381.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. *O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, volume IV, 2009, pp. 25-53. Disponível em <http://www.redp.com.br>, p. 36.

A conceituação das espécies de direitos transindividuais a serem tutelados por compromisso de ajustamento de conduta ou por ações coletivas deve, naturalmente, preceder o estudo dos mecanismos criados para tutelá-los.

2. Os direitos transindividuais: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos:

Cumprido consignar, desde já, que, em nosso ordenamento, as definições dos direitos transindividuais, os quais se subdividem em direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, são fornecidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com o artigo 81 de tal Código, interesses e direitos difusos são aqueles “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”.

São exemplos de direitos difusos o direito a um meio ambiente equilibrado, a proteção de bens de valor histórico, artístico ou cultural, bem como a proteção aos consumidores em geral.

Os direitos coletivos, por sua vez, são aqueles “*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*.”¹⁰

O direito da classe dos advogados de ter representantes na composição dos tribunais, nos termos preconizados pelo artigo 94 da Constituição da República,¹¹ os direitos dos usuários de serviços públicos, assim como os direitos dos clientes de um plano de saúde que se recusa a dar cobertura a tratamento de uma determinada doença,¹² consistem em exemplos de direitos coletivos em sentido estrito.

Antonio Gidi ressalta que, como regra, os interesses dos membros do grupo nestes casos são tão intimamente relacionados que, uma vez garantido a um deles, isto

¹⁰ As definições são fornecidas pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990). Pode-se afirmar, todavia, que estas são as definições para interesses e direitos difusos e coletivos do próprio ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o citado diploma legal, em seu artigo 117, estende tais definições à tutela de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais.

¹¹ O exemplo é fornecido por Teori Albino Zavascki. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

¹² O exemplo é de Antonio Gidi. GIDI, Antonio. *A Class action in Brazil – a model for civil law countries*. The American Journal of Comparative Law, vol. LI, number 2, 2003, p. 356.

implicará a satisfação do direito dos demais. Do mesmo modo, se o direito de um dos membros for violado, restará caracterizada a violação aos direitos de todo o grupo.¹³

Todavia, o processualista ressalva que nem sempre isto se passará desta forma:

However, this is not necessarily true in all cases of collective rights. Unlike the examples of diffuse rights (pollution of a bay, or advertisements on television) in above examples of collective rights, the defendant can charge illegal fees or refuse to cover treatment to some, but not all, clients (however unlikely this may be). In addition, one member of the class may be successful in an individual action, while another may not. In these cases, the collective right is divisible into individual rights held by members of the class. The indivisibility of the collective right arises only from the legal authorization to treat the controversy collectively, affording the possibility of a uniform and indivisible decision of the case. From that point of view, there is little difference between collective rights and homogeneous individual rights.¹⁴

Diante de tais lições, é forçoso assentar, desde já, que, a par das incontroversas naturezas coletiva e individual dos direitos materiais difusos e individuais homogêneos, respectivamente, os chamados direitos coletivos *stricto sensu* podem, a depender do caso concreto, possuir a natureza de direitos verdadeiramente coletivos ou, em algumas hipóteses mais raras, consistir em direitos meramente individuais, ainda que tratados como coletivos para fins de racionalização da prestação jurisdicional.

A última das espécies de direito transindividual a ser conceituada é a dos direitos individuais homogêneos, os quais são, na essência, direitos materiais divisíveis, cujos titulares podem ser perfeitamente identificados, decorrentes de uma origem

¹³ GIDI, Antonio. Op. Cit. 356-357.

¹⁴ Idem. p. 357.

comum,¹⁵ tratados como direitos coletivos apenas circunstancialmente e para fins exclusivamente processuais,¹⁶ com o objetivo de efetivar o princípio da economia processual, potencializar o acesso à justiça e racionalizar a prestação jurisdicional.

Como exemplos de direitos individuais homogêneos podem ser citados aqueles decorrentes de relações de massa, tais como as relações de consumo, como ocorre na hipótese de danos causados a indivíduos por indústria farmacêutica que comercializa medicamento defeituoso, de relações entre empregador e empregado ou ente público e seus servidores, tal como o caso da postulação por associação ou sindicato de determinada vantagem pecuniária em prol de seus associados, assim como relações entre sociedades anônimas e seus acionistas, quando constatados prejuízos a estes investidores.

3. Breves notas sobre as ações coletivas:

Passa-se a uma breve análise das ações coletivas, afirmando, desde já, que estas consistem em mecanismo processual no qual se verifica a transferência do direito de defesa dos interesses dos membros de um grupo, coletividade ou classe a um determinado ente, que, dotado de legitimidade extraordinária, os representa em juízo.

Seu primeiro escopo, que chega mesmo a se aproximar da própria razão de ser do instituto, consiste na ampliação do acesso à justiça, uma vez que as ações coletivas viabilizam a tutela dos direitos transindividuais, que até então não possuíam um instrumento adequado para tal fim.

Um segundo objetivo perseguido pelas ações coletivas, e que guarda certa relação com a ampliação do acesso à justiça, reside na efetivação do princípio da

¹⁵ Seu conceito consta do Art. 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe: “*interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*”

¹⁶ Após longa digressão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho chega a uma ampla e completa definição de direito individual homogêneo: “*podemos conceituar o direito individual homogêneo como sendo espécie do gênero direito subjetivo, qualificando-o como um direito subjetivo individual complexo (dotado de relevância social obtida a partir de uma origem comum), relativo, divisível e imbuído de reflexo patrimonial, na esfera individual de cada lesado.*” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 418-419.

isonomia entre as partes, mediante a redução da desigualdade entre frágeis autores e poderosos réus.¹⁷

Por fim, seu terceiro escopo seria a promoção da economia processual, já que uma única ação coletiva que tenha por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos possui a propriedade de definir e pacificar uma situação jurídica que afeta um sem número de interessados.

No que concerne ao critério de escolha do ente que atuará como substituto processual, ou seja, que deterá a legitimação extraordinária, cumpre ressaltar, desde já, que dependerá do sistema ao qual se encontre filiado cada ordenamento jurídico. No caso do sistema *ope legis*, adotado pelo nosso ordenamento, o substituto processual é previamente definido por lei, ou seja, o legislador aponta, aprioristicamente, quais são os órgãos e entidades dotados de legitimidade extraordinária. Ideia diametralmente oposta norteia o sistema *ope judicis*, de que é exemplo o ordenamento norte-americano, onde os juízes aferem, em cada caso concreto, a capacidade de representação do ente que pretende representar o grupo.

Quanto ao conceito de ação coletiva, considerado o sistema *ope legis* de legitimação extraordinária adotado pelo legislador brasileiro, entendemos como bem delineada a proposta elaborada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

A ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os

¹⁷ De fato, não se pode olvidar que, quando o Ministério Público ou uma entidade associativa propõe uma ação coletiva em defesa dos interesses individuais homogêneos de consumidores em face de uma grande empresa, com ampla estrutura organizacional e corpo jurídico bem estruturado e já acostumado com os meandros da justiça (o conhecido “litigante habitual”), suas chances de êxito são significativamente superiores se comparadas à probabilidade de sucesso de um consumidor isolado que ajuíza uma ação individual.

coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.”¹⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso expõe que, ao contrário do que ocorre nas ações individuais, nas quais existe um rígido distanciamento entre partes e terceiros,¹⁹ nas ações coletivas o mesmo não ocorre, seja em virtude da impossibilidade material da presença de todos os titulares do direito material nestes processos, seja pela indivisibilidade do próprio direito material.²⁰

A ficção jurídica da representação processual extraordinária, a qual possibilita que um ente postule em juízo, em nome próprio, direito alheio, acaba por gerar dificuldades no que concerne ao alcance dos efeitos da coisa julgada produzida nas ações coletivas em relação aos membros do grupo que, apesar de serem os reais titulares do direito material em jogo, não participaram do processo na condição de partes formais.

Tais dificuldades são agravadas em razão da circunstância do nosso modelo processual para a tutela dos direitos coletivos não admitir as modalidades *opt-in* ou *opt-out*. Vale dizer que, uma vez substituído pelo legitimado extraordinário, o membro do grupo sempre será alcançado pela extensão subjetiva da coisa julgada se a ação coletiva tiver tido resultado benéfico ao grupo, coletividade ou classe substituída.

No que diz respeito aos direitos tuteláveis por ação civil pública, hoje é assente tanto na doutrina como na jurisprudência que tal espécie de ação pode versar sobre

¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2.ed. rev., atua. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 24.

¹⁹ A regra geral da eficácia da coisa julgada nas ações individuais encontra-se disposta no artigo 472 do Código de Processo Civil: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.*”

²⁰ O processualista aduz que: “*Com efeito, na jurisdição coletiva, é preciso ter desde logo presente que os sujeitos concernentes ao thema decidendum aí vem tomados não singularmente, mas na sua dimensão coletiva, atuando processualmente através de um portador judicial que a norma de regência considera um representante adequado. Nesse particular contexto, compreende-se que a utilidade (ou validade) do discrimen entre parte e terceiro se desvanece, justamente pela impossibilidade material da presença nos autos do universo dos sujeitos concernentes, dada sua expressiva projeção numérica. Isso está à base da (inevitável) eficácia expandida do julgado, seja por conta da indeterminação (absoluta ou relativa) dos interessados, seja pela indivisibilidade do objeto.*” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.²¹

4. O compromisso de ajustamento de conduta:

4.1. Origem, conceito e natureza jurídica:

Cumpra-se consignar, de início, que o compromisso de ajustamento de conduta consiste em instituto idealizado pelo legislador brasileiro, sem equivalentes no direito comparado.²²

Conforme já mencionado na introdução deste artigo, o compromisso de ajustamento de conduta surgiu em nosso ordenamento por ocasião do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), que, em seu artigo 211, estabeleceu a possibilidade de sua celebração com o objetivo de resguardar os direitos elencados no artigo 208.²³

²¹ Confira-se, neste sentido, Nelson Nery Jr., louvado em decisão do Superior Tribunal de Justiça: “*É assente na doutrina e jurisprudência que o objeto da ação civil pública abarca quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, uma vez que a defesa judicial promovida por meio de tais ações não se esgota nas hipóteses contempladas no art. 1 da LACP.*” NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*./Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1436. Ressalva-se, apenas, a exclusão feita pela própria LACP, que, em seu artigo 1º, parágrafo único estabelece: “*Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).*”

²² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. Op. Cit., p. 34.

²³ Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

§ 2º A investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia

Posteriormente, o instituto também veio a ser regulamentado pelo artigo 5º da Lei n.º 7.347/85, que, em seu parágrafo 6º (introduzido pelo artigo 113 da Lei n.º o Código de Defesa do Consumidor) assim dispôs: § 6º *Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.*

Passadas duas décadas de sua criação, o conceito e a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta ainda não são pacíficos na doutrina.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Bianca Oliveira de Farias citam o conceito proposto por José dos Santos Carvalho Filho:

Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.²⁴

A despeito da clareza da definição, hoje parece pacífico o entendimento segundo o qual o conceito de termo de ajustamento de conduta não pode deixar de lado a possibilidade de sua celebração com relação a disputas de interesses e direitos individuais homogêneos.²⁵

Rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido.

²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de, Op. Cit. p. 36.

²⁵ Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli sustenta que: “O objeto do compromisso de ajustamento de conduta pode versar qualquer obrigação de fazer ou não fazer, no zelo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui, basicamente, a proteção a danos efetivos ou potenciais aos seguintes interesses: (a) meio ambiente; (b) consumidor; (c) ordem urbanística; (d) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, arqueológicos, históricos); (e) ordem econômica e a economia popular; (f) crianças e adolescentes; (g) idosos; (h) pessoas portadoras de deficiência; (i) investidores no mercado de valores mobiliários; (j) quaisquer outros interesses transindividuais.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 232. Neste diapasão, o Projeto de nova Lei da Ação Civil Pública (Projeto de Lei n.º 5.139/09) fazia

Também adere a este entendimento, segundo o qual o TAC consistiria em ato jurídico que traz reconhecimento, ainda que implícito, do pedido, ou seja, da concordância com a necessidade de conformação de sua conduta a uma determinada regra prevista em lei, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.²⁶

Em sentido diverso, há aqueles que sustentam possuir o compromisso de ajustamento de conduta natureza de transação ou acordo.

