

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 X

Julho a Dezembro de 2012

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

PARTE I. HOMENAGEM AO PROFESSOR JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
DISCURSO DO PROFESSOR LUIZ FUX 6

DISCURSO DO PROFESSOR PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO..... 8

DISCURSO DE AGRADECIMENTO DO PROFESSOR JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA..... 12

PARTE II. ARTIGOS JURÍDICOS
EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE DA COGNIÇÃO
Adilson Fonseca César Júnior..... 15

DEVIDO PROCESSO LEGAL E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS : A INTERUPÇÃO DO PRAZO PELA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E A QUESTÃO DA INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO PREMATURO
Arthur Daher Colodetti..... 34

A CLÁUSULA ASSECURATÓRIA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
Bráulio Chagas Pighini Magno Federici Gomes..... 53

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ASPECTOS GERAIS
Carla da Silva Mariquito..... 70

PROVA ILÍCITA: ADMISSÍVEL OU INADMISSÍVEL?
Débora Minuzzi..... 91

PROCESSO COMO ARENA DE DISCUSSÃO PÚBLICA: POR UMA EFETIVAÇÃO DIALÓGICA DOS DIREITOS EM JOGO ATRAVÉS DA PUBLIC LAW LITIGATION
Diogo Bacha e Silva Luciano Meni Gonçalves..... 113

COISA JULGADA VIOLADORA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: OS IMPACTOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
Fabiana Marcello Gonçalves..... 133

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL
Gabriela Soares Balestro..... 152

ACESSO À JUSTIÇA E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
Guilherme Luis Quaresma Batista dos Santos..... 180

MEDIACIÓN OBLIGATORIA. UMA VERSIÓN MODERNA DEL AUTORITARISMO PROCESAL
Humberto Dalla Bernadina de Pinho Michele Paumgartten 210

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES E SUA AMEAÇA APARENTE AOS PRINCÌPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA
Irapuã Santana do Nascimento da Silva.....226

A COISA JULGADA: O FIM DE UM MITO
Jordi Nieva-Fenoll..... *239*

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA:PRESSUPOSTO PROCESSUAL ESPECÍFICO DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS
Júlio Camargo de Azevedo..... *258*

COGNIÇÃO SUMÁRIA E COISA JULGADA
Leonardo Greco.....*275*

O PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES (PRETENSÕES) INDENIZATÓRIAS PROPOSTAS CONTRA O PODER PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO
Leonardo Oliveira Soares.....302

EMBARGOS INFRINGENTES E O NOVO CPC: MANUTENÇÃO OU EXTINÇÃO
Marco Antônio dos Santos Rodrigues Thaís Boia Marçal 326

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS
Natália Brambilla Francisco 339

PARTE III. CÓDIGO MODELO
CÓDIGO MODELO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DO INSTITUTO IBERO-AMERICANO
..... 360

PARTE I. HOMENAGEM AO PROFESSOR BARBOSA MOREIRA

IX JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL DO IBDP

Rio de Janeiro, Hotel Sofitel, 31 de agosto de 2012

Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira

Discurso do Professor Luiz Fux:

[...] Este para mim é um momento muito significativo e de muita sensibilidade, porquanto com o professor José Carlos Barbosa Moreira mantemos uma relação muito maior do que uma relação de amizade, uma relação quase que filial.

Nós somos afilhados do professor José Carlos Barbosa Moreira e com ele. Desde priscas eras, desafiamos escolas processuais... Ele vai se lembrar disso: O professor Tulio Liebman... exilado da perseguição nazista fundara a Escola de Direito Processual de São Paulo. Nós, os cariocas, liderados pelo professor José Carlos, fundamos a Escola Processual de Copacabana. Rua Anita Garibaldi, 26, 401. Nós estudávamos ali... E o professor José Carlos, que encantava na sala de aula também o fazia fora do ambiente universitário.... Eu não tenho a menor dúvida em dizer que o professor José Carlos Barbosa Moreira nunca procurou captar admiração, ele era voluntariamente admirado, amado e querido pelos seus alunos.

As turmas faziam absolutamente questão de tê-lo como nome da turma porquanto professor ímpar, e um ser humano desses absolutamente singulares. Não é muito fácil falar do professor José Carlos porque eu não tenho a menor dúvida de dizer que ele em relação a seus alunos ensinou-os a ter uma vida profissional, ajudou-nos a criar uma família e deu-nos a noção da ética, da probidade, da competência e da exação. Então, nós, alunos, diferentemente dos cultores do processo, nós não agradecemos ao professor José Carlos Barbosa Moreira por tudo quanto ele fez pelo processo e pelo Direito de nosso país. Nós agradecemos simplesmente porque ele existe, porque ele é esse grande homem.

Eu, hoje exteriorizarei para todos o que representa o professor Barbosa Moreira como ser humano, e , acima de tudo, essa sua simbiose exemplar como homem e profissional Nesse afã, pesquisei, e encontrei, uma definição de um grande homem em Humberto Rohden, e que é a minha homenagem que eu faço a

você, José Carlos. E essa homenagem, será apenas uma das muitas que ainda faremos até o ocaso das nossas vidas, porque de certo seremos amigos-crianças dos cabelos brancos, jovens de cem anos.

Eu destaquei os seguintes trechos, que é imanente ao professor e amigo José Carlos:

"O grande homem é silenciosamente bom. É genial, mas não exibe gênio. Socorre a todos, sem precipitação. É puro, mas não vocifera com os impuros. Adora o que é sagrado, mas sem fanatismo. Carrega fardos pesados, com leveza e sem gemido. É humilde, mas sem servilismo. Fala às grandes distâncias, sem gritar. Ama, sem se oferecer. Faz bem a todos, antes que perceba. Rasga caminhos novos, sem esmagar ninguém. Abre largos espaços, sem arrombar portas. E entra no coração humano, sem saber como. Tudo isso faz o grande homem"... porque o José Carlos... "é como o sol, esse astro assaz poderoso para sustentar um sistema planetário, e assaz delicado para beijar uma pétala de flor".

Obrigado, José Carlos, por tanto quanto você é e tem feito pelos seus afilhados.

Discurso do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

"Discursos, convém que sejam poucos, se possível, que sejam bons; em qualquer caso, que sejam breves". Esta a advertência do Prof. José Carlos Barbosa Moreira no discurso proferido para a sua última turma de bacharelandos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1996. Prometo cumprir, pelo menos, a advertência final sobre a brevidade.

Na realidade já anuncio que não pretendo fazer discurso, mas sim falar um pouco nesta homenagem do Mestre José Carlos Barbosa Moreira. Vi o professor pela primeira vez nos idos de 1968/1969 no casarão da Faculdade de Direito da antiga Universidade do Estado da Guanabara, salão nobre, defendendo, em concurso público, tese para livre docência. Sua segunda tese para livre docência. A primeira já havia defendido na Faculdade Nacional em 1968. Nesta a tese era "O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Civis". Foi então, naquele momento, que o jovem mestre que despontava demonstrou todo o seu talento, cultura e uma dose de fina ironia reveladores de uma maturidade precoce na área que escolhera como especialidade, enfrentando com ampla vantagem aquela temível banca que procurava sem sucesso questionar o seu trabalho. Foi algo inesquecível principalmente para aqueles que pela primeira vez assistiram a um concurso do gênero. Mal sabia o mestre que começara a despertar nos seus futuros alunos, e assim foi ao longo de toda a sua carreira, a vontade de um dia seguir os mesmos passos.

Mais tarde, começou a dar aulas na então Universidade do Estado da Guanabara com exclusividade, e a sua primeira turma para a qual ministrou por inteiro o curso nos anos de 71/72, a minha turma, as salas de aula ficavam lotadas. Cada turma dizia ser a preferida e a melhor e o mestre quando indagado respondia com um sorriso enigmático: "existem muitas moradas na casa do pai!!!" Naquela época eram 300 alunos (150 manhã mais 150 à noite). E as aulas do mestre eram concorridíssimas, pois alunos de outras turmas e mesmo de outras universidades já corriam para assistir às aulas do mestre que despontava.

Cada uma das turmas do Prof. José Carlos tem as suas lembranças. E mesmo aqueles que tiveram a oportunidade de assistir as suas palestras. Quem não se recorda das figuras que o Professor José Carlos usava para ilustrar as suas aulas? Em 1972, a fábula da Bela Adormecida no Bosque servia de base à compreensão do recurso intitulado "o agravo no auto do processo", parente mais velho do que hoje conhecemos

como o agravo retido. Para explicar o efeito devolutivo do recurso de apelação, com a devida vênia, o Professor à época usava as curvas da Cláudia Cardinalle. Para quem não a conheceu, vocês que são muito jovens, foi realmente uma mulher muito interessante. Hoje nós teríamos que procurar uma figura mais moderna, sob pena de usando aquela personagem de então desestimular por completo o interesse dos alunos, quanto ao aprendizado do efeito devolutivo do recurso de apelação.

Mas o legado do mestre não foi só a didática, o conhecimento da técnica processual. Muitas foram as lições de vida, de solidariedade, de respeito pelos seus alunos.

O Professor, desde sua primeira turma, sabia o nome de todos os seus alunos. Ele dizia ser "impossível uma relação afetiva entre seres inominados". Daí o esforço que ele fazia para identificar cada aluno, guardando o nome de todos nós e até hoje na memória e mais no coração.

No coração porque todos nós temos alguma coisa que fazemos de melhor. Fala-se muito "no melhor lado de uma pessoa" – aqueles feitos que praticamos de modo mais espontâneo, mais rico, com maior amor. Tenho absoluta certeza, sem medo de errar, que a melhor parte do Professor José Carlos, ele deu para os seus alunos, para as suas turmas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

É certo que o Professor José Carlos foi advogado brilhante, Procurador do Estado ímpar, magistrado incomparável que aliava a técnica a serviço dos fins sociais e políticos que informam o exercício da função jurisdicional. A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, a qual o Prof. José Carlos presidia, era considerada a vitrine do Tribunal. Falo não por ouvir dizer, mas como testemunha, por ter tido o privilégio de trabalhar com o Professor, tanto na Procuradoria Geral do Estado como no Tribunal de Justiça, como Procurador de Justiça da Câmara.

As obras do Professor – sua produção acadêmica – fruto do seu magistério, são conhecidas, certamente, de todos nós.

Todas estas obras servem de guia, de ponto de partida, orientação para todos os cultores do direito processual civil no Brasil e no exterior.

Mas, era em sala de aula que o Professor se transformava. Suas lições, verdadeiras obras de arte, ofuscavam todo o resto. Não seria exagero afirmar tratar-se de uma graça divina e não de um esforço humano.

O Professor José Carlos foi muito além de um Professor que passa e repassa conhecimentos; fez, citando uma expressão que ele gosta de utilizar, a cabeça de muitos.

Só na UERJ, quase todos os Professores e os discípulos desses professores foram ex-alunos do Prof. José Carlos. Hoje, seis professores titulares de diversas áreas foram alunos e tiveram grande influência do mestre.

O embrião da escola processual de Copacabana, composta nas suas origens por dois únicos personagens, o Prof. José Carlos e seu mestre Luiz Machado Guimarães, germinou e deu frutos, fez discípulos.

Nós, seus alunos e admiradores, levamos e guardamos, como dizia o grande Milton Nascimento, "debaixo de sete chaves, dentro do coração", esta melhor parte do mestre, e a dividimos com os nossos alunos, que se incorporam também a essa grande família espiritual.

E não foi por acaso que isto tudo aconteceu. O Mestre cumpriu a promessa que fez sucessivamente às suas diversas turmas, desde 1972, "de que a partida, a formatura não representava um fim, mas sim um novo começo". Na formatura da última turma, 1996, voltava ao tema dizendo a seus alunos: "não se livrarão de mim com tamanha facilidade. Hão de consentir – como, para meu imenso júbilo, vêm consentindo tantos e tantos bacharéis de anos anteriores – que eu os acompanhe mais um pouco, o máximo que prouver a Deus, e nem sempre com os olhos, pelo menos sempre no coração".

O Professor fez discípulos, alcançou a afeição de todos os seus alunos e cultivou, juntamente com Dª Gilka, sua esposa, a amizade de muitos, tantos quantos era possível. Estas situações que o Professor considera verdadeiros dons, graças, foram recolhidas por ele – são essas as suas palavras – "com a alma em alvoroço e guardada entre os troféus mais caros da sua vida espiritual, como gema de preço inestimável".

Uma das poucas discordâncias que temos – falo por todos, penso -, é com o fundamento que o Professor utilizou para aposentar-se. Dizia o mestre: "eis que é chegada a oportunidade de passar da intenção ao ato. Os cantores devem ter a sabedoria de sair de cena antes de começarem a desafinar nos agudos, os jogadores de futebol, a de pendurar as chuteiras antes de começarem a perder, sucessivamente, cobranças de pênaltis. Também para os professores existe um momento apropriado, que seria pouco sábio passar em brancas nuvens. Não parece nada invejável a sorte de quem, tendo podido retirar-se enquanto ouvia lamentar a partida como prematura, cometa a suprema

imprudência de demorar-se, correndo o risco de ouvir, com o andar do tempo, outra espécie de lamentações."

Mas uma coisa é certa: aqui estamos nós e continuaremos sempre juntos, aqui e acolá, e nem sempre com os olhos, pelo menos sempre no coração.

O Prof. José Carlos uma vez, citando Carnelutti, disse que a maior glória de um Mestre não é a de ser louvado pelos seus discípulos, mas sim de ser por eles ultrapassado.

Eu me permito discordar. Primeiro porque esta missão seria absolutamente impossível de ser alcançada. Só existe um Pelé, inclusive no processo civil, mesmo depois de ter pendurado as chuteiras. Em segundo lugar porque estou convencido que a maior glória de um mestre é a de conseguir escrever no coração dos seus alunos mensagens de comprometimento com o direito, de amor a academia, de ética, de respeito aos alunos, de bem querer.

Escrever no coração das pessoas é jamais ser esquecido.

Professor José Carlos Barbosa Moreira, o senhor conseguiu escrever e muito no coração de seus alunos.

Obrigado pela presença e receba essa merecida e carinhosa homenagem de todos os seus alunos e dos amigos do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Discurso de agradecimento do professor José Carlos Barbosa Moreira

Professora Ada Pellegrini Grinover, senhores professores que compõem a mesa, eu não abjuro da minha convicção de que discursos devem ser poucos e breves, de sorte que não quero desmentir este lema fazendo um discurso que não seja nem bom nem breve, apenas não posso deixar de dizer duas palavras de agradecimento por tão comovedora homenagem.

Primeiro tenho que agradecer a Deus, que me deu uma quotazinha de inteligência suficiente para enfrentar os problemas de interpretação das leis processuais. Mas, além disso, e mais do que isso, me deu força de vontade e ânimo para superar as dificuldades que tive de enfrentar ao longo da minha caminhada, tanto como professor, quanto como magistrado e como pessoa, como ser vivo.