Fernando Grella Vieira sustenta que “*o compromisso de ajustamento de conduta – a que se reconhece eficácia de título executivo extrajudicial – representa, de pronto, a supressão da fase de conhecimento da ação civil pública que seria proposta.*” Com base nesta analogia, aduz que “*A transação, portanto, simplesmente substitui a fase de conhecimento do processo judicial, pois deve refletir o mesmo conteúdo esperado na prestação jurisdicional, caso houvesse a ação e fosse ela procedente, desfrutando, da mesma forma, de eficácia executiva.*”²⁷

Já Hugo Nigro Mazzilli rechaça a ideia de que se conceba o TAC como um instrumento contratual, visto que os órgãos públicos que o tomam, por não titularizarem os direitos materiais em disputa, não têm poder de disposição e, por via de consequência, não podem transacionar acerca do direito material controvertido.²⁸

Para o processualista, “*o compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de direito público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei).*” E prossegue asseverando que “*Ressalvada, pois, a questão da impossibilidade de transigência efetiva de direitos, no mais, o compromisso de ajustamento de conduta pode versar*

menção expressa, em seu artigo 51, §§ 3º e 4º, à possibilidade do ajustamento contemplar interesses individuais homogêneos:

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

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

²⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. Cit. p. 443.

²⁷ VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta.* In: *Ação Civil Pública. Lei 7347/85 – 15 anos.* (coord. Edis Milaré), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 232-239.

²⁸ MAZZILLI, Op. Cit. p. 238.

qualquer obrigação de fazer ou não fazer relacionada com a defesa de quaisquer interesses transindividuais.”²⁹

Em sede jurisprudencial, é digna de transcrição a passagem na qual o Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Relator da Apelação Cível n.º 2004.5109000483-0, em trâmite na Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, manifesta o seu posicionamento quanto à natureza do instituto:

A expressão “ajustamento de conduta”, tal como empregada pelo legislador ao se referir ao TAC, é emblemática, eis que o “instituto se propõe unicamente a fazer com que as pessoas físicas e jurídicas possam se adequar ao que determina a legislação. Daí a impossibilidade de se confundir o compromisso de ajustamento de conduta com a transação, este instituto típico do Direito Civil, relacionado aos direitos disponíveis.

Os argumentos expendidos pelo civilista parecem irrefutáveis. De fato, não conseguimos conceber a possibilidade de se compreender o compromisso de ajustamento de conduta como uma transação, que, pela sua própria essência, contempla concessões recíprocas entre as partes no que concerne a um direito material patrimonial e de caráter privado em disputa.³⁰

Por fim, cabe o registro de que uma parcela da doutrina entende ser o compromisso de ajustamento de conduta um verdadeiro negócio jurídico, o qual teria por objeto apenas o acerto da conduta do obrigado às previsões legais.

Segundo a definição de Geisa de Assis Rodrigues,

O termo de ajustamento de conduta é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por

²⁹ Idem, p. 238-239

³⁰ Os dois primeiros artigos do Capítulo XIX – Da Transação, do Código Civil, assim dispõem:
Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.
Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial. É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais. Independentemente do seu rótulo não pode ter como resultado disposição, nem transação do direito transindividual.³¹

Sentido muito próximo é atribuído ao instituto por Alexandre Amaral Gavronski:

O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo em conformidade com a lei que dispõe sobre condutas, atividades ou regulamentos. É uma solução negociada que se destina a assegurar efetividade aos direitos e interesses coletivos, um negócio jurídico que se pauta na lei, nela encontrando seu parâmetro, e que possui eficácia de título executivo extrajudicial.³²

A despeito da diferença terminológica, parece fora de dúvida que tais posicionamentos alinham-se quase que completamente à lógica que rege a primeira corrente exposta, uma vez que este acertamento de conduta às estipulações legais aproximar-se-ia muito a um reconhecimento do pedido.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Bianca Oliveira Farias sustentam que os direitos materiais subjacentes ao TAC, apesar de geralmente não possuírem caráter patrimonial, não podem ser excluídos, de plano, da possibilidade de constituírem objeto de transação, por força da incidência da regra prevista no artigo 841 do Código Civil.

³¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 299.

³² GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Op. Cit.*, p. 380.

Defendem os autores certa mitigação da indisponibilidade dos direitos metaindividuais e públicos em geral, a depender do caso concreto.³³

Todavia, alertam os processualistas que tal margem para acordo é restrita, não podendo abarcar, em nenhuma hipótese, a essência do direito material em jogo, cuja titularidade pertence à coletividade e não ao substituto processual legitimado a firmar o TAC. Ao contrário, o espectro para uma negociação em sede de TAC limitar-se-ia a prazos e à forma de cumprimento das obrigações impostas por lei.

Ressalta-se, portanto, que, na opinião destes processualistas, com a qual desde já manifestamos concordância, não é possível aos legitimados extraordinários transacionar, em sede de termo de ajustamento de conduta, os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos titularizados pelos membros do grupo que representam. A única margem de concessão que lhes é atribuída diz respeito à fixação de prazos, bem como à forma de cumprimento das obrigações previstas em lei, restando impossibilitados de transacionar quanto ao direito material em disputa propriamente dito.³⁴

De singular importância é a ressalva feita por Fernando Grella Vieira acerca do tema:

Assim, não obstante a natureza do direito coletivo possa comportar, eventualmente a disponibilidade do ponto de vista da pessoa individualmente afetada, não desfrutará da mesma característica em sede da tutela coletiva. Basta que se atente ao exemplo referido da série de produtos confeccionados com defeito. Embora alguns dos adquirentes possam desinteressar-se pela reparação, exercitada a defesa de modo coletivo pela entidade legitimada ou

³³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira. Op. Cit., p. 41.

³⁴ Neste sentido, Alexandre Amaral Gavronski sustenta que: “*O que há, na verdade, é um acordo sobre os elementos necessários à concretização do direito não determinados expressamente em lei, de regra relacionados ao prazo, modo e, em alguns casos, ao lugar de cumprimento das obrigações reconhecidas. Não é apropriado, entretanto, referir que o compromisso de ajustamento de conduta seja uma transação, especialmente se tomada a acepção que o termo recebe em nosso direito positivado.*” GAVRONSKI, Op. Cit., p. 382.

mesmo pelo Ministério Público, restará gravado o objeto da demanda pela indisponibilidade.³⁵

Tal assertiva é de grande importância para a sustentabilidade da tese, por nós defendida, de que o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial não pode, em hipótese alguma, ser considerado como uma típica transação, que envolva concessões recíprocas acerca do direito material a ser tutelado.

Isto porque, pelo o exposto até aqui, já se pode afirmar, em síntese, que: a) os direitos difusos são sempre verdadeiramente coletivos, titularizados por uma coletividade indeterminada e indeterminável e, por tais razões, são sempre indisponíveis; b) os direitos coletivos em sentido estrito são geralmente materialmente coletivos, titularizados por uma coletividade determinada, e indisponíveis pelos legitimados extraordinários. Tais direitos podem, excepcionalmente, possuir natureza individual, hipótese em que passam a ser disponíveis pelos seus titulares (membros do grupo), mas não pelos legitimados extraordinários que venham a tutelá-lo; c) os direitos individuais homogêneos são sempre individuais, disponíveis por parte de cada indivíduo que os titularize. Todavia, quando tutelados por um legitimado extraordinário, tornam-se indisponíveis, já que o seu tratamento acidentalmente coletivo não autoriza o substituto processual a fazer concessões ou transacionar quanto ao seu conteúdo.³⁶

Como é cediço, o TAC possui força de título executivo extrajudicial. Uma vez descumpridas as obrigações assumidas em seu bojo, surge a possibilidade de imediata propositura de uma ação executiva.

O compromisso de ajustamento de conduta geralmente possui caráter preventivo, uma vez que busca evitar a ocorrência de uma lesão ou impedir o prosseguimento desta, dado que pode ser impossível a recomposição da situação original.³⁷ Nada obsta, no entanto, que venha a ser celebrado após o início da causa do dano, ou mesmo depois de sua consumação plena, hipótese em que aquele seu objetivo preventivo já não mais será alcançado, restando, porém a possibilidade de que o causador do dano venha a ser compelido a adotar medidas compensatórias ou indenize a

³⁵ VIEIRA, Fernando Grella. Op. Cit., p. 225.

³⁶ No sentido do texto, confira-se Fernando Grella Vieira: “*Portanto, a indisponibilidade é característica sempre presente nos interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, bem como na defesa coletiva dos chamados interesses individuais homogêneos.*” VIEIRA, Fernando Grella. Op. Cit., p. 227.

³⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. Op. Cit, p. 47.

coletividade pelos prejuízos causados mediante o recolhimento de valores para o fundo de que trata o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública.³⁸

Por fim, Hugo Nigro Mazzilli assevera que:

O compromisso de ajustamento de conduta apresenta notórias vantagens sobre a ação coletiva, porque permite uma solução negociada para grande parte das lesões transindividuais; isso ajuda poderosamente a descongestionar a Justiça, bem como garante mais eficaz acesso dos lesados à tutela individual e coletiva de seus interesses.³⁹

Não há dúvida que o compromisso de ajustamento de conduta consiste em um mecanismo de composição extrajudicial de conflitos que contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário. Resta perquirir qual o grau de definitividade que pode ser atribuído a tal solução negociada, tarefa que terá lugar no item n.º 5, *infra*.

4.2. Legitimação:

No que diz respeito à questão da legitimação para celebração de termo de ajustamento de conduta, Hugo Nigro Mazzilli expõe, com propriedade, que “*não são todos os legitimados à ação civil pública ou coletiva que podem tomar compromisso de ajustamento, mas só aqueles que somam à sua condição de legitimados ativos ao processo coletivo a condição de órgãos públicos.*”

O rol dos legitimados à propositura de ação civil pública consta do artigo 5º da LACP.⁴⁰

³⁸ Neste sentido, confira-se MAZZILI, Hugo Nigro. Op. Cit., p. 242.

³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. p. 243.

⁴⁰ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

Podem, incontestavelmente, firmar compromisso de ajustamento de conduta: Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Ministério Público possui legitimação ampla, ao passo que as pessoas jurídicas de direito público interno somente estão autorizadas a firmar compromisso de ajustamento de conduta acerca de temas afetos às suas competências, ou seja, deve haver pertinência temática entre suas funções típicas e o objeto do TAC que vierem a celebrar. Assim, não poderia a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, celebrar TAC com o objetivo de proteger uma determinada espécie típica da região amazônica, ou resguardar um acervo documental de valor histórico para a cidade de São Paulo, justamente em razão da flagrante ausência de pertinência temática.

Mazzilli traz a informação de que, de acordo com parcela da doutrina, quando não for o Ministério Público o tomador do compromisso de ajustamento de conduta, deveria ser ele cientificado para intervir como fiscal em sua elaboração.⁴¹

Esta é a opinião de Fernando Grella Veira, para quem, da mesma forma como ocorre nos processos judiciais, não pode o Ministério Público ser alijado de sua função de fiscal da lei por ocasião da celebração de termos de ajustamento de conduta por outros órgãos legitimados, sob pena de afronta à competência de tutelar os direitos sociais que lhe foi atribuída pelo artigo 127 da Constituição da República.⁴²

No entanto, Hugo Nigro Mazzilli rechaça tal possibilidade, com o argumento de que não se pode perder de vista que o compromisso de ajustamento de conduta consiste em uma garantia mínima, e nunca um limite máximo em prol da coletividade. Assim, mal algum poderia surgir de um TAC tomado por outro órgão público, ainda que insciente ou desacorde o Ministério Público.

Além deste fundamento, com o qual concordamos inteiramente, não se pode deixar de registrar que este posicionamento acolhido por parte da doutrina não possui nenhum respaldo legal, uma vez que os diplomas que regem a matéria não trouxeram tal previsão. Ao contrário, tal entendimento decorre de interpretação extensiva, a nosso ver inaplicável em sede de fixação, pela própria Constituição da República, do rol exaustivo de competências conferido ao Ministério Público.

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. p. 240.

⁴² VIEIRA, Fernando Grella. Op. Cit. p. 237-241.

Prosseguindo em sua linha argumentativa, no sentido da indisponibilidade sobre os direitos materiais transindividuais por parte dos substitutos processuais, Hugo Nigro Mazzilli faz a importantíssima observação de que o compromisso de ajustamento de conduta deve ser considerado uma garantia mínima em prol da coletividade.

Tal constatação traz consequências no campo da legitimação, bem como acerca da possibilidade de ajuizamento de ações judiciais após a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta:

Em face das premissas que assentamos, especialmente em razão de não terem os legitimados ativos da ação civil pública ou coletiva qualquer disponibilidade sobre o conteúdo material da lide, só podemos concluir que o compromisso de ajustamento de conduta constitui garantia mínima em prol da coletividade: assim, nada impede que os co-legitimados, eventualmente insatisfeitos com o ajuste, peçam em juízo mais do que aquilo já acordado; outrossim, nada impede que os lesados individuais, pelos mesmos motivos, peçam em ações individuais mais do que aquilo que espontaneamente já lhes foi assegurado no compromisso.⁴³

À guisa de conclusão, o processualista consigna que *“uma vez celebrado o compromisso de ajustamento de conduta, apenas fica vedado o acesso jurisdicional para todos os co-legitimados coletivos para pedir aquilo que o título já lhes dá, porque, nesse caso, lhes faltaria interesse de agir.”*⁴⁴

Percebe-se facilmente que esta construção teórica do compromisso de ajustamento de conduta como garantia mínima em prol da coletividade constitui importante salvaguarda para a coletividade substituída pelo órgão público que, extraordinariamente legitimado, defende os direitos daqueles membros.