O segundo agradecimento que eu devo fazer é à minha família, e falo especialmente da minha mulher e dos meus filhos, que estão aqui presentes. E mais ainda àquelas outras pessoas que se ligaram a mim por laços de consanguinidade ou de outra natureza qualquer. Essas pessoas que compõem a minha família ficaram privadas do meu convívio por muitas horas que eu tive que subtrair a eles para poder dedicar-me ao estudo e à preparação para o exercício das minhas funções. Essa foi uma renúncia que a família teve que fazer e a qual eu sou muito grato por isso, porque de outra maneira não me seria possível conseguir o que consegui.

Em seguida, eu tenho de agradecer àquela que foi a minha segunda família, digamos assim, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, antigamente do Estado da Guanabara, onde eu fui recebido com carinhosa afeição por todos os que compunham e compõem aquela entidade, desde os membros da administração, até os meus queridos colegas de congregação, os professores da UERJ. Todos eles me testemunharam sempre grande apreço e grande afeição e, por este motivo, eu lhes sou muito grato e aqui aproveito para expressar o meu reconhecimento. Realmente ser acolhido como eu fui na UERJ não é coisa que qualquer um possa vangloriar-se de haver experimentado.

Falando da Universidade, eu teria de dedicar algumas palavras ligeiras aos meus alunos. Que os meus alunos se tornem meus amigos, graças a Deus, é a regra, e isso ficou demonstrado, aqui, nas palavras do professor Luiz Fux e do professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, evidentemente ditadas mais pela amizade do que pela convicção. Mas, mesmo assim, dignas de agradecimento, e, talvez por isso mesmo, e, sobretudo por isso, dignas de agradecimento.

Também sou grato aos leitores dos meus trabalhos, que sempre demonstraram elevada curiosidade em conhecê-los. E isso encontrou eco nas sucessivas edições das minhas obras publicadas. Graças a acolhida também que me deu a Editora Forense, a qual igualmente sou grato por essa demonstração de boa vontade em relação ao controle. Pelo menos de início, eu era um desconhecido ilustre, ninguém sabia que destino ia ter aquelas obras. Felizmente parece que o destino não foi tão ruim assim.

Mas hoje eu tenho de ampliar o círculo desses agradecimentos porque sei que muitos estão presentes por uma questão de solidariedade a uma homenagem prestada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, ao qual também agradeço, por falar nisso. A essas pessoas que vieram sabe Deus com que dificuldade, se furtando ao convívio dos seus próprios familiares, ou talvez a algum trabalho mais profícuo, mais útil, do que a de assistir a esta homenagem. Com isso eu vejo ampliado o meu círculo de afetos, porque evidentemente o meu agradecimento se dirige hoje, sobretudo, a estes que vieram aqui talvez na esperança de verem um... como direi... verem uma espécie de ídolo.. ou uma atração turística do Rio de Janeiro. Eu me sinto um pouco como o Pão de Açúcar ou o Corcovado, e aproveito para expressar o agradecimento que estes lugares turísticos naturalmente expressariam se lhes fosse possível, em relação aos inúmeros cariocas e não cariocas que lá vão curtir as belezas dessa cidade incomparável.

Então, a todos, eu reúno uma só frase, uma só exclamação: O meu profundo, sincero, verdadeiro agradecimento. A todos o meu muito obrigado.

PARTE II. ARTIGOS JURÍDICOS

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE DA COGNIÇÃO

Adilson Fonseca César Júnior

Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: Este artigo tem por objetivo realizar um breve estudo sobre o grau de cognição exercido pelo juiz na decisão que admite a exceção de pré-executividade oposta na execução fiscal e aprecia a matéria nela arguida, rejeitando tal incidente processual. O texto é desenvolvido a partir da análise das normas de regência, dos entendimentos doutrinários e dos precedentes judiciais. Ao final da pesquisa proposta, avalia-se se é permitido ao devedor renovar a discussão, quer em embargos à execução fiscal, quer em demanda autônoma, de matéria já enfrentada e afastada em exceção de pré-executividade.

Resumen: Este artículo tiene el objetivo de realizar un breve estudio sobre el grado de cognición ejercido por el juez en la decisión que admite la excepción de la ejecución opuesta en la ejecución fiscal y aprecia la materia en ella demandada, rechazando tal incidente procesal. El texto es desarrollado mediante el análisis de las normas de regencia, de las posiciones doctrinales y de los precedentes judiciales. Al final de la investigación propuesta, se evalúa si se permite al deudor renovar la discusión, tanto en los embargos a la ejecución fiscal, como en una demanda autónoma, de materia ya enfrentada y rechazada en la excepción de la ejecución.

Palavras-chave: Exceção de pré-executividade; Execução fiscal; Admissibilidade; Cognição; Coisa julgada.

Palabras clave: Excepción de la ejecución; Ejecución fiscal; Admisibilidad; Cognición; Cosa juzgada.

Sumário: Introdução. 1. O cabimento da exceção de pré-executividade em matéria fiscal. 2. As matérias conhecíveis de ofício já decididas. 3. A cognição na tutela executiva. 4. A decisão que admite a exceção de pré-executividade em execução fiscal e enfrenta a matéria nela deduzida. 5. O respectivo abuso do direito de defesa do devedor na execução fiscal. 6. Considerações finais. Bibliografia.

Introdução.

A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública é regida pela Lei nº 6.830/80 e, em caráter subsidiário, pelas disposições do Código de Processo Civil.[1]

O rito especial da execução fiscal foi concebido como meio célere e eficiente para satisfazer o crédito público, sendo a defesa do executado concentrada em embargos, uma vez seguro o juízo por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou penhora. O próprio legislador, contudo, houve por bem excepcionar essa regra através do disposto no art. 38, *caput*, da LEF[2], autorizando, assim, a propositura de ações autônomas (defesa heterotópica[3] ou indireta[4]).

A par dessas formas de defesa traçadas na Lei nº 6.830/80, e sob o influxo dos princípios da economia processual e da ampla defesa, a doutrina e a jurisprudência pátrias admitem, excepcionalmente, a possibilidade de o executado apresentar, nos próprios autos do executivo fiscal, a denominada exceção de pré-executividade, desde que atendidos os pertinentes requisitos de cabimento.

Sobre a previsão jurídica desse incidente processual, leciona Mantovanni Colares Cavalcante:

> É dispensável, entretanto, a expressa previsão legal de um instrumento processual para sua utilização, bastando para tanto a existência de princípios processuais que autorizem o manejo de determinada ferramenta, uma vez que, como

[1] "Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil."
[2] "Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos."
[3] MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: RT, 2002, p. 103.
[4] MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12.

> esclarece Rui Portanova, "os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos em lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos". No caso da exceção de pré-executividade, há pelo menos dois princípios que abraçam essa forma de defesa na execução, quais sejam o *princípio da economia processual*, no sentido de que "o processo procura obter o maior resultado com o mínimo de esforço"; e o *princípio da ampla defesa*, onde se firma o enunciado de que "o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas".[5] (destaques no original).

De outra parte, na medida em que se permite ao executado deduzir essa espécie de defesa ao largo da exigência legal da ação incidental de embargos e, via de consequência, da garantia do juízo (§§ 1º a 3º do art. 16 da Lei nº 6.830/80[6]), reveste-se de suma importância o estudo da decisão que admite a exceção de pré-executividade e enfrenta a matéria nela ventilada, rejeitando tal incidente processual.

Isso se justifica porque não é incomum, na prática forense, o devedor reiterar, seja em embargos à execução fiscal, seja em ação autônoma, matéria já apreciada e repelida em exceção de pré-executividade.

Em linha de princípio, essa possibilidade de rediscutir, em outra sede, matéria já examinada e rechaçada via exceção de pré-executividade vai de encontro ao próprio anseio de economia processual, pode transformar o direito de defesa do executado em exercício abusivo dessa garantia constitucional e atenta, sobretudo, contra o postulado da segurança jurídica.

Desse modo, será desenvolvido um breve exame do grau de cognição exercido pelo juiz em decisões desse jaez, o que permitirá avaliar se procede ou não a suspeita exposta no parágrafo precedente.

1. O cabimento da exceção de pré-executividade em matéria fiscal.

[5] CAVALCANTE, Montovanni Colares. "Aspectos relevantes da exceção de pré-executividade", *in Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, p. 208.

[6] "Art. 16 - [...]. § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução. § 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite. § 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos."

Em sentido amplo, entende-se por exceção "o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida."[7]

Nessa perspectiva, tal termo é sinônimo de defesa, assim considerado "um direito análogo e correlato à ação"[8]. A respeito dessa correspondência, vale conferir o magistério de Fredie Didier Jr.:

> Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como conseqüência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5.º, XXXV e LV, da CF/1988).[9]

Por seu turno, em acepção estrita, denomina-se exceção "a alegação de defesa que, para ser conhecida pelo magistrado, precisa ter sido argüida pelo interessado."[10]

Entretanto, a matéria de defesa que pode ser aduzida através do incidente processual em tela, por estar relacionada ao juízo de admissibilidade da execução[11], deve ser conhecida *ex officio* pelo órgão judicial, enquadrando-se, pois, mais adequadamente, no conceito de objeção.

A essa exigência de a alegação de defesa ser uma objeção, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier acrescentam outro pressuposto:

> Vê-se, portanto, que o primeiro critério a autorizar que a matéria seja deduzida por meio de exceção ou objeção de pré-executividade é o de que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo.
>
> O segundo dos critérios é o relativo à perceptibilidade do vício apontado. A necessidade de uma instrução trabalhosa e demorada, como regra, inviabiliza a discussão do defeito apontado no bojo do processo de execução, sob pena de que esse se desnature.

---

[7] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 269-270.
[8] *Idem, ibidem*, p. 271.
[9] DIDIER JR., Fredie. "Teoria da exceção: a exceção e as exceções", *in Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, n. 116, p. 56.
[10] *Idem, ibidem*, p. 60.
[11] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Sobre a objeção de pré-executividade", *in Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 404-405.

> Na verdade, ambos os critérios devem estar presentes, para que se possa admitir a apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade.
>
> Essa perceptibilidade *prima facie* é verificável toda vez que for possível ao juiz detectar a existência de vício que inviabilize a execução a partir do próprio material constante do processo, com o qual o credor, aliás, instrui a execução.[12] (destaques no original).

Com efeito, segundo esse entendimento doutrinário, não basta, para fins de admissão da exceção de pré-executividade, que a matéria de defesa seja cognoscível de ofício pelo juiz, devendo, ainda, ser aferível sem necessidade de dilação probatória.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, encampou, no âmbito da execução fiscal, essa tese doutrinária acerca do cabimento da exceção de pré-executividade. Essa é a conclusão que se obtém da leitura da ementa do Recurso Especial nº 1.110.925/SP, submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC (sistemática dos recursos repetitivos):

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.
> 1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.
> 2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.
> 3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.[13]

[12] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. cit.*, p. 410-411.
[13] STJ, 1ª Seção, REsp nº 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 22.04.2009, DJe 04.05.2009.

Posteriormente, tal posicionamento jurisprudencial restou consagrado no Enunciado nº 393 da Súmula da Jurisprudência Predominante da sobredita Corte Superior, encontrando-se vazado nos seguintes termos: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

Cuida-se, sem dúvida, ao menos no tangente aos executivos fiscais, de louvável iniciativa da jurisprudência pátria em definir critérios objetivos para uma responsável utilização da exceção de pré-executividade, buscando, dessa forma, o necessário equilíbrio que deve haver entre a máxima efetividade da execução e a menor onerosidade ao devedor (CPC, art. 620[14]).[15]

2. As matérias conhecíveis de ofício já decididas.

Fixadas as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade na seara fiscal, importa verificar se o ordenamento processual pátrio autoriza, enquanto pendente a lide, o reexame de matérias cognoscíveis *ex oficio* já decididas anteriormente.

Para tanto, e se valendo, por similitude, do que acontece no saneamento do processo – momento em que é realizado um juízo de admissibilidade da demanda – afigura-se necessário precisar a exata exegese a ser dispensada aos arts. 267, § 3º, e 473, ambos do CPC.[16]

Na doutrina, há o entendimento de que as matérias elencadas no § 3º do art. 267 do CPC podem, no curso do processo, ser examinadas de ofício pelo juiz, inclusive as que já tenham sido objeto de decisão anterior.

Ilustrando essa corrente doutrinária, calha trazer à baila os ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara:

> Por fim, há de se considerar a opinião de outro setor da doutrina, segundo o qual a preclusão não se forma quanto às

[14] "Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor."
[15] Acerca dessa desejável ideia de equilíbrio, cf.: MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 721.
[16] "Art. 267. [...]. § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e Vl; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que Ihe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. [...] Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão."

> matérias enumeradas no art. 267, § 3º, do CPC, podendo ser apreciadas de ofício (ou mediante provocação) a qualquer tempo, ainda que tenham sido expressamente decididas no "despacho saneador". Esta nos parece a melhor posição, sendo certo que a mesma não conflita com o art. 473 do CPC. É certo que diversos autores afirmam a existência de eficácia preclusiva da decisão de saneamento do processo com supedâneo naquele dispositivo, mas tal norma impede que as partes tornem a discutir as questões já decididas *a cujo respeito tenha se operado a preclusão*. Dos termos do dispositivo se extrai que não há nenhuma vedação a que se volte a discutir as matérias a cujo respeito a preclusão *não se opera*. Ora, o art. 267, § 3º, do CPC tem precisamente a finalidade de excluir a formação de preclusão sobre as matérias ali enunciadas (pressupostos processuais, impedimentos processuais e "condições da ação"), o que faz com que tais matérias (sobre as quais, repita-se, não se forma a preclusão) possam tornar a ser discutidas.[17] (destaques no original).

De fato, essa é a orientação que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se colhe dos julgados a seguir ementados:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE SANEAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.
> 1. As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação - mesmo que a parte não tenha interposto o recurso próprio (agravo).
> 2. Recurso especial provido.[18]

> PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE PENSÃO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO TÃO-SOMENTE PELA ALINEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.
> 1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto

[17] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 364-365.
[18] STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.254.589/SC, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, julgamento em 20.09.2011, DJe 30.09.2011.

> dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.
> 2. Na hipótese em exame, os recorrentes não procederam ao indispensável cotejo analítico no intuito de demonstrar que os arestos confrontados partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes.
> 3. Ainda que superado este óbice, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não se verifica a preclusão nas instâncias ordinárias quando se discutem as condições da ação e os pressupostos processuais, dentre eles a ilegitimidade das partes, caso em que é possível a apreciação de ofício pelo julgador.
> 4. Agravo Regimental não provido.[19]

Todavia, não parece ser essa a opinião que deve prevalecer.

Nada obstante possa, enquanto pendente a relação jurídico-processual, conhecer de tais matérias *ex officio*, é vedado ao magistrado reapreciá-las, até porque, conforme se extrai da redação do *caput* do art. 471 do CPC, "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas".