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. p. 239.

⁴⁴ *Ibidem*.

Consideramos que tal ideia tem sua importância potencializada para os casos de tutela de interesses individuais homogêneos, onde seria verdadeiramente insuportável aceitar que, aquele legitimado extraordinário pudesse, por intermédio de um compromisso de ajustamento de conduta, estabelecer concessões que, ainda que limitadas a prazos, local ou forma de cumprimento de disposições legais, viessem a prejudicar os titulares de um direito material de natureza individual.

Assim, no que concerne à posição dos co-legitimados ao processo coletivo, bem como dos lesados individuais em relação ao TAC firmado, Hugo Nigro Mazzilli destaca que todos se beneficiam com a formação do título, não estando, porém, impedidos de ajuizar ações coletivas ou individuais de objeto mais abrangente, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Tal conclusão decorre da já exposta natureza de garantia mínima do instituto em prol da coletividade. O processualista afirma que: “*Não fosse assim, lesões de direito individual ou coletivo poderiam ficar a descoberto, se prevalecesse um compromisso de ajustamento de conduta eventualmente prejudicial ao grupo, classe ou categoria de lesados.*”⁴⁵

No que diz respeito à execução judicial, o processualista ensina que:

Pelas características do compromisso de ajustamento de conduta, que versa interesses transindividuais, o título por ele gerado não é constituído em favor do órgão público que o toma, mas sim em proveito de todo o grupo lesado. Portanto, pode ser executado por qualquer co-legitimado ativo, bem como, caso verse interesses de objeto divisível (interesses individuais homogêneos), pode eventualmente, servir de título executivo para qualquer lesado individual.

A execução seguirá as regras das obrigações de fazer ou não fazer, e a substituição por perdas e danos só se dará se impossível o cumprimento do ajuste.⁴⁶

⁴⁵ MAZZILLI, Op. Cit. p. 240.

⁴⁶ Ibidem.

Privilegia-se, evidentemente, a execução específica, que consiste na finalidade precípua do processo de execução (regra geral do art. 461 do Código de Processo Civil).

Uma sugestão *de lege ferenda* proposta por Mazzilli seria a criação de um cadastro nacional de compromissos de ajustamento de conduta, o qual permitiria ao Ministério Público, aos demais co-legitimados e à população em geral um conhecimento amplo dos TACs firmados.⁴⁷

Além do salutar controle social que a adoção desta sugestão viabilizaria, entendemos que tal cadastro colaboraria significativamente para a racionalização do trabalho do próprio Ministério Público, uma vez que, diante da irrestrita independência funcional atribuída a seus membros, sempre existe a possibilidade de que promotores de justiça ou procuradores da república venham a tutelar os mesmos interesses transindividuais sem uma perfeita ciência das atividades desempenhadas em paralelo por algum de seus pares.

Poderão se submeter ao TAC como compromitente, qualquer pessoa física ou jurídica ou mesmo o Estado.

Tal como já asseverado no início deste tópico, não existe uma identidade entre o rol de legitimados à propositura de compromisso de ajustamento de conduta e de ação civil pública. Com efeito, as associações civis e fundações privadas, que indiscutivelmente carecem de legitimidade para firmar TAC, são dotadas de legitimidade para propor ACP, desde que atendidos os requisitos descritos nas alíneas “a” e “b” do inciso V, do art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

Mais uma vez socorremo-nos das lições de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que, na Relatoria do julgamento da Apelação Cível já mencionada linhas atrás, consignou que:

Houve expressa limitação à legitimidade para firmar o termo de ajustamento de conduta, eis que somente é atribuído tal poder aos órgãos públicos co-legitimados ao ajuizamento da ação civil pública (e não a todos os legitimados para ajuizamento da ação

⁴⁷ Ibidem.

civil pública). Buscou a lei evitar que determinadas pessoas jurídicas (notadamente as de direito privado) pudessem firmar compromisso de ajustamento de conduta com os potenciais ou efetivos degradadores, ainda que presentes os requisitos exigidos para a propositura da ação civil pública, como no exemplo das associações. Como se trata de acordo em sentido estrito, tendo como objeto direitos e bens indisponíveis, é perfeitamente legítima e constitucional tal limitação.

Quanto a esta zona cinzenta, ou seja, quanto ao rol de órgãos e pessoas jurídicas que podem ou não ser considerados legitimados à celebração de compromisso de ajustamento de conduta, Hugo Nigro Mazzilli traz as seguintes lições:

Parece-nos que, quando se tratar de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que integrantes da chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais (quando prestem serviço público). Contudo, para aqueles órgãos dos quais o Estado participe, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder essa prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das

empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado.⁴⁸

Em síntese, pode-se afirmar com segurança que não podem celebrar TAC as associações civis, fundações privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividade econômica em igualdade de condições com as empresas privadas.⁴⁹

5. Imbricações entre os modelos de legitimação extraordinária e de extensão subjetiva da coisa julgada produzida nas ações coletivas e a possibilidade de revisão judicial das soluções obtidas em sede de compromisso de ajustamento de conduta:

Conforme pontuado na introdução, o desafio central deste trabalho consiste na análise do grau de definitividade que pode ser atribuído à solução obtida em compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial para os membros do grupo substituídos e demais co-legitimados extraordinários.

Trata-se, tal como já afirmado, de questão de grande complexidade que envolve a dicotomia existente entre a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República) de um lado, e, de outro, a efetividade a ser atribuída aos mecanismos extraprocessuais de tutela coletiva, dentre os quais se situa, como já asseverado, o compromisso de ajustamento de conduta.

Sobre o assunto, Antonio Gidi chama atenção para o fato de que os modelos de aferição da representatividade adequada do legitimado extraordinário e de extensão subjetiva da coisa julgada produzida nas ações coletivas relacionam-se, necessariamente, com a definitividade que os ordenamentos jurídicos atribuem às soluções alcançadas por intermédio de mecanismos extrajudiciais de tutela coletiva.

Ao criticar a ausência de previsão legal expressa no ordenamento brasileiro acerca da possibilidade de celebração de acordos em sede de ações coletivas, o

⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. Cit.* p. 238.

⁴⁹ Tal como ocorre com a CEF em todas as suas operações bancárias nas quais compete em igualdade de condições com os demais bancos privados. Em sentido oposto, a EMBRAPA, por exemplo, reuniria condições de firmar TAC, uma vez que não possui, dentre suas atribuições, atividades comerciais ou lucrativas nas quais pudesse estabelecer concorrência com outras empresas.

processualista sustenta que o âmbito de concessões atribuído aos legitimados extraordinários deve ser muito restrito:

Another major shortcoming of Brazilian class action law is the absence of regulation and procedures for approval of settlements. This aspect was neglected by the legislature, most likely because the rate of settlement in Brazil is almost insignificant. American class plaintiffs negotiate aggressively with the opposing party. They can and do make substantial concessions and may even partially or totally waive rights of absent class members. In comparison, the powers of the Brazilian class representative are very limited. Since the rights do not belong to the representative, but to the group as a whole, plaintiff cannot freely dispose of the group's rights ("inalienable rights"). Therefore, representatives are allowed to make only peripheral concessions over the manner in which the defendant will adjust its behavior to the law, regarding time and place, for example.⁵⁰

Antonio Gidi prossegue em sua análise e, ao comparar o sistema brasileiro com o norte-americano, passa a apontar como fundamento para a diferença de tratamento quanto à possibilidade de transação a questão da representatividade adequada, que no último sistema é permanentemente aferida pelo juiz em cada caso concreto (sistema *ope iudicis*), ao passo que em nosso ordenamento é definida de forma prévia e abstrata pela lei (sistema *ope legis*) :

The Power of the American class representative to settle the group's claim is legitimized by a

⁵⁰ GIDI, Antonio. Op. Cit., pp. 342-343.

sophisticated regulation of adequacy of representation, which includes judicial approval of the settlement, with notice to absent members, evidentiary hearing, right to intervene and challenge the terms of the settlement, right to opt out, etc.

In contrast, in Brazil, as long as the statute or case law does not establish an adequate proceeding for court approval and notice to the group, giving binding effect to any class-wide settlement would be a precarious enterprise.⁵¹

Em sua opinião, portanto, a representatividade adequada, com todos os seus consectários acima descritos, consistiria em fator legitimante do poder atribuído aos legitimados extraordinários para celebrar acordos em nome dos membros do grupo substituídos.

Provavelmente por esta razão, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que trazia o instituto da controle da representatividade adequada pelo Poder Judiciário, também passava a atribuir, em seu artigo 19, § 10, a natureza jurídica de transação ao termo de ajustamento de conduta, *verbis*:

§ 10. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Vale dizer que, num sistema jurídico que assegure o controle da representatividade adequada dos legitimados extraordinários, parece razoável que se

⁵¹ *Ibidem*, p. 343.

admita a transigibilidade dos direitos materiais titularizados pelos membros do grupo pelos seus substitutos processuais, já que estes, em virtude de sua comprovada condição de representantes adequados, desfrutariam de legitimidade para tal.

Por fim, Antonio Gidi ainda aponta as regras brasileiras de extensão subjetiva da coisa julgada produzida nas ações coletivas como outro obstáculo à viabilização de acordos em sede de tutela de interesses e direitos coletivos. Ele questiona, diante da impossibilidade de produção de efeitos vinculantes aos membros do grupo nas hipóteses em que o julgamento lhes for prejudicial, como seria possível estender àqueles substituídos os efeitos vinculantes de uma transação: “*After all, if the class decree is binding on the absent class members only if favorable to their interests, to what extent should a class settlement be binding at all?*”⁵²

O processualista afirma ainda que, para a maior parte da doutrina brasileira, acordos em sede de ações coletivas não vinculam os membros substituídos que discordarem de seus termos, razão pela qual a mesma ação coletiva poderia ser novamente proposta para tutelar tais membros insatisfeitos.⁵³

Assim, por óbvio, não haveria para o réu nenhum incentivo para travar negociações em busca de um acordo que envolvesse concessões recíprocas.⁵⁴

O posicionamento de Antonio Gidi quanto à possibilidade de celebração de acordos em ações coletivas é partilhado por Leandro J. Giannini, uma vez que, ao elencar os requisitos que seriam imprescindíveis à efetivação de uma transação no curso de um processo coletivo, o autor argentino aponta: a) a necessidade de uma análise rigorosa da representatividade adequada do legitimado extraordinário; b) o exame de conteúdo do acordo, que embora consista em parâmetro objetivo, guarda relação direta com a questão da representatividade adequada; c) a possibilidade de notificação do conteúdo básico da proposta de acordo aos integrantes do grupo (a *fair notice* do direito norte-americano) e d) a possibilidade de auto-exclusão dos integrantes do grupo (sistema *opt-out*).⁵⁵

Todos estes requisitos apontados por Antonio Gidi e Leandro J. Giannini como fatores legitimantes do poder atribuído aos legitimados coletivos para celebrar acordos

⁵² GIDI, Antonio. Op. Cit. p. 343

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ GIDI, Antonio. Op. Cit., pp. 343-344.

⁵⁵ GIANNINI, Leandro J. *Transacción y mediación en los procesos colectivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, vol. 201, nov/2011, p. 166 – 185.

restam ausentes em nosso ordenamento, razão pela qual não podem ser utilizados para fundamentar a celebração, por parte de um legitimado extraordinário, de transação dotada de caráter definitivo que vincule com eficácia *pro et contra* os membros do grupo por aquele representados.