Outra não é a conclusão de Fredie Didier Jr.:

> Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.[20] (destaques no original).

[19] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.249.185/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 23.08.2011, DJe 08.09.2011.
[20] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 563.

Partilhando desse mesmo pensamento, Tiago Ravazzi Ambrizzi assinala que, havendo a expressa apreciação de matérias de ordem pública, não pode a parte suscitar o seu reexame até conseguir a revisão do pronunciamento judicial anterior.[21]

Destarte, caso não seja interposto o recurso cabível, não podem as matérias conhecíveis de ofício já decididas ser objeto de nova decisão, havendo de se aplicar, sim, na espécie, o assentado no Enunciado nº 424 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: "Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença."

Do contrário, o processo será alvo de constante instabilidade e, com isso, deixará de ser um caminhar adiante na busca de "uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, como determina o princípio constitucional da proteção judiciária."[22]

3. A cognição na tutela executiva.

Etimologicamente, a cognição é definida como aquisição de conhecimento.

Em estudo sobre a cognição como técnica de adequação do processo ao direito material a ser tutelado, são esclarecedoras as lições de Kazuo Watanabe:

> A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.
>
> [...] Para a *cognição adequada* a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar-se que o *direito à cognição adequada* faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do *juiz natural*.[23] (destaques no original).

Ressalte-se, ainda, que, apesar de preponderantemente exercida na demanda de conhecimento, a cognição está presente em toda e qualquer espécie de processo.[24]

---

[21] AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. "Aspectos polêmicos da exceção de pré-executividade na atual execução civil por quantia", *in Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2011, n. 202, p. 53-54.
[22] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 55.
[23] WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 67 e 74-75.
[24] Nesse mesmo sentido, cf.: OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000, p. 92.

Na execução, cuja finalidade precípua é a realização concreta do direito consubstanciado no título judicial ou extrajudicial, a prática de atos instrutórios e satisfativos propriamente ditos exige um mínimo de atividade cognitiva, que, segundo Kazuo Watanabe, é rarefeita.[25]

Melhor dizendo, embora a tutela executiva não se destine ao acertamento de controvérsia quanto ao direito do credor ou à obrigação do devedor, o magistrado deve realizar um juízo de valor a respeito do cabimento, da conveniência e da adequação de cada medida satisfativa individualmente considerada, sob pena de ocorrer indesejável desequilíbrio entre os interesses das partes envolvidas.

A esse respeito, exemplifica José Roberto dos Santos Bedaque:

> Mas a prática de atos executivos, seja mediante sub-rogação ou constrição, normalmente é precedida de decisão do juiz, que depende de cognição por parte dele sobre a situação processual. Basta lembrar a possibilidade de discussões sobre a penhora (impenhorabilidade, ampliação, redução, remição, fraude de execução), a avaliação e a arrematação. A memória do cálculo referida no art. 604 é requisito da inicial e, segundo alguns, sua adequação está sujeita ao controle judicial, independentemente até de provocação. Também existe a previsão para o concurso especial de credores, devendo o julgador estabelecer a ordem de preferências. Outra situação em que há cognição e decisão no processo de execução consiste na aplicação de sanções ao executado, pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, arts. 600-601).[26]

Porém, na tutela satisfativa, é possível que a cognição não se afigure presente apenas na verificação da regularidade dos atos executivos.

Como visto anteriormente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem, excepcionalmente, a possibilidade de o executado apresentar, nos próprios autos da execução, a denominada exceção de pré-executividade, sendo certo que, em matéria fiscal, tal incidente processual é restrito à alegação de matérias cognoscíveis *ex officio* que prescindam de dilação probatória.

O cabimento dessa estreita defesa endoprocessual possui, assim, o condão de ampliar o objeto de cognição do julgador na execução.

---

[25] WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 41, 131 e 139.

[26] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Cognição e decisões do juiz no processo executivo", *in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 363.

Logo, não se pode aceitar, sem a devida reflexão prévia, a opinião de Leonardo Greco, para quem a cognição realizada na exceção de pré-executividade é "sumária e incompleta, não precluindo o reexame da matéria com mais profundidade nos embargos do devedor."[27]

Antes de tudo, deve-se averiguar o grau dessa atividade cognitiva quanto à extensão (plano horizontal: plena ou limitada) e quanto à profundidade (plano vertical: exauriente ou sumária)[28], conforme explica Alberto Camiña Moreira:

> Kazuo Watanabe, em sua importante monografia sobre o assunto, divide a cognição quanto à extensão e quanto à profundidade. Em relação àquela, pode ser plena ou parcial, e em relação a esta, sumária ou exauriente. A combinação de ambas permite dizer que a cognição plena e exauriente é própria do processo de conhecimento de rito ordinário, pois "decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido", ensina Kazuo Watanabe, "de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada".
>
> No processo de execução diz-se que a cognição é rarefeita. Isso se o processo mantiver sua característica de pura realização do direito. Se for introduzida dose de cognição, por meio de exceção de pré-executividade, forma-se bolsa de cognição, a exigir verificação de sua extensão e de sua profundidade.[29]

A partir dessa constatação, poder-se-á confirmar ou não a hipótese lançada na parte introdutória destas breves notas.

4. A decisão que admite a exceção de pré-executividade em execução fiscal e enfrenta a matéria nela deduzida.

Para a compreensão da cognição em estudo, revela-se oportuna a distinção proposta por Tiago Ravazzi Ambrizzi, baseada na admissão e no enfrentamento da matéria suscitada, entre "(a) decisões que inadmitem, por razões processuais, a exceção de pré-

[27] GRECO, Leonardo. "Exceção de pré-executividade na execução fiscal", *in Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, p. 200.
[28] WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 127.
[29] MOREIRA, Alberto Camiña. *Op. cit.*, p. 191-192.

executividade, sem lhe enfrentar a matéria de fundo", e "(b) decisões que enfrentam a matéria ali ventilada, quer para acolhê-la, quer para rejeitá-la."[30]

No primeiro grupo, evidencia-se que a matéria de defesa arguida pelo executado não foi alvo de expresso pronunciamento judicial. À guisa de ilustração, basta pensar na hipótese em que o devedor alegue, no bojo do executivo fiscal, matéria não contemplada na dicção do Verbete Sumular nº 393 do Superior Tribunal de Justiça. Em casos como esse, pode o executado renovar a respectiva alegação em embargos do devedor ou através de ação autônoma.

Todavia, no segundo grupo, ao invés de simples inadmissão do incidente processual em tela, nota-se inequívoco enfrentamento da matéria nele aduzida, seja para rejeitá-lo, seja para acolhê-lo. Imagine-se, por exemplo, a alegação de decadência do crédito tributário apreciada independentemente de dilação probatória.

Nesse último caso, embora limitada quanto à extensão (plano horizontal), a cognição ultimada pelo magistrado deve ser qualificada como exauriente no que concerne à profundidade (plano vertical), vez que, na seara fiscal, a exceção de pré-executividade restringe-se às matérias cognoscíveis *ex officio* e aferíveis *prima oculi*.