Ao tecer críticas ao sistema de vinculação da coisa julgada *secundum eventum litis*, aplicado em nosso ordenamento para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, o autor argentino sustenta que:

El principio así acogido, en realidad, supone una tácita desconfianza hacia el régimen de control de la representatividad adecuada del legitimado extraordinario. Como dijimos, en el sistema anglosajón de las *class actions*, la convicción en la capacidad de los jueces para fiscalizar la adecuada representación de los intereses de la clase, durante todo el transcurso del proceso, funciona como uno de los fundamentos sustanciales de la oponibilidad *erga omnes* de los efectos de la sentencia. De este modo, el *due process of law* de quienes no han intervenido en el litigio y sin embargo se ven privados, en el futuro, de interponer una nueva acción (sea a título individual o colectivo) con idéntico objeto, se encuentra salvaguardado por la razón de que quien acudió a promover la acción en interés de la clase, actuó en juicio con la pericia que las circunstancias razonablemente exigían. En definitiva, el hecho de encontrarse la actuación del “representante” a la altura de los acontecimientos, marca la pauta que el legitimado individual no hubiera podido conseguir un mejor resultado. Cabe aspirar a que la consolidación paulatina y prudente de la cultura de las acciones colectivas

permita, en un futuro próximo, arribar a este critério. Si la calidad y organización del sistema jurisdiccional de un país no puede garantizar que sus jueces controlen la representatividad adecuada de los litigantes colectivos, no exhibe, entonces, las condiciones suficientes para receptor en su seno a los procesos colectivos. Y si, por el contrario, el sistema asegura el adecuado contralor de este recaudo, no se justificaría una distinción de tratamiento de acuerdo al resultado del litígio, dado que la salvaguarda del debido proceso se encontraría cumplida con la actuación idônea, diligente, proba y capaz del “representante” y con la posibilidad de replantear el asunto em caso de que se demuestre sobrevinientemente la deficiência de dicha gestión (como en el caso de la desestimación de la primera acción por falta de pruebas).⁵⁶

Se nas *class actions* norte-americanas existe a possibilidade de amplo controle, pelos juízes, da representatividade adequada dos legitimados extraordinários (não apenas por ocasião da propositura da ação, mas também ao longo de todo o seu desenvolvimento), também se verifica um sistema irrestrito de extensão subjetiva da coisa julgada.

Em nosso sistema, ao contrário, vigora o modelo *ope legis* de aferição da representatividade do substituto processual, ou seja, os legitimados são previamente definidos por lei, sem que possa haver uma análise casuística de suas condições para representar o grupo por parte do Poder Judiciário. Em consonância com este modelo menos rígido de controle da representatividade adequada, optou-se pela imposição de severas restrições à extensão subjetiva da coisa julgada, que somente ocorrerá nos casos de procedência da ação coletiva, ou seja, *secundum eventum litis e in utilibus*.

⁵⁶ GIANNINI, Leandro J. Op. Cit., p. 161.

Daí a conclusão alcançada por Antonio Gidi, no sentido de que, se as regras brasileiras de extensão subjetiva da coisa julgada impossibilitam a produção de efeitos vinculantes aos membros do grupo nas hipóteses em que o julgamento lhes for prejudicial, com muito mais razão também inviabiliza a celebração de acordos em sede de tutela coletiva, diante da flagrante impossibilidade de extensão, àqueles substituídos, dos efeitos vinculantes de uma transação firmada pelo ente legitimado extraordinário.

Como já mencionado, outras características de nosso ordenamento apontadas por Leandro J. Giannini também representam óbice à celebração de acordos ou compromisso de ajustamento de conduta com natureza de verdadeira transação.

A ausência de um mecanismo de *fair notice* consiste em um destes óbices.

Com efeito, caso o direito objeto de TAC possua natureza difusa, de que é exemplo clássico o direito a um meio-ambiente equilibrado, parece fora de dúvida que o legitimado à propositura deste TAC encontra-se absolutamente impossibilitado de colher a aquiescência de todos os membros daquela coletividade evidentemente indeterminada.

Como ensinam Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Bianca Oliveira Farias, “*como na tutela coletiva o Compromisso vai repercutir direta ou indiretamente na vida de milhares ou milhões de pessoas, sendo certo que não é possível ouvir cada um nos autos para dizer se está de acordo e se considera a proposta razoável, caberia ao M.P. esse papel.*”

Em sentido oposto, pode-se cogitar a hipótese do PROCON, que, a despeito de sua natureza privada, é considerado por vezes como equiparado a uma fundação pública, recebendo, portanto, legitimidade para a celebração de TAC, venha a fazê-lo com o objetivo de evitar lesão a direitos individuais homogêneos de um grupo de consumidores. Neste caso, estar-se-ia diante de direitos materiais individuais, considerados como coletivos apenas para fins de racionalização da prestação jurisdicional, tal como já asseverado.

Parece fora de dúvida que o ideal seria que o PROCON, na condição de legitimado extraordinário para a celebração do TAC, recebesse prévia aquiescência de todos os membros do grupo que titularizam aquele direito individual homogêneo.

Todavia, não foi esta a solução adotada pelo nosso ordenamento, que não encampou a sistemática do *fair notice*, tampouco os modelos de vinculação *opt-in* ou *opt-out*.

Por fim, pode-se pensar na hipótese de TAC firmado pelo Ministério Público que também tenha por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos dos consumidores. Pode-se pensar nos exemplos de TAC celebrado com empresas de plano de saúde ou indústria de alimentos.

Para este caso, parece interessante a solução fornecida pelo projeto de ACP, que, em seu artigo 51, parágrafos 4º e 5º, que dispõem:

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

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

Ainda que tal projeto não tenha sido convertido em lei, a menção acima é válida, uma vez que traz a possibilidade de manifestação dos titulares do direito material, ainda que em momento posterior à celebração do TAC, visto que isto não seria possível de forma prévia pela já mencionada ausência de previsão de *fair notice* e *opt-out* no ordenamento brasileiro.

Todavia, remanesce a questão: ainda que o Ministério Público atue como protetor dos direitos da sociedade, não se pode perder de vista que os direitos em questão são verdadeiramente individuais. Entendemos, portanto, que o ideal seria que houvesse alguma maneira do titular do direito material em jogo manifestar sua

discordância com a celebração do TAC na parte em que este fixa concessões, ainda que quanto a prazos e forma de cumprimento de obrigações impostas por lei.

A solução, neste caso, em nosso sistema processual vigente, passa pela noção de que o TAC consistiria em garantia mínima em prol do grupo, classe ou coletividade, ficando resguardado o direito de cada membro do grupo buscar a tutela que considere mais adequada aos seus direitos via Poder Judiciário.

Tal assertiva, porém, retira praticamente por completo a efetividade do compromisso de ajustamento de conduta como instrumento extraprocessual de tutela coletiva.

Chega-se uma vez mais à conclusão de que tais opções legislativas caminham juntas.

De fato, se um ordenamento jurídico contempla a previsão de comunicação dos principais elementos da ação judicial ou acordo extrajudicial que se pretende celebrar aos membros do grupo substituídos (*fair notice*), assegurando-lhes a correspondente prerrogativa de se auto-excluir da classe (*opt-in*), tal arcabouço garantístico propicia uma maior efetividade de tais instrumentos, mediante a extensão dos efeitos da coisa julgada ou do acordo sem restrições.

A adoção de sistema oposto, ou seja, que não preveja aqueles instrumentos de participação dos membros substituídos, de que é exemplo o nosso ordenamento, geralmente conduz à restrição do alcance da decisão adjudicada pelo Poder Judiciário ou negociada em sede extraprocessual.

É justamente em razão desta coerência sistêmica que o sistema brasileiro de extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada produzida nas ações coletivas contempla mecanismos de ampla proteção dos interesses dos membros substituídos pelos legitimados extraordinários, ainda que em detrimento de sua própria efetividade.

Levando-se em conta esta lógica, não seria razoável admitir que, por intermédio do compromisso de ajustamento de conduta firmado em sede extrajudicial (dotado, portanto, a princípio, de menos garantias), pudesse se verificar algum tipo de prejuízo aos membros da coletividade sem que lhes fosse assegurada a possibilidade de resguardar seus interesses por intermédio do acesso ao Poder Judiciário.

É por tais motivos que, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, qualquer indivíduo que considere que o compromisso de ajustamento de conduta firmado em

sede extrajudicial tenha lhe prejudicado de alguma forma, poderá recorrer ao Poder Judiciário a fim de tentar reverter a situação por ele considerada gravosa.

Neste sentido, Alexandre Amaral Gavronski sustenta que nenhuma das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva possuiria o condão de obstar o acesso dos co-legitimados ou membros do grupo ao Poder Judiciário, em virtude do preceito contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.⁵⁷

O autor, entretanto, propõe a mitigação de tal assertiva ao ponderar que, se de um lado resta fora de dúvida que o compromisso de ajustamento de conduta e demais instrumentos congêneres não podem afastar o acesso ao judiciário, por outro, a completa inexistência de barreiras à judicialização do assunto, a despeito da prévia celebração de um ajuste extraprocessual, conduziria ao total desestímulo à sua prática, e, em última análise, à sua inutilidade.

Sugere então o processualista que tal limite de acesso ao Poder Judiciário seja imposto por ocasião da análise do interesse de agir. Em outras palavras, o legitimado coletivo que pretender judicializar tema já disciplinado por compromisso de ajustamento de conduta deverá demonstrar um interesse de agir qualificado, que comprove a incorreção da solução alcançada pela via extraprocessual, sob pena de ver sua pretensão extinta sem julgamento do mérito por ausência daquela condição da ação:

Vê-se, portanto, que se de um lado a existência de uma solução extraprocessual que tenha concretizado o direito e esteja viabilizando ou tenha viabilizado sua realização não impede a judicialização da controvérsia, de outro ela não pode ser ignorada, pois, *a priori*, viabiliza ou implementa a efetividade do direito ou interesse alegadamente ameaçado ou violado, tornando desnecessário um provimento judicial a respeito. O interesse de agir de um questionamento judicial, assim, depende da alegação e demonstração de incorreção da solução alvitada extraprocessualmente.

⁵⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Op. Cit. pp. 168-169 e 342.

Fixadas as premissas da inafastabilidade do controle jurisdicional, que implica a falta de definitividade das soluções alcançadas pelos instrumentos extraprocessuais de tutela coletiva, e da necessidade de se atribuir uma dose mínima de efetividade e segurança jurídica aos mesmos,⁵⁸ o processualista passa a discorrer sobre o ponto de equilíbrio que considera adequado para balancear estes valores contrapostos.

Especificamente quanto ao compromisso de ajustamento de conduta, o autor analisa seus requisitos de existência, validade e eficácia, apontando, quanto à segunda categoria: a) capacidade e legitimidade do compromitente; b) objeto do ajuste, que deve ser conforme à lei, bem como proporcional, e c) ausência de vícios de vontade em sua formação. Ausente um destes requisitos estaria franqueada a via jurisdicional ao legitimado compromitente, co-legitimados ou membros do grupo.⁵⁹

Quanto à exigência de proporcionalidade, Alexandre Amaral Gavronski assevera que o objeto do compromisso de ajustamento de conduta deve ser adequado, suficiente e compatível com as peculiaridades do caso, sendo inválidas as obrigações que não protejam adequada e suficientemente o direito ou interesse coletivo lesado ou ameaçado.⁶⁰

Ao contrário dos demais requisitos, verificáveis com considerável dose de objetividade, a exigência de proporcionalidade, ainda que dotada de certos balizamentos, possui inegável caráter subjetivo, que pode vir a servir de brecha para questionamentos judiciais em incontáveis hipóteses, comprometendo a construção teórica que busca equilibrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a efetividade e segurança jurídica que deve ser proporcionada pelos instrumentos extraprocessuais de tutela coletiva.

6. Conclusão:

Como se procurou demonstrar, ainda que se acolha a proposta de exigência de comprovação da existência de um vício no TAC como requisito para a admissibilidade de ação judicial movida por um membro do grupo ou outro co-legitimado que verse

⁵⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Op. Cit., p. 171.

⁵⁹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Op. Cit., p. 389-390.

⁶⁰ *Ibidem*.

sobre o mesmo objeto daquele compromisso, incontáveis são as hipóteses em que as portas do Poder Judiciário permanecerão abertas não apenas para o recebimento da pretensão, mas também para a sua análise e efetivo julgamento de seu mérito.

E é razoável que assim seja.

Com efeito, diante de tudo que até aqui foi exposto, a diretriz nitidamente garantística adotada pelo legislador brasileiro, assim como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional conduzem necessariamente à conclusão de que a celebração de compromisso de ajustamento de conduta em sede extrajudicial não pode consistir em obstáculo à busca por uma tutela diferenciada ou mesmo mais ampla perante o Judiciário.

Aplica-se, aqui, a já citada lição de Hugo Nigro Mazzilli, para quem o compromisso de ajustamento de conduta configura garantia mínima em prol da coletividade ou grupo.⁶¹

O aspecto negativo destas constatações, como soa evidente, é a baixa efetividade do compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial na concretização de direitos transindividuais.

Tal problema, no entanto, parece ser o preço a pagar pela fruição das vantagens asseguradas pelo modelo garantístico de tutela coletiva adotado em nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁶¹ MAZZILLI, Hugro Nigro. Op. Cit. p. 239.