Sobre essa atividade cognitiva, Tiago Ravazzi Ambrizzi é enfático:

> O juízo exercido quando da admissão e julgamento da exceção, portanto, é de certeza, não de mera probabilidade, como supôs Sandro Gilbert Martins. A cognição que lhe serve de fundamento é exauriente, muito mais profunda, diga-se de passagem, do que a verificada em certas sentenças de mérito admitidas pelo sistema (como é o caso, por exemplo, da sentença que julga procedente o pedido com arrimo nos arts. 319 e 330, II, do CPC).[31]

Fazendo analogia com o mandado de segurança, Olavo de Oliveira Neto entende que a defesa processual sob análise, que pode ser manejada por mera petição, deve estar acompanhada de prova pré-constituída, a fim de que o julgador possa, de plano, desempenhar atividade cognitiva exauriente sobre a matéria nela aduzida.[32]

Portanto, e contrariamente à posição de Eduardo Talamini[33], é forçoso reconhecer que a decisão que admite o instrumento processual em testilha e enfrenta a matéria nele

[30] AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. *Op. cit.*, p. 47.
[31] AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. *Op. cit.*, p. 50.
[32] OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Op. cit.*, p. 122.
[33] TALAMINI, Eduardo. "A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil", *in Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2007, n.

aventada, seja em que sentido for, está, nesse particular, sujeita à coisa julgada em face da cognição exauriente ali exercida.

A título de exemplificação, tome-se a hipótese de o executado alegar, em sede de exceção de pré-executividade, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo de certa execução fiscal. Admitida tal defesa endoprocessual, enfrentada a matéria ali aduzida, proferida decisão reconhecendo a ilegitimidade passiva *ad causam* do excipiente e esgotada a via recursal cabível, não poderá mais a Fazenda Pública responsabilizá-lo pelo correlato crédito público. Da mesma sorte, arguida a prescrição[34] do crédito tributário no bojo de dado executivo fiscal através da via processual em pauta, admitida e apreciada tal alegação, exarada decisão afastando tal causa extintiva e decorrido o respectivo prazo recursal, não mais poderá o executado reiterá-la em embargos do devedor ou por meio de ação de conhecimento autônoma.

Em prosseguimento, pois, à questão inicialmente levantada neste trabalho, vê-se que a decisão que admite a exceção de pré-executividade oposta em execução fiscal e examina a matéria nela suscitada, desacolhendo tal incidente processual, é proferida à luz de cognição exaustiva e, por conseguinte, não se difere da sentença de improcedência emitida em embargos do devedor ou em ação autônoma.

Importa dizer, uma vez enfrentada e repelida matéria por intermédio de exceção de pré-executividade, é vedado ao devedor renovar sua discussão, quer em embargos à execução fiscal, quer em demanda impugnativa autônoma.

Aliás, esse é o entendimento exposto no escólio de Paulo Henrique dos Santos Lucon, calcado, entretanto, em fundamento diverso:

> Todavia, mesmo para aqueles que sustentam a *exceção de pré-executividade*, não há como defender a existência de um encargo, para o executado, de oferecê-la, já que a via adequada para o executado apresentar suas razões reside precisamente nos embargos à execução. Não obstante essa colocação, uma vez apresentada *exceção de pré-executividade* não poderá o executado reiterar os mesmíssimos argumentos por ocasião da oposição dos embargos, operando-se, aqui, verdadeira preclusão *pro iudicato*. Fenômeno colateral e afim à coisa julgada, a

153, p. 24. Para o citado autor, qualquer decisão sobre matéria arguida pelo devedor dentro da própria execução nunca faz coisa julgada, vez que tal tutela não tem por escopo a cognição exauriente.

[34] A partir do advento da Lei nº 11.280/2006, que revogou o art. 194 do CC/2002 e conferiu nova redação ao § 5º do art. 219 do CPC, a prescrição passou a ser conhecível de ofício, recebendo, assim, tratamento equiparado ao de matéria de ordem pública.

> preclusão *pro iudicato* é aquela que, mesmo na ausência de qualquer sentença de mérito, produz resultado prático semelhante à autoridade e eficácia da coisa julgada. Isso significa que, uma vez rejeitada a *exceção de pré-executividade* por decisão interlocutória, deverá o executado interpor recurso de agravo, não podendo mais suscitar tal matéria pela via dos embargos do executado. A menos, é claro, que o julgador rejeite a própria admissibilidade da *exceção de pré-executividade*, reservando a discussão para o campo da ação incidental de embargos.[35] (destaques no original).

Nesse mesmo toar, cabe trazer à colação os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.
> 1. Determinadas matérias de defesa do executado podem ser aduzidas nos próprios autos da execução por meio de exceção de pré-executividade, o que não quer dizer que não se está utilizando da mesma defesa processual preconizada nos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil.
> 2. Aventada a ocorrência de prescrição mediante objeção de pré-executividade, pretensão afastada definitivamente nesta instância especial, a matéria estará acobertada pelo instituto da coisa julgada após o decurso do prazo recursal, não podendo mais ser discutida nas vias ordinárias dos embargos de devedor.
> 3. Embargos de declaração rejeitados.[36]
>
> PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC - EXAME PREJUDICADO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DECISÃO QUE RECONHECEU A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO - COISA JULGADA - OCORRÊNCIA.
> 1. Prequestionada, ainda que implicitamente, a tese em torno dos dispositivos legais tidos por violados, acolhe-se o pedido alternativo de exame do mérito recursal e julga-se prejudicado o exame da questão acerca da alegada violação do art. 535, II, do CPC.
> 2. Decidida a responsabilidade dos sócios em sede de exceção de pré-executividade, a matéria estará acobertada

[35] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Objeção na execução (objeção e exceção de pré-executividade)", *in Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 592.
[36] STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp nº 795.764/PR, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 16.05.2006, DJ 26.05.2006, p. 248.

> pelo instituto da coisa julgada, não podendo mais ser discutida em embargos de devedor, eis que apreciada a própria relação de direito material.
> 3. Recurso especial não provido.[37] [38]

A impossibilidade de rediscussão, em outra seara, de matéria já examinada e afastada via exceção de pré-executividade afigura-se consentânea com o próprio ideal de economia processual, "o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais."[39] Em outros termos, tendo determinada alegação de defesa sido apreciada e rechaçada no feito executivo fiscal, e exauridos os mecanismos recursais pertinentes, mostra-se contraproducente submetê-la a novo exame pelo órgão judicial em demanda impugnativa incidental ou autônoma.

Não bastasse isso, no que se refere especificamente à matéria enfrentada e repelida no bojo do instrumento processual em comento, incide o óbice da coisa julgada, que se inspira, por sua vez, no princípio da segurança jurídica.[40]

Caso não se conceba essa decisão como apta a produzir uma tutela estável em relação às alegações apreciadas e rechaçadas, a exceção de pré-executividade, máxime na execução fiscal, torna-se estímulo à abusiva prática, pelo executado, de reiterar as mesmas matérias em embargos do devedor ou via ação autônoma.

5. O respectivo abuso do direito de defesa do devedor na execução fiscal.

A exceção de pré-executividade, malgrado tenha o seu manejo limitado a certas matérias na seara fiscal, possibilita ao devedor o exercício do direito de defesa independentemente de restrições em seu patrimônio.

O executado, ao escolher, por conveniência própria, esse incidente processual como meio de defesa hábil na execução fiscal, deve, entretanto, desincumbir-se do ônus de

---

[37] STJ, 2ª Turma, REsp nº 931.340/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, julgamento em 19.02.2009, DJe 25.03.2009.

[38] Nessa mesma linha, em sede jurisprudencial, cf.: TRF da 4ª Região, 1ª Turma, AC nº 2005.71.03.002909-2/RS, Rel. Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, julgamento em 28.10.2009, D.E. 10.11.2009; TRF da 5ª Região, 1ª Turma, AC nº 2009.84.00.009075-4/RN, Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt, julgamento em 26.05.2011, DJe 02.06.2011, p. 232; TRF da 5ª Região, 2ª Turma, AC nº 2003.84.00.014213-2/RN, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, julgamento em 14.07.2009, DJ 14.08.2009, p. 320.

[39] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 72.

[40] MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Coisa julgada na execução e na exceção de pré-executividade", *in Processo de execução: temas polêmicos e atuais*. Gilberto Gomes Bruschi (coord.). São Paulo: RCS, 2005, p. 177.

atacar, através da via recursal apropriada, a decisão que enfrenta e afasta suas alegações, já que esta, nesse aspecto, como visto, está suscetível à coisa julgada.

Nessa medida, constitui evidente abuso do direito de defesa do devedor[41] a conduta de reiterar, seja em embargos à execução fiscal, seja em ação impugnativa autônoma, temas já examinados e repelidos em exceção de pré-executividade.

Acerca da responsabilização do executado em casos como o presente, veja-se a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA - LEGITIMIDADE DO CORRESPONSÁVEL - DECISÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO - COISA JULGADA - REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA: IMPOSSIBILIDADE - MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: POSSIBILIDADE - AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. Se a legitimidade do corresponsável tributário já foi objeto de decisão pelo juízo "a quo" e em anterior agravo de instrumento, com decisão transitada em julgado, a questão não pode ser reapreciada em novo agravo de instrumento em face da preclusão (coisa julgada).
> 3. Deduzir pretensão contra fato incontroverso (coisa julgada) atenta contra a boa-fé objetiva, justificando a multa por litigância de má-fé (CPC, art. 17, I).
> 4. Agravo não provido.
> 5. Peças liberadas pelo Relator, em 22/06/2010, para publicação do acórdão.[42]

Além de configurar hipótese de litigância de má-fé, essa abusividade do direito de defesa do executado também é considerada ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600, II, do CPC[43]).

Entretanto, importa não só reprimir a prática dessas condutas por parte do devedor, mas também tentar evitá-las.

Para tanto, quando apresentada exceção de pré-executividade em execução fiscal, cabe ao magistrado, em observância ao princípio da cooperação[44], deixar bem claro às

[41] MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 251.
[42] TRF da 1ª Região, 7ª Turma, AG nº 0006104-91.2010.4.01.0000/MT, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, julgamento em 22.06.2010, e-DJF1 02.07.2010, p. 223.
[43] "Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: [...] II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; [...]."
[44] Esse postulado – cujo prestígio, aliás, é uma das tendências do projeto do novo Código de Processo Civil (atual PL 8.046/2010, art. 5º) – decorre dos princípios da boa-fé e da lealdade, impondo tanto às partes quanto ao órgão jurisdicional deveres de conduta necessários à garantia de um processo justo e democrático. Para os fins deste trabalho, identifica-se, aqui, a aplicação do princípio da cooperação, mais precisamente no

partes o teor de seu pronunciamento, quer para inadmitir a via instrumental eleita, sem enfrentar a matéria de fundo nela ventilada, quer para admitir tal incidente processual, examinar a alegação nele arguida e, ao final, rejeitá-lo.

Consoante esposado linhas atrás, enquanto, na primeira hipótese, o executado pode tornar a suscitar a matéria por meio de embargos ao executivo fiscal ou em processo autônomo, na segunda, tendo transcorrido o correlato lapso recursal, a decisão, no tocante à matéria apreciada e afastada, imuniza-se com a coisa julgada.

6. Considerações finais.

Ao lado dos meios de resistência previstos na Lei nº 6.830/80, o Superior Tribunal de Justiça, estribado em autorizada corrente doutrinária, pacificou, atualmente, o entendimento de que a exceção de pré-executividade é cabível na execução fiscal para agitar matérias reconhecíveis *ex officio* que dispensem dilação probatória.

Embora tal reconhecimento jurisprudencial proporcione uma forma de defesa rápida e econômica ao executado, este, ao escolhê-la por conta e risco próprios, deve arcar com o ônus do possível insucesso de suas alegações, sob pena de se transmudar esse legítimo instrumento processual em flagrante incentivo a atos de chicana.

Isso porque, ao contrário da decisão que entende incabível a exceção de pré-executividade nos autos do executivo fiscal, o pronunciamento judicial que admite esse incidente processual e enfrenta a matéria nele ventilada, rejeitando-o, é emitido à luz de cognição que, apesar de limitada quanto à extensão, é exauriente quanto à profundidade, pois restrita às matérias cognoscíveis de ofício e perceptíveis *prima facie*.

De efeito, acaso examinada e repelida matéria através de exceção de pré-executividade, não pode o devedor, por força dos princípios da economia processual e, principalmente, da segurança jurídica, renovar sua discussão em embargos à execução fiscal ou através de demanda autônoma.

Com tais ponderações, almeja-se harmonizar os interesses em jogo, quais sejam, de um lado, a satisfação dos créditos públicos por intermédio de atos de agressão patrimonial necessários e legítimos, e, de outro, o direito de defesa assegurado ao executado, sem, contudo, propiciar atitudes desleais e procrastinatórias.

---

que toca ao dever de esclarecimento do julgador, que, além de ter de solicitar esclarecimentos às partes a respeito das dúvidas que porventura tenha, deve também deixar às claras as razões da sua própria decisão.

Bibliografia.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. "Aspectos polêmicos da exceção de pré-executividade na atual execução civil por quantia", *in Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2011, n. 202.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Cognição e decisões do juiz no processo executivo", *in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAVALCANTE, Montovanni Colares. "Aspectos relevantes da exceção de pré-executividade", *in Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. "Teoria da exceção: a exceção e as exceções", *in Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, n. 116.

GRECO, Leonardo. "Exceção de pré-executividade na execução fiscal", *in Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Objeção na execução (objeção e exceção de pré-executividade)", *in Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Coisa julgada na execução e na exceção de pré-executividade", *in Processo de execução: temas polêmicos e atuais*. Gilberto Gomes Bruschi (coord.). São Paulo: RCS, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. "A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil", *in Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2007, n. 153.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Sobre a objeção de pré-executividade", *in Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

DEVIDO PROCESSO LEGAL E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS: A INTERRUPÇÃO DO PRAZO PELA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E A QUESTÃO DA INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO PREMATURO

Arthur Daher Colodetti

Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Vitória/ES. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Advogado do Escritório "De Paula & França Advogados Associados". Procurador do Município de Guarapari, estado do Espírito Santo.

Resumo: Este artigo aborda, de maneira crítica, o entendimento que vem sendo encampado por alguns tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual deve considerado intempestivo o recurso interposto antes da deflagração do prazo recursal. Para além, o trabalho aborda a orientação cristalizada no enunciado n. 418 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, qual seja a de que o recurso especial interposto antes do julgamento de embargos de declaração manejado pela outra parte carece de ratificação para ser conhecido, tanto para satisfazer o pressuposto da tempestividade quanto para fazer frente ao requisito específico de admissibilidade do excepcional, consistente no esgotamento das instâncias ordinárias.

Abstract: This paper discusses, critically, the understanding that has been embraced by some superior courts, notably the Supreme Court and the Superior Labor Court, according to which should considered untimely the appeal submitted before the outbreak of the appeal period. In addition, the paper addresses the orientation crystallized in the statement n. 418 of the docket of the jurisprudence of the Superior Court of Justice, which is that the special appeal filed before trial motion for clarification handled by the other party lacks ratification to be known, both to satisfy the assumption of timing as to fulfill specific requirement for admissibility of the exceptional recourse, consistent in the exhaustion of the ordinary instances.

Palavras-chave: Devido processo legal. Recurso. Prematuro. Intempestividade

Key words: Due process of law. Appeal. Premature. Untimely.