GIANNINI, Leandro J. *Transacción y mediación en los procesos colectivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, vol. 201, nov/2011, p. 149 – 199.

GIDI, Antonio. *A Class action in Brazil – a model for civil law countries*. The American Journal of Comparative Law, vol. LI, number 2, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Ações populares e participação política*. In: *Participação e processo*./coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243.

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).

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*./Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: *Participação e processo*./coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira. *O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, volume IV, 2009, pp. 25-53. Disponível em <http://www.redp.com.br>.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*. In: *Ação Civil Pública. Lei 7347/85 – 15 anos*. (coord. Edis Milaré), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 221-249.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ANÁLISE CRÍTICA E SISTEMÁTICA ACERCA DA (MODERNA) TEORIA GERAL DA PROVA CÍVEL

Vitor Gonçalves Machado

Bacharel em Direito (UFES – Universidade Federal do Espírito Santo). Aluno Especial do Curso de Mestrado em Processo Civil da UFES – Disciplina: Justiça, Verdade e Processo. Membro do Grupo de Estudo em Direito Probatório do Curso de Mestrado em Processo Civil da UFES. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera/LFG. Advogado (OAB/ES).

Resumo: O tema da prova cível tem ganhado demasiada importância nos últimos tempos, sobretudo após a Constituição Federal de 1988. O ônus da prova, sua classificação e características, sua principiologia e a própria definição do que venha a ser “prova” devem ganhar uma roupagem publicista e baseada no modelo constitucional do processo civil brasileiro. Outrossim, importante se faz a análise dos dispositivos legais insertos no Projeto de Lei nº 166/2010. Uma nova perspectiva a respeito do contraditório no âmbito da prova e da construção da verdade processual, igualmente, é necessária para a (moderna) compreensão da teoria geral da prova cível.

Abstract: The issue of civil evidence has gained increasing importance in recent times, especially after the Federal Constitution of 1988. The standard of proof, its classification and characteristics, its principles and the very definition of what will be “proof” must wear a publicist vision and be based on the Brazilian civil procedure constitutional model. Moreover, it is important to analyze the legal provisions inserts on the Bill N. 166/2010. Also, a new perspective on the contradictory on the scope of proof

and the construction of the procedural truth is needed for the (modern) understanding of the general theory of civil evidence.

Palavras-Chave: Prova; modelo constitucional; ônus da prova; contraditório; verdade processual.

Keywords: Proof; constitutional model; standard of proof; contradictory; procedural truth.

1. INTRODUÇÃO:

Uma nova perspectiva sobre a prova e os institutos legais a ela iminentes começou a se modelar a partir da passagem do Estado Liberal para o *Estado Social*, surtindo, conseqüentemente, importantes reflexos dentro do processo (civil).

Um exemplo dessa passagem é a participação mais atuante do magistrado dentro do processo, de modo que incessantemente tenda a buscar, juntamente com as partes, a concretização da *paz social* (mesmo que isto venha a representar um conceito jurídico indeterminado) mediante o uso democrático dos instrumentos processuais¹.

O nascimento do Estado Social, assim, fez com que a prova ganhasse uma orientação publicista e o processo se preocupasse em perseguir a igualdade material entre as partes, e não aquela enfadonha igualdade formal. Nesse sentido, os meios de prova passam a ter uma importância decisiva na busca da “verdade”.

Importa observar e analisar também a compreensão do estudo probatório sob a perspectiva do *Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010*, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil (CPC), atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

¹ Conferir: RODRIGUES, 2008, p. 176-177; SANTOS, RABELO, 2009, p. 97.

De todo modo, o caminho que aqui pretende se trilhar será sempre por uma plena incidência, bem como uma maior efetividade, dos princípios constitucionais processuais ao tema da prova cível, como o contraditório e a ampla defesa, a fim de implementar uma legítima e emancipadora democracia participativa na relação processual pela utilização de um dos elementos mais relevantes (*senão o mais*) do processo civil: *a prova*, o “coração do processo”.

2. DEFINIÇÃO DE PROVA:

Muitos autores discutem a respeito do que verdadeiramente poderia ser o conceito de prova, não sendo sua conceituação uma tarefa simples.

Leonardo Greco, em interessante artigo sobre o conceito de prova, trouxe as mais variáveis concepções analisadas pela doutrina. Segundo o professor, a prova pode ter uma concepção *metajurídica* (como um fenômeno que o conhecimento humano faz uso em todas as áreas do saber), ou um sentido mais *lógico* (raciocínio pelo qual se fixam as conclusões que derivam de certas premissas), ou uma concepção puramente *processual* (prova como o significado da soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo, conforme define Moacyr Amaral Santos). Pode ter, ainda, um sentido vinculando prova como *sistema normativo* (conjunto articulado de regras jurídicas e princípios), ou como *argumento/raciocínio jurídico*, ou, como conclui Greco, assimilando prova como *garantia* (apta à descoberta da verdade objetiva)².

No entanto, o autor peca ao afirmar que a prova deve ser um instrumento de reconstrução racional dos fatos e apto a buscar a verdade objetiva no processo³, visto que é intangível a “verdade”, sendo nada mais que uma quimera judicial, e a reconstituição do fato tal como ocorreu igualmente representa uma idealista visão de que se pode enxergar um dado fenômeno exatamente como ele tenha ocorrido no passado.

² GRECO, 2005, p. 368, 370-371, 381-382 e 387-388.

³ Idem, p. 387-388.

Marcelo Abelha Rodrigues, por sua vez, ressalta que a prova possui dois prismas, a saber: i) um objetivo, que são os elementos que possibilitam ao magistrado chegar ao conhecimento da verdade; ii) e outro subjetivo, o qual se trata da convicção do juiz perante as provas produzidas⁴.

Luiz Fux, em posição convergente com a de Abelha Rodrigues, afirma que “prova é o meio através do qual as partes demonstram, em juízo, a existência dos fatos necessários à definição do direito em conflito”, sustentado, ainda, que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes para a causa”⁵.

Já para Moacyr Amaral Santos e Eduardo Cambi, citados respectivamente por Greco e por Manoel Alves Rabelo e Katharine dos Santos, a prova possuiria uma concepção tripartida em *atividade, meio e resultado*, compreendendo-a dessa forma:

- Como *atividade*: a prova seria a instrução ou o conjunto de atos processuais desenvolvidos por diversos sujeitos com o fito de reconstruir os fatos deduzidos em juízo e que concedem suporte à decisão do juiz, isto é, que comunicam ao magistrado o conhecimento dos fatos.
- Como *meio*: a prova é sinônimo de instrumento pelo qual as informações são introduzidas no processo; é o meio de comunicação que transmite os fatos probantes ou fatos probandos, visando convencer o juiz das alegações dos fatos.
- Como *resultado*: a prova seria o mesmo que o êxito ou a valoração, consubstanciado no convencimento do magistrado⁶.

Contudo, a partir de uma análise crítica e contemporânea, deve-se expurgar de vez aquele entendimento que compreende a prova como reconstituição de um fato pretérito, isto é, de que a prova se destina ao passado. Essa é uma ideia a ser definitivamente superada, pois o juiz não é um historiador e se trata de uma utopia

⁴ RODRIGUES, 2008, p. 186.

⁵ FUX, 2004, p. 692.

⁶ SANTOS, RABELO, 2009, p. 100-101; GRECO, 2005, p. 373-374.

imaginar ser perfeitamente possível reconstruir a verdade real/material/substancial pelo processo.

Destarte, o sentido de prova, nesta sua nova perspectiva no processo civil, deve ser entendida tal como concebe Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, sendo

[...] *todo meio retórico, regulado pela lei*, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados *pelo direito* e de *critérios racionais, a convencer o Estado-juíz da validade das proposições*, objeto de impugnação, feitas no processo⁷ (destacou-se).

Ou seja, a tônica que deve moldar essa nova dimensão do conceito de prova está no seu *aspecto dialético* e no *método argumentativo-retórico*, aliado à observância necessária das regras e princípios jurídicos e aproximando-se da concepção *habermasiana* da prova como elemento argumentativo, onde o processo (constitucional) esteja em um âmbito voltado para o debate, a argumentação, o consenso, a dialética e, sobretudo, o contraditório.

3. CARACTERÍSTICAS DA PROVA:

3.1. FINALIDADE DA PROVA:

Tendo em vista a nova perspectiva que deve moldar a definição de prova na jurisdição cível, seu escopo precípua deve ser compreendido como o de apoiar a argumentação retórica das partes (e do juiz) acerca das alegações dos fatos controvertidos⁸.

⁷ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 59.

⁸ Idem, p. 56.

Assim, a prova cível, como elemento argumentativo-retórico, possui a finalidade de formar a convicção do Estado-juiz da validade (ou verossimilhança/probabilidade) das proposições fáticas que tenham sido objeto de questionamento.

Há que se ressaltar também a importância de se colocar o magistrado no centro do problema probatório, conforme analisam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart⁹. O debate judicial travado entre as partes no processo é todo voltado a ele, sendo, inclusive, influenciado por critérios extrajurídicos (como as influências de cunho político, social e econômico e os valores arraigados que traz consigo em sua própria formação). Talvez seja esse o principal motivo da existência de decisões antagônicas exaradas por juízes distintos em processo idênticos¹⁰.

3.2. OBJETO DA PROVA:

Conforme a moderna doutrina (embora minoritária), o objeto da prova não se trata propriamente do direito nem dos fatos a serem provados, mas sim das *afirmações dos fatos controvertidos*.

No entanto, o direito deverá excepcionalmente ser provado em certos casos pela parte que alegar, de acordo com a regra do art. 337 do CPC: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

Ademais, haverá vezes que determinados fatos não dependerão de prova, segundo o art. 334 do CPC: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”.

É interessante frisar que há vozes na doutrina sustentando que os “fatos negativos” alegados por uma das partes não precisam ser provados. Contudo, Abelha

⁹ Idem, ibidem.

¹⁰ Idem, ibidem.

Rodrigues alerta que a negativa da parte não exclui dela o ônus de provar sua alegação, pois deve prevalecer a regra na qual, “se a negativa resulta de uma afirmação de que se pretende obter por via de uma declaração negativa, impõe-se à parte que nega o ônus de prová-los”, não possuindo esta negação da afirmação da parte o condão de alterar a natureza constitutiva de seu direito¹¹.

3.3. DESTINATÁRIO DA PROVA:

Ainda consoante a moderna ciência processual civil, é equivocado dizer que o destinatário da prova é o juiz, sob o argumento de que é justamente ele o sujeito que deve ser levado a crer na verossimilhança das alegações produzidas pelas partes.

Na verdade, a finalidade da prova, como já analisado, que é a de convencer o magistrado; enquanto que o destinatário da prova será justamente *o processo*, porque é a partir da aquisição das provas juntadas aos autos (e não no que está fora dele) que será possível ao magistrado formar seu convencimento com base num juízo de probabilidade e mais próximo da concretização de uma decisão “justa”.

3.4. MEIOS DE PROVA:

Os meios de prova são compreendidos como as fontes probantes, levadas ao processo, e onde o juiz pode extrair a verossimilhança das alegações dos fatos. Eles estão disciplinados no Código de Processo Civil em rol meramente exemplificativo, visto que a codificação permite (art. 332 do CPC) outros meios de prova que não estejam tipificados (as chamadas provas atípicas), desde que sejam moralmente legítimos.

Analisando o CPC vigente, podem ser constatados os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (art. 342 e seguintes); confissão (art. 348 e ss.); exibição de documento ou coisa (art. 355 e ss.); prova documental (art. 364 e ss.); prova

¹¹ RODRIGUES, 2008, p. 187-188.

testemunhal (art. 400 e ss.); prova pericial (art. 420 e ss.); e inspeção judicial (art. 440 e ss.).

Sobre o que vem regendo o PLS nº 166/2010, ele acaba por “inovar” no sistema processual civil ao fazer inserir no rol dos meios de prova (Capítulo XI) a produção antecipada de provas (art. 367 e seguintes); a ata notarial (art. 370); e os documentos ditos eletrônicos (art. 425 e ss.).

4. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA:

Na presente classificação da prova, procurou-se englobar, de uma forma mais didática e sucinta, um sistema que compreenda aqueles adotados por Moacyr Amaral Santos (citado por Abelha Rodrigues¹²), Francesco Carnelutti, Jeremy Bentham e Nicola Malatesta (os três últimos citados por Ovídio Baptista¹³), complementando-o com a compreensão, já neste tópico, sobre as denominadas provas típicas e atípicas, provas invasivas e não invasivas, e provas lícitas e ilícitas.

(a) Segundo o *sujeito*, a prova pode ser real (a alegação do fato é comprovada por meio de uma coisa) ou pessoal (quando a confirmação da alegação do fato provém de uma pessoa).

(b) Segundo o *objeto*, a prova pode ser direta (quando o objeto é o próprio fato probando, existindo contato imediato entre o magistrado e a alegação do fato a provar) ou indireta (quando o objeto, na verdade, não é o fato probando, mas os fatos a ele conectados, não existindo uma ligação direta entre o juiz e a alegação do fato a provar. Exemplo: os indícios).

(c) Segundo a *forma*, a prova poderá ser compreendida como testemunhal (afirmação pessoal oral), documental (afirmação escrita) ou material (quando a afirmação provém da materialidade do fato a provar, ou seja, seria uma prova real, mas aqui sob a classificação segundo a “forma”).

¹² RODRIGUES, 2008, p. 198-199.

¹³ SILVA, 2006, p. 297-298.

(d) Segundo a *reprodução do fato probando* ao magistrado, Carnelutti divide as provas em históricas (há reprodução do fato ao juiz, como acontece com a prova testemunhal) ou críticas (não há uma reprodução do fato a se provar, mas é possível que o juiz, por meio de raciocínio, chegue à conclusão a respeito da veracidade ou não da alegação do fato).

(e) Segundo a *casualidade* ou não da constituição do meio de prova, Bentham afirma que a prova pode ser ou casual (caso seja utilizada ocasionalmente, sem prévia intenção de empregá-la como prova), ou preconstituída (caso já tenha se formado a prova com o intuito de utilizá-la futuramente em um processo).

(f) Segundo a *dependência de colaboração da outra parte* na formação da prova (mais visualizada no processo penal), tal como discrimina a professora Nara Borgo Machado¹⁴, as provas podem ser invasivas (dependem de intervenção no organismo humano. Exemplo: exame de sangue) ou não invasivas (não há intervenção direta no corpo humano, mas podem ser obtidas a partir de determinados vestígios, como, por exemplo, um fio de cabelo de certa pessoa).

(g) Segundo a *tipicidade* dos meios de prova, constata-se a existência no ordenamento jurídico das provas típicas (previstas expressamente no CPC) e das provas atípicas (que, embora não estejam elencadas no ordenamento, são permitidas pelo legislador desde que moral e legalmente legítimas, estando seu uso limitado, por sua vez, na ilicitude, ilegitimidade e na inconstitucionalidade do método de obtenção da prova¹⁵).

(h) Segundo a *licitude* dos meios de prova, diz-se que a prova pode ser lícita (obtida sem violação às normas jurídicas) ou ilícita (aquela que não é admitida pois foi obtida com violação às normas jurídicas de direito material ou foi derivada de uma prova ilícita, embora seja lícita quando isoladamente considerada), ou, ainda, ilegítima

¹⁴ MACHADO, 2007, p. 73.

¹⁵ RABELO, SANTOS, 2009, p. 113.

(obtida com violação às normas de direito processual, podendo ser admitida caso não haja prejuízo ou já tenha ocorrido a preclusão para alegá-la).

5. ÔNUS DA PROVA:

5.1. UMA CRÍTICA VISÃO SOBRE A REGRA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA:

A regra sobre a distribuição do *ônus* (que significa peso, encargo, e não obrigação) da prova está disciplinada no art. 333 do CPC vigente, o qual estabelece que ao autor compete provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do requerente.

Logo se vislumbra, com essa redação, o cunho *privatista* que possui o sistema brasileiro atual quanto ao ônus da prova, devendo, pois, ser (re)interpretado a partir de uma moderna e crítica concepção, mais voltada para a roupagem publicista que a prova deve vestir.

Considerar que o processo civil é marcado pela perseguição da verdade “formal” e que ao juiz não cabe a função de ser um sujeito participativo (e ativo) na colheita das provas são pensamentos totalmente retrógrados, ultrapassados. Sabe-se que o magistrado, diante da ausência ou insuficiência de provas, não pode eximir-se de julgar, isto é, de dar o direito, de prestar a tutela jurisdicional (situações de *non liquet*). E esta é, pois, a razão de ser da existência do ônus da prova na sistemática processual. Sendo assim, com todo o moderno paradigma publicista que o processo civil brasileiro deve começar a ser encorpado, não pode existir mais espaço para a atuação desvencilhada da busca de uma maior *verossimilhança* (probabilidade) dos fatos que atinja um alto grau de *certeza* (convicção) quando do julgamento, sendo inegavelmente importante que nesta busca se consiga trazer aos autos (embora possa parecer uma utópica ideia) o maior número de provas possíveis, num ambiente aberto para o discurso, o consenso, a argumentação, a dialética. Nessa linha, ressaltam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart que “a ideia do ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um

resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma *maior chance de convencimento do juiz*”¹⁶ (destaque nosso).

Outrossim, ao juiz cabe o papel de sujeito que persiga efetivar a igualdade material entre as partes, não podendo ser inerte quanto a sua participação na atividade probatória, segundo lhe permite o art. 130 do CPC e a principiologia nesta regra disposta.

Por outro lado, a respeito do PLS 166/2010 e longe da polêmica de saber se realmente o ônus da prova é uma regra de julgamento ou regra de conduta/comportamento, o fato é que no projeto do novo Código de Processo Civil está inserto o instituto da *dinamização do ônus da prova*.

A teoria dinâmica do ônus da prova, ou simplesmente dinamização do ônus da prova, prevê uma complementação – mas não substituição total – da regra geral eminentemente privatista do art. 333 do CPC. Tal como está no PLS 166, o juiz possuirá poderes para *distribuir de modo diverso o ônus probatório*, na medida em que as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato demonstrarem que *uma das partes tem melhores condições de produzir a prova que outra*.

A dinamização, na prática, já vem sendo aplicada por alguns juízes e Tribunais do país. Porém, mesmo assim, será um novel instituto a ser incorporado expressamente no processo civil brasileiro e que, indubitavelmente, irá trazer grandes discussões, como a polêmica em torno de se aumentar os poderes do magistrado dentro da atividade probatória e a análise dos critérios que permitem realizar essa dinamização.

5.2. A “INVERSÃO” DO ÔNUS DA PROVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/1990):

O Código de Defesa do Consumidor (Lei de nº 8.079/1990) traz em seu art. 6º, inciso VIII, a previsão de que haverá a “inversão” do ônus da prova no processo civil,

¹⁶ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 179.

em favor do consumidor, “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

O citado dispositivo representa uma exceção ao sistema do ônus da prova, uma vez que permite ao magistrado, quando se deparar com o *non liquet* (inexistência ou insuficiência de provas), “inverter” o ônus da prova em favor do consumidor, beneficiando-o quando do julgamento da lide consumerista¹⁷. Assim, percebe-se que a “inversão” se trata de uma regra de julgamento, e não de conduta, devendo ser alertada as partes o quanto antes acerca da possibilidade de incidência da norma do art. 6º, VIII, do CDC.

Cumprido esclarecer que há uma atecnia em dizer que haverá uma “inversão” na regra do ônus da prova. O que parece é que, afirmando que se inverterá o ônus, então a lógica é de que ao réu competirá provar os fatos constitutivos do direito do autor, e ao autor competirá a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos de seu direito, ou seja, inverte-se literalmente a regra geral do art. 333 do CPC. Mas claro que não será assim. Na verdade, nada se inverte, não há inversão alguma, pois

[...] quando se fala de inversão do ônus da prova quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a *dispensa* da parte de fazer prova de *algum fato por ela alegado*. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse, de *fazer prova de que aqueles fatos alegados pelo demandante não ocorreram* ou, admitindo-os, que *não produziram as consequências afirmadas na petição inicial* (defesa direta) ou, ainda, *apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da causa*

¹⁷ RODRIGUES, 2008, p. 196-197.

petendi descrita na petição inicial (defesa indireta)¹⁸ (destaque nosso).

Assim sendo, nas lides consumeristas, o autor – no caso, o consumidor lesado – deve demonstrar verossimilhança nas suas alegações dos fatos *ou* ser técnica, social ou economicamente hipossuficiente para que, ao menos, seja possível a “inversão”, devendo o juiz, conforme rege o CDC, utilizar-se das máximas de experiência para verificar se os requisitos citados estão presentes *in casu*.

Ocorre, ao que parece, que a “inversão” do CDC perderá força quando do advento do novo Código de Processo Civil e o instituto ali consagrado da dinamização do ônus da prova, devendo o intérprete do direito se atentar quanto a isso.

6. O DIREITO À PROVA E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL:

A partir de uma rápida busca no texto constitucional, logo se percebe que não há menção alguma em relação a um “direito à prova” aos cidadãos nos processos judiciais ou administrativos. Assim sendo, indaga-se: *não restaria consagrado constitucionalmente o importantíssimo direito à prova?*

De fato, não há mesmo expressamente reconhecido na Constituição Federal de 1988 o direito à prova. Isto porque, na verdade, como bem reportam Katharine dos Santos e Manoel Rabelo, ele é um desdobramento do postulado do *devido processo legal* (*due process of law*), previsto no art. 5º, inciso LIV, CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A cláusula do devido processo legal, conforme analisa Karol Araújo Durço em artigo sobre o desenvolvimento histórico do princípio, surge mais robustamente com a Magna Carta, de 1215, na Inglaterra¹⁹. A cláusula *law of the land* da *Great Charter* foi a primeira limitação ao poder do rei, estabelecendo o seguinte:

¹⁸ LUCON, p. 16-17.

¹⁹ DURÇO, 2009, p. 100.101.

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, expert by the lawful judgment of his equals or by the law of the land²⁰.

No direito brasileiro, percebe-se que o devido processo legal representa verdadeiro *princípio fundamental*, traduzindo-se numa garantia de que haja um procedimento legal e previamente estabelecido a regular o caminho que desenvolvem os atos processuais, seja na esfera cível, penal ou administrativa (*aspecto formal*), exigindo, além disso, limites ao poder estatal como um todo, de modo que se observe a proporcionalidade e a razoabilidade do conteúdo das decisões judiciais, dos atos normativos e dos atos administrativos (*aspecto substancial*)²¹.

Sendo assim, apesar de não conter previsão explícita na Constituição Federal, o direito que o jurisdicionado possui a produzir e requerer prova não está despido de garantia constitucional, pois se apresenta como corolário do postulado do devido processo legal.

7. PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA NA JURISDIÇÃO CÍVEL:

7.1. PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE:

A principiologia imanente ao tema da prova civil possui suas particularidades, e por isso se diferencia daquela utilizada em outros sistemas do saber jurídico, como a do processo trabalhista ou do processo penal, embora seja possível observar vários pontos de contato, todos ligados a uma mesma base fundamental: os princípios e valores insculpidos na *Constituição Federal de 1988*.

²⁰ “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra maneira, nem procederemos com força contra ele nem mandaremos outros procederem assim, a não ser por meio de um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra”.

²¹ DURÇO, 2009, p. 104-108.