1. Contextualização do tema:

Quando se investiga a doutrina especializada acerca das razões políticas que justificam a existência de medidas recursais nos ordenamentos processuais modernos, logra-se contato, de uma maneira geral, com os seguintes motivos:

> a) enquanto produto da inteligência humana, as decisões judiciais são passíveis de falha[1], de sorte que a concessão de um direito a impugná-las visa a tornar possível sua invalidação ou aprimoramento;
>
> b) destinando-se à resolução de conflitos de interesses juridicamente tutelados, as decisões judiciais invariavelmente contrariam ao menos um deles (interesses)[2], sendo da natureza humana, diante de tal contingência, não se conformar[3], pelo que, ao se permitir sua rediscussão, prioritariamente por órgãos colegiados[4], mitiga-se esse inconformismo, fazendo com que a justiça do *decisum* seja, em certa medida, assimilada pelo vencido; e
>
> c) sendo delegado ao juiz um poder estatal, imperiosa se afigura a possibilidade de impugnação de suas decisões, de

[1] Lembra Nelson Nery Jr. que "Os atos processuais, aqui também incluídos os pronunciamentos do juiz, podem conter algum vício, fato este que reclama uma pronta intervenção do direito, para coibir os efeitos danosos daí advindos. Para tanto existem os *remédios*, estabelecidos como tais pelo direito contra os atos processuais viciados" (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 173)

[2] Havendo sucumbência recíproca ou no caso de o juiz entender que houve colusão entre as partes em prejuízo de terceiro, ambas terão seus interesses contrariados por uma decisão judicial.

[3] Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o "recurso é um ato de inconformismo, mediante o qual a parte pede nova decisão diferente daquela que lhe desagrada. É conatural ao conceito de recurso, no direito brasileiro, seu cabimento no mesmo processo, mesma relação processual, em que houver sido proferida a decisão impugnada. Recorre-se da que acolhe ou rejeita alguma pretensão no curso do processo, sem pôr-lhe fim (decisão interlocutória), recorre-se de decisões que põem fim ao processo com ou sem julgamento do mérito (sentença)". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105-106)

[4] Nesse ponto, contudo, importante ressaltarmos a tendência, inaugurada pela Lei 8.038/90, à delegação a um dos integrantes do colegiado do poder de, isoladamente, realizar o julgamento recursal. Insofismavelmente, objetiva tal providência conferir maior celeridade à tramitação da causa. Servimo-nos, face tal contexto, do alerta lançado por Barbosa Moreira: "Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui *o* valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *in Temas de Direito Processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5).

> forma a, controlando-as, impedir o cometimento de abusos, protegendo o Estado Democrático de Direito.[5]

O primeiro motivo acima destacado deixa assente que o juiz pode, ao resolver questões que lhe são postas, cometer erros[6]. Tais equívocos exsurgem tanto na eleição das elementares de fato que deve o magistrado, para tomada de decisão, extrair dos eventos que lhe são levados ao conhecimento (*quaestiones facti*)[7], quanto na aplicação das prescrições contidas na lei (*quaestiones iuris*). Estas últimas, *v.g.*, ocorrem quando o julgador reconhece efeitos jurídicos de normas que não se aplicam ao caso, quando nega efeitos das que se afigurem pertinentes (erro *in judicando* ou vício de juízo), ou, também, quando incorre em alguma falha na condução do procedimento, diminuindo a garantia do

[5] "(...) o recurso, além de sua função jurídico-processual, exerce, ainda, uma finalidade eminentemente política, como meio de resguardar as liberdades individuais contra o arbítrio, o despotismo e as fraquezas dos juízes de primeira instância, que, pelas condições ambienciais, se podem tornar mais sensíveis às influências dos poderosos, com reflexos, pois, na preservação dos próprios direitos individuais" (MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis.* 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 135).

[6] Não se olvida que o juízo de revisão, também composto por seres humanos, é suscetível a falha. Todavia, "É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema frequentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso. (...) a garantia de mais provável acerto resulta, principalmente, de uma circunstância especial: o controle exercido pelo juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arrazoarem, num sentido e noutro, o recurso". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p. 235/236).

[7] Veja que, ao assim proceder, invariavelmente o juiz errará na aplicação do direito. Eis um exemplo que esclarece a proposição antecedente. Num caso em que o juiz, analisando a pretensão de um pequeno agricultor em face de um fornecedor de sementes, elege a circunstância de não estar aquele no final da cadeia produtiva como elemento fático preponderante à finalidade de se determinar o regime jurídico em que se insere a relação posta sob seu crivo, acabará, para a resolução da contenda, se valendo das normas civilistas. Noutra banda, visualizando a fragilidade do produtor como aspecto central ao fim antes colimado (definição do regime jurídico), então deverá recorrer aos ditames das normas consumeristas para o desate da controvérsia. Num e noutro sentido, encontram-se os seguintes julgados: "DIREITO CIVIL - PRODUTOR RURAL - COMPRA E VENDA DE SEMENTES DE MILHO PARA O PLANTIO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NÃO-APLICAÇÃO - PRECEDENTES - REEXAME DE MATÉRIA-FÁTICO PROBATÓRIA - ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Os autos dão conta tratar-se de compra e venda de sementes de milho por produtor rural, destinadas ao plantio em sua propriedade para posterior colheita e comercialização, as quais não foram adquiridas para o próprio consumo. II - O entendimento da egrégia Segunda Seção é no sentido de que não se configura relação de consumo nas hipóteses em que o produto ou o serviço são alocados na prática de outra atividade produtiva. Precedentes. (...) (REsp 1132642/PR; Relator Ministra Nancy Andrighi; Relator p/ acórdão Massami Uyeda; Terceira Turma; Data do Julgamento 05/08/2010; Data da Publicação/Fonte DJe 18/11/2010) "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUTOR AGRÍCOLA. COMPRA DE SEMENTES. CDC. HIPOSSUFICIÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I. O produtor agrícola que compra sementes para plantio pode ser considerado consumidor diante do abrandamento na interpretação finalista em virtude de sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. II. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1200156/RS; Relator Ministro Sidnei Beneti; Terceira Turma; Data do Julgamento 28/09/2010; Data da Publicação/Fonte DJe 14/10/2010)"

contraditório ou privando as partes de uma defesa plena de seu direito (erro *in procedendo* ou vício de atividade).

Nesse eito, interessa a transcrição da precisa lição de Couture[8]:

> "*El juez puede incurrir en error en dos aspectos de su labor. Uno de ellos consiste en la desvación o apartamiento de los medios señalados por el derecho procesal para su dirección del juicio. Por error de las partes o error proprio, puede con ese apartamiento disminuir las garantias del contradictorio y privar a las partes de una defesa plena de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse. Se le llama tradicionalmente error in procedendo. El segundo error o desviación no afecta a los medios de hacer el proceso, sino su contenido. No si trata ya de la forma, sino del fondo, del derecho sustancial que está en juego en él. Este error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable. Puede consistir, asimismo, en una impropria utilización de los princípios lógicos o empíricos del fallo. La consecuencia de este error no afecta a la validez formal de la sentencia, la que desde ese punto de vista puede ser perfecta, sino a su propria justicia. Se le llama, también tradicionalmente, error in judicando.*"

A essa luz, verifica-se que os recursos, descortinando-se como um remédio apto à reforma de uma decisão injusta[9] ou cassação de um pronunciamento inválido, assumem essencial papel na preservação da ordem jurídica.

Todavia, se por um lado os recursos cumprem a relevante função de assegurar a justiça e validade das decisões