Vale consignar que o PLS 166/2010 traz, logo em seus primeiros dispositivos, os princípios e as garantias fundamentais que deverão informar o novo CPC, reforçando, inclusive, a **constitucionalização** dos institutos processuais civis, devendo ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (art. 1º do PLS 166). De todo modo, passa-se agora à análise em espécie dos atuais princípios reitores do direito probatório:

a) *Devido processo legal*

Como já retratado acima, é do postulado do *due process of law* que deriva o direito à prova. O devido processo legal se traduz numa garantia tão ampla que abarca várias outras garantias, como a ampla defesa, o direito de ação e, conseqüentemente, o direito à prova.

b) *Ampla defesa e contraditório*

Representando corolários do devido processo legal e sendo extremamente relevantes para o direito à prova, a ampla defesa e o contraditório estão previstos no art. 5º, inciso LV, CF/88.

c) *Proibição da prova obtida ilicitamente ou derivada de ilícita*

Está prevista no art. 5º, LVI, CF/88, não sendo permitido em qualquer processo a utilização de provas ilícitas nem de provas que, apesar de ser lícita isoladamente considerada, possui inegável nexos causal (interdependência) com outra prova que é ilícita.

d) *Igualdade (material)*

É inegável que deve existir também no ambiente processual uma igualdade material entre as partes (e não somente formal), devendo na instrução probatória, por via de consequência, haver esse equilíbrio, essa paridade de armas, que também possui índole constitucional.

e) *Necessidade da prova*

Ressalta Ovídio Baptista que “só *necessitam* de prova os fatos que não sejam notórios e que, além disso, sejam controvertidos na causa”²² (destacou-se). As alegações dos fatos, assim, não podem ser inúteis ou incontrovertidas para se admitir que sejam passíveis de prova. Devem os fatos, portanto, ser necessários ao processo e ao deslinde da causa. O art. 334 e seus incisos, do CPC, trazem o rol dos fatos que não dependem de prova.

f) *Dispositivo e inquisitivo*

A questão de se conferir ao juiz amplos poderes para a iniciativa probatória é uma polêmica à parte na doutrina processual, e os princípios dispositivo e inquisitivo regem a tônica da controvérsia. No direito probatório, o princípio inquisitivo confere ao juiz liberdade de iniciativa probatória dentro do processo, enquanto o princípio dispositivo rege que às partes cabe a incumbência de produzir as provas, sendo o magistrado mero espectador na relação processual.

g) *Unidade*

As provas devem ser produzidas e colhidas num mesmo lugar, num mesmo processo, devendo ser examinadas em seu conjunto, e não de forma isolada. Entretanto, o princípio admite exceções. Uma clássica exceção no processo civil é a questão da carta precatória, onde determinada prova deve ser colhida em outra comarca que não a de origem do processo.

h) *Lealdade*

Aos sujeitos que participam do processo (partes, juiz, peritos, etc.) cabe a função de perseguir a admissão, produção e valoração da prova sob os valores da lealdade, da ética e da boa-fé, os quais indubitavelmente regem o moderno processo civil.

i) *Livre convencimento motivado*

Trata-se do sistema de avaliação da prova em vigor no Brasil, previsto no art. 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias

²² SILVA, 2006, p. 299.

constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

j) *Aquisição processual*

Ligada ao que se estabeleceu neste estudo como destinatário da prova (o processo), o princípio da aquisição processual traz justamente esse pensamento de que a prova pertence ao processo, e, dessa maneira, pode o magistrado julgar a lide com base nas provas constantes dos autos inclusive em desfavor da parte que requereu e produziu a prova²³.

k) *Oralidade*

O princípio da oralidade decorre do disposto no art. 336 do CPC (“salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”), e vem a consagrar um maior contato que deve existir entre o magistrado e a prova. De acordo com Abelha Rodrigues, o princípio é formado por vários subprincípios que lhe dão a tônica, “tais como o da concentração, o da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, o da imediatidade, o da identidade física do juiz etc”²⁴.

l) *Imediação (ou imediatidade)*

Como afirmado acima, trata-se de um subprincípio da oralidade, derivado da regra insculpida no art. 446, inciso II, do CPC (“compete ao juiz em especial proceder direta e pessoalmente à colheita das provas”). Assim, não deve existir obstáculo algum entre a prova e o juiz, devendo ele, “pessoal, direta e imediatamente, colher a prova junto às partes e testemunhas e receber os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos”²⁵.

m) *Identidade física do juiz*

Enormemente violado na prática processual, o princípio da identidade física do juiz (que também é subprincípio da oralidade) está disposto no art. 132 do CPC, o qual estabelece que o juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento deve ser o

²³ RODRIGUES, 2008, p. 192.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ Idem, ibidem.

mesmo que irá proferir a sentença (“julgará a lide”), uma vez que, tendo participado da audiência onde foram colhidas as provas, terá, logicamente, maior contato com o conjunto probatório e maior segurança em proferir decisão mais próxima da “justiça”.

7.2. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA ATIVIDADE PROBATÓRIA DENTRO DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:

A autora Adriana Pires, no introito de seu artigo sobre o tema “prova e contraditório”, já explanava que “contradizer é uma função essencialmente de diálogo”²⁶. Com isso, a *dialética*, sem dúvida, passa a desempenhar a função de viga mestra, de base fundamental para a formação do *princípio do contraditório* (sintetizado no brocardo *audiatur et altera pars*: “ouça-se a parte contrária”).

A natureza dialética do contraditório, assim, tem por função o *equilíbrio/igualdade* das partes no processo, pois é através da correspondência “ação-reação” (*bilateralidade do processo*) que se permite atingir o equilíbrio da balança na relação processual, a qual somente se completa com a citação do réu (art. 213 c/c 219, CPC).

Insta frisar neste momento, quando se estuda o contraditório como princípio processual constitucional, a importância que possui o já analisado postulado do devido processo legal, pois se apresenta, assim como a contraditoriedade, como *princípio-garantia* das partes e do próprio processo, conforme salienta Pires²⁷. O devido processo legal e as garantias constitucionais que derivam deste postulado convertem-se e transformam o procedimento “em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz”²⁸. Na mesma linha, Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, citado por Abelha Rodrigues,

²⁶ PIRES, 2005, p. 65.

²⁷ Idem, p. 67.

²⁸ Citação de Ada Pellegrini Grinover utilizada por Adriana Pires (2005, p. 67-68).

escreve que o princípio do contraditório representa a “mais eficaz garantia contra o risco de uma atuação parcial do juiz”²⁹.

Dessa forma, em simples palavras e num sentido mais amplo possível, Adriana Pires entende o princípio do contraditório (ou da audiência bilateral) como o preceito no qual “o juiz não pode decidir sobre uma pretensão se não for ouvida, ou instada a ser ouvida, a parte contra a qual ou em face da qual é formulada tal pretensão”³⁰. Seria formado, então, pelo binômio *ciência necessária dos atos judiciais + possível reação aos mesmos*, a fim de participar ativamente do processo e poder exercer influência na convicção do juiz.

Embora possa parecer bem vinda essa conceituação de Pires, Alvaro de Oliveira não a considera suficiente, posto que repousa na ideia de que “o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem a interferência das partes”³¹. Assim, o desembargador aposentado Alvaro de Oliveira orienta:

[...] O conteúdo mínimo do contraditório *não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes*. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes *conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão*, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de *participar* do juízo de fato, tanto na

²⁹ RODRIGUES, 2008, p. 184. Vale observar que a atuação imparcial do juiz não significa que deve ele ser neutro nem inerte durante a instrução probatória, já que é totalmente inadequado o frequente isolamento do magistrado em relação às partes, devendo haver entre elas e o juiz uma permanente colaboração e prudente e constante diálogo (idem, ibidem).

³⁰ PIRES, 2006, p. 66.

³¹ Idem, ibidem.

indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante *mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial*³² (destacou-se).

Portanto, termos e expressões como *dialeticidade, debates, argumentação e contra-argumentação, oportunidades iguais, oposição entre proposições contraditórias, cooperação e influência na convicção judicial* são formadores do conceito que assume o contraditório no moderno processo civil constitucional.

Verifica-se, ainda, que antes do advento da atual Constituição houve diversos esforços doutrinários no sentido de ampliar a garantia do contraditório. Contudo, estava longe de contar com uma amplitude tão elástica que hoje se vive com a Carta Magna em vigor, pois parecia que pela CF/1967 apenas se aplicava no âmbito dos processos criminais, a lume do art. 150, §§ 15 e 16.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a amplitude dada ao contraditório e à ampla defesa foi a máxima possível, colocando a contraditoriedade em seu devido lugar, ao lado dos *direitos e das garantias fundamentais e abarcando todo e qualquer tipo de processo* (civil, administrativo, criminal, etc.), atualmente positivado no citado art. 5º, LV, CF/88.

Nessa perspectiva constitucional, o contraditório, assim como o processo, somente pode ser enxergado e devidamente interpretado sob o prisma do “Estado Constitucional Democrático Pluralista de Direito”. Segundo entende Zaneti Júnior, a Constituição de 1988 assumiu expressamente uma postura garantista, sendo moldurado agora o processo com apoio em um viés democrático, sob a “máxima da cooperação” e tendo o contraditório como “*valor-fonte*” (expressão tomada de empréstimo de Miguel Reale) deste novo processo constitucional³³.

³² ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 196.

³³ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 191-194.

Nessa esteira, a prova deve ser entendida como uma *projeção particularizada do princípio do contraditório*³⁴, pois o processamento da prova nada mais é do que a manifestação da contraditoriedade³⁵. No entanto, como fica a participação do juiz durante a instrução probatória? E, caso siga a orientação de que lhe deve ser concedido amplos poderes, isso afetaria o contraditório?

8. A INICIATIVA DA PROVA PELO JUIZ: PODERES INSTRUTÓRIOS DIANTE DO NOVO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:

Questão de imensa polêmica na doutrina e na jurisprudência é a que se chega neste capítulo: o art. 130 do CPC deveria ser interpretado no sentido de conferir amplos poderes ao juiz na atividade probatória ou apenas um poder de caráter suplementar à iniciativa das partes? É legítima a atribuição ao magistrado de amplos poderes probatórios no processo civil? E se assim for, estaria conforme os ditames do “Estado Democrático de Direito” e o modelo constitucional do processo civil brasileiro? Não afetaria o princípio do contraditório?

Por certo, não se pretende neste estudo analisar pormenorizadamente as questões acima tecidas, pois, logicamente, seriam temas para ser debatidos em possíveis trabalhos com ênfase específica no assunto, em razão da enorme discussão que sem dúvida advém com isso. Ocorre que não se pode fugir, ao escrever sobre a moderna teoria geral da prova cível, da problemática envolvendo os poderes instrutórios do juiz.

Em recente estudo, Alexandre Freitas Câmara analisou a questão sob um aspecto mais voltado para o processo civil democrático. Segundo o jurista, a preocupação de se conferir (ou não) amplos poderes instrutórios ao magistrado deve girar, inicialmente, em torno da verificação dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro e dos escopos da jurisdição (e do processo).

³⁴ LOPES, 2008, p. 112.

³⁵ PIRES, 2005, p. 68.

O modelo processual que a Constituição vem a adotar enseja que o processo seja um instrumento de realização dos objetivos do Estado, e somente é possível, de acordo com Câmara, a implementação da igualdade, da cidadania e da dignidade humana, bem como a construção de uma sociedade justa, se o processo produzir decisões verdadeiras, isto é, quando a instrução probatória busque determinar a verdade³⁶.

De fato, reitera-se a necessidade que a prova e os assuntos ligados a ela sejam revestidos de uma perspectiva publicista e condizente com os ditames da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito. Porém, afirmar que os poderes instrutórios do juiz devem ser amplos porque a busca da “verdade” é o que faz com que o processo possa atingir seus fins é uma (sutil) falácia.

Compreende-se que o magistrado não pode ficar inerte durante a fase instrutória, sendo um mero espectador, à espera da iniciativa das partes, já que esse era um pensamento que vingava muito bem antigamente, quando o direito processual civil possuía uma visão privatista, conforme lembra Fredie Didier Júnior, citado por Câmara³⁷. Atualmente, deve haver um consenso quanto à atividade probatória do juiz, uma vez que não pode ser ilimitada, figurando o magistrado como um “desvairado e faminto caçador de provas, esquecendo-se da atividade das partes, mas não deve juntar-se à investigação instrutória sob argumentos privatistas e sob o argumento de normalidade”³⁸. Nesse sentido, como entende Sérgio Luís Wetzel de Mattos, referenciado por Abelha Rodrigues, deve ficar pontuado o seguinte:

[...] A proposição das provas cabe, em primeiro lugar, às partes, porque conhecem bem os fatos e se encontram em condições superiores à do juiz no sentido da identificação dos fontes de prova. Além disso, *a iniciativa probatória das partes representa talvez a mais clara expressão do princípio fundamental do contraditório*. Nada obstante, o juiz não deve permanecer à mercê do aproveitamento das iguais oportunidades concedidas

³⁶ CÂMARA, 2008, p. 40-42.

³⁷ *Idem*, p. 32.

³⁸ RODRIGUES, 2008, p. 183.

às partes no concernente à iniciativa em tema de prova. À adequada formação da convicção do juiz e, conseqüentemente, à justiça da decisão impõem-se o melhor esclarecimento dos fatos e o decorrente descobrimento da verdade. Por isso, ***relevante é a iniciativa probatória do juiz***. E indispensável é a conciliação entre o abandono do imobilismo do juiz, espectador em tema de prova, e o princípio do contraditório³⁹ (destacou-se).

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que a iniciativa probatória do magistrado deve estar presente em três casos: i) quando se tratar de direito indisponível (ações de estado); ii) quando o juiz estiver em estado de perplexidade; iii) ou quando houver significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes⁴⁰.

Mas isso que se propõe não tem ligação alguma em dizer que ao juiz cabe a proposição de provas pois deve *buscar a “verdade”*. Os poderes instrutórios que devem ser conferidos ao magistrado tem a ver com a questão de sua convicção na causa, resultante de um pleno contraditório, evitando decisões as quais não tenha formado plenamente seu convencimento. Ou seja, a investigação das alegações dos fatos deve ser tarefa de todos os sujeitos do processo, numa ordem de colaboração e debates⁴¹, onde o princípio do contraditório figure efetivamente como *valor-fonte*. E nem que se diga que conceder poderes instrutórios ao juiz afetaria o contraditório, pois sua liberdade e sua participação ativa na instrução probatória não afastam a aplicação do princípio do contraditório. Até mesmo às matérias e exceções apreciáveis de ofício pelo juiz deve ser dada oportunidade às partes se manifestarem, antes mesmo que sejam pronunciadas, evitando, com isso, que o julgador faça do processo uma “cartola de mágico”, de cujo conteúdo as partes apenas tomarão conhecimento após a apreciação do juiz e prolação de sua decisão⁴².

³⁹ Idem, p. 184.

⁴⁰ Vide: STJ, Recurso Especial nº 43.467/MG, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento: 12 de dezembro de 1995. Inclusive, há recente julgado salientando que a iniciativa probatória do juiz, com a realização das provas de ofício e em busca da verdade real, é amplíssima, pois é feita no interesse público de efetividade da justiça (conferir: STJ, Recurso Especial nº 1.012.306/PR, data do julgamento: 28 de abril de 2009).

⁴¹ RODRIGUES, 2008, p. 184.

⁴² PIRES, 2005, p. 72.

E a “verdade”, como se verá, é inatingível, é uma utopia dentro da relação processual, uma quimera judicial. Dessa forma, urge construir uma verdade processual sob uma nova perspectiva, baseando-se no trinômio *verdade aproximativa-provável-normativa*.

9. A CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A VERDADE PROCESSUAL:

Primeiramente, deve ser enfatizado que atingir a “verdade”, por meio do processo, é uma mera utopia. Seria uma ingenuidade completa acreditar que se trará com a relação jurídica processual o fato tal como verdadeiramente ocorreu no passado, também sendo ingênuo o pensamento de que o magistrado julgará o caso livre de qualquer subjetivismo de sua parte.

Não obstante essa descrença, mais sustentada para desvaecer mitos e tradicionais conceitos, a verdade no processo deve ganhar uma nova perspectiva, não podendo corresponder à verdade substancial (ou material) nem à verdade formal, como o querem muitos doutrinadores do processo civil.

Antes, os processualistas davam muito mais importância a certos requisitos legais relacionados ao direito probatório (forma) do que propriamente ao conteúdo material da prova (conteúdo), preponderando o que se chamava verdade formal. Nesse sentido era (quer dizer, ainda é) a posição de Cintra, Grinover e Dinamarco:

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 342 etc.), a maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes

levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios⁴³ (destacou-se).

O entendimento atual de ser o processo civil orientado à busca da verdade formal, dessa forma, é uma ideia esvaziada. Institutos como a preclusão não podem fazer frente ao que traz um importante conteúdo de alguma prova. Aliás, sequer se mostra válido o argumento de que o processo civil labora com bens jurídicos menos importantes que o processo penal, posto que interesses fundamentais da pessoa humana, como a família, fazem parte do rol de bens e interesses que almeja proteger o direito processual civil⁴⁴.

A ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que *não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática*⁴⁵ (destaque nosso).

Por sua vez, a verdade substancial igualmente não pode subsistir no processo civil, pois representa uma *pseudoverdade*. Existem sim alguns doutrinadores que fazem a correspondência de ser a verdade substancial uma verdade provável a ser atingida no processo, como o fazem Zaganelli e Avellar⁴⁶. Todavia, a interpretação mais adequada a essa verdade é que ela representa uma verdade *absoluta*, não podendo ser atingida por meio do processo civil. Nesse sentido, explicam Marinoni e Arenhart:

“O mito da verdade substancial tem servido apenas para atarracar o processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos, que é, como visto, impossível. [...] Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade

⁴³ CINTRA *et al*, 2010, p. 71.

⁴⁴ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 34.

⁴⁵ *Idem*, p. 35.

⁴⁶ ZAGANELLI, AVELLAR, 2009, p. 7.

jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a esse ideal, ao menos tendo a certeza que o atingiu. ***O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz*** de que esse é o ponto mais próximo da verdade que pode atingir do que, propriamente, em algum critério objetivo⁴⁷” (destacou-se).

Após uma breve explicação das “verdades” formal e substancial, pugnando pela extirpação das duas do processo civil, faz-se relevante reiterar que não só a prova, mas todos os assuntos relacionados a ela, devem necessariamente passar por uma observação e crivo ***publicista***. Não se pode em hipótese alguma desmerecer a prova sob a argumentação de que a mesma é custosa, é árdua a sua perseguição no processo, pois é a partir dela que se chega a um conceito próximo de verdade, chegando, assim, a uma ***maior aproximação da concretização da justiça e da paz social***. Se com a prova já é difícil concretizar esses postulados, imagine sem ela⁴⁸.

Ademais, acreditar que o magistrado julgará o processo isento de subjetividades é uma questão que nada tem a ver com a assunção pelo juiz de seu real papel frente à sociedade e, principalmente, frente à relação jurídica processual. Ao magistrado urge assumir uma posição de maior participação na questão da produção e valoração das provas, como já analisado acima. Por isso, é importante conceder ao juiz um papel ativo, efetivo e dinâmico no que tange à produção e valoração dos meios probatórios, sem se descurar, obviamente, das garantias processuais e do princípio do contraditório no âmbito do processo.

De fato, também se apresenta difícil enxergar a verdade processual como uma simples verdade como correspondência. Aliás, na própria estrutura dialética do processo, com aparição de várias narrações (e visões) de fatos (“subjetivação” da realidade), às vezes até discordantes entre si, é impraticável a compreensão da verdade como correspondência da ideia ao fato tal como ocorreu.

⁴⁷ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 42-43.

⁴⁸ Nesse sentido: RODRIGUES, 2008, p. 183-185.

Conforme sustentam Zaganelli e Lacerda, a tentativa de encontrar a verdade no processo deve ser tal que seja envolta de um amplo espaço para a **argumentação** e o **debate**, dentro de uma perspectiva de respeito ao **contraditório** e à **paridade de armas** entre as partes, afirmada pela maioria de elementos probatórios que a confirmem⁴⁹.

Essa compreensão está ao encontro do que Alvaro de Oliveira denomina de **formalismo-valorativo**: um procedimento que faz colaborar para um processo ágil e eficaz, onde se sobressaem valores como a efetividade, a segurança, a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa⁵⁰.

Além disso, a prova deve ser entendida como uma inter-relação das qualidades entre o modelo persuasivo (prova como argumento persuasivo) e o modelo moderno (prova como instrumento demonstrativo). Ou seja, o órgão julgador elegerá (se convencerá disso, quer dizer) certa versão dos fatos, embasada em meios hábeis, como a mais próxima da verdade, mas sem esperar por ela passivamente, totalmente inerte (nem também ir ao seu encontro vorazmente, sem controle e racionalidade).

Destarte, a **verdade processual**⁵¹ deve ser entendida como uma **verdade aproximativa**, de onde se pode extrair que determinada tese é mais plausível (mais próxima da verdade possível para o conhecimento humano) e preferível a outras por seu maior “poder de explicação” (sem dar preferência a uma ou outra versão dos fatos) e maior controle (passível de prova e oposição). Além disso, deve ser compreendida como uma **verdade provável**, baseada num juízo de probabilidade, particularizada com a intensa argumentação dialética entre os sujeitos cognoscentes (partes e juiz) e com a garantia do contraditório pleno em um procedimento adequado e condizente com o postulado do devido processo legal. Por fim, a verdade no processo só pode ser construída como sendo uma **verdade normativa**, aquela em que, sendo convalidada pelo respeito às normas jurídicas e comprovada definitivamente pelas provas, terá valor

⁴⁹ ZAGANELLI, LACERDA, 2009, p. 147 e 150.

⁵⁰ Nessa linha, conferir: OLIVEIRA, 2006, p. 8.

⁵¹ O entendimento que se formará segue as críticas e bem embasadas análises feitas por Luigi Ferrajoli (2010, p. 53 e 61-62), Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart (2011, p. 52), e Michele Taruffo (2002, p. 119-120).

normativo⁵², de modo que a decisão definitiva, mesmo que não tenha sido proferida com alto grau de certeza pelo magistrado, mas tenha mesmo assim transitada em julgado, acarretará a formação da coisa julgada e a pacificação da lide.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A prova na jurisdição cível urge ganhar uma nova roupagem, sob uma perspectiva *publicista e constitucional*. Quer dizer, não somente o instituto da prova, mas sem dúvida o processo como um todo deve ser enfatizado num molde constitucional e condizente com os valores do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Nessa tônica, a teoria geral da prova deve ser compreendida sob esse viés publicista, constitucional e democrático, caminhando no sentido de abandonar velhos dogmas e desmistificar doutrinas de cunho eminentemente privatista.

Somente reafirmando incessantemente o modelo constitucional do processo civil que necessita incidir no atual sistema brasileiro é que será possível enxergar esse mesmo processo como autêntico ramo do direito público, e apenas assim se poderá compreender a ampla e ativa participação das partes, juntamente com o magistrado, para esclarecer o espírito deste, ajudar na qualidade do exercício jurisdicional, buscar a necessária colaboração a fim de chegar a uma certeza mais próxima possível da realidade dos fatos e conforme as regras e princípios do direito (verdade provável e normativa).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AVELLAR, Ana Paula; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Direito à prova nas ações civis ex delicto. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-17.

⁵² Luigi Ferrajoli (2010, p. 573-574), em compreensão apta a ser neste momento destacada, releva o valor fundamental que possui o *princípio da motivação das decisões judiciais*, o qual permite maior legitimação, validade e controle da decisão, fundamentada e mais próxima à “verdade”.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo civil: novas tendências*. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DURÇO, Karol Araújo. O desenvolvimento histórico do princípio do devido processo legal: uma crescente aproximação entre *commom law* e *civil law*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coor). *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 99-115.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Atualizado de acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, e 10.444/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coor.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio do contraditório. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (coor). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 101-117.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 28 out. 2011.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 62-83. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 28 out. 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *Prova cível*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 65-83.

RABELO, Manoel Alves; SANTOS, Katharine Maia dos. Teoria geral da prova na jurisdição cível: breves considerações. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97-116.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. rev. e atual. com a recente reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a “cientificização” da prova no processo. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 141-204.

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

PARTE II. RESENHA DE OBRA JURÍDICA

**RESENHA DO LIVRO “DUE PROCESS OF LAW: A BRIEF HISTORY”, DE
JOHN V. ORTH.**

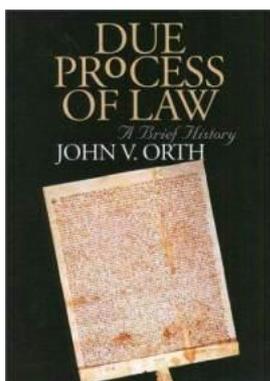
Guilherme Luis Quaresma Batista Santos

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.

Dados bibliográficos: ORTH, John V. *Due Process of Law: a brief history*. Lawrence,
Kansas: University Press of Kansas, 2003. 116p.

Língua: Inglês

ISBN 978-070061242-0.



JOHN V. ORTH, professor da Faculdade de Direito “William Rand Kenan Jr.” da Universidade da Carolina do Norte-Chapel Hill (EUA), escreve com simplicidade, porém com rigor técnico e histórico incomparável, sobre a cláusula do *due process of law*. Com os estudos da jurisprudência do *common law*, ele desenvolve a noção do *due process of law* desde a *Magna Carta* inglesa de 1215, passando no direito inglês pelas renomadas obras doutrinárias de Edward Coke, Thomas Littleton e William Blackstone e por casos emblemáticos como o do julgamento do Dr. Bonham pelo Real Conselho de Medicina (*Royal College of Physicians*) até chegar à elevação, nos Estados Unidos da América, da cláusula de devido processo legal a cláusula constitucional, reconhecida inicialmente por sua faceta procedimental (*procedural due process of law*), caracterizada pela imparcialidade do julgador ou da impossibilidade de um homem ser juiz dele próprio, como, posteriormente, por sua faceta substancial (*substantive due*

process of law) a partir do julgamento, segundo o autor, do caso *Davidson v. New Orleans* [96 U.S. 97, 102 (1878)] pela *US Supreme Court*, e mais bem desenvolvida na primeira metade do século XX.

Escrito em inglês, ORTH presenteia seus leitores com um livro de leitura leve e dinâmica, feito, consoante suas próprias palavras no prefácio, para ser lido “acima da linha”, isto é, acima da linha que separa o texto principal das notas de rodapé, de modo que o leitor leigo poderia compreender a história (ou a estória, visto o autor possuir uma forma de escrever quase literária) sem ter que ler as ricas notas de rodapé. Não se engane, contudo, com a simplicidade do texto, uma vez que este pequeno livro se mostra uma rica fonte para aqueles que queiram conhecer a criação e evolução do *due process of law* no direito inglês e norte-americano até os dias atuais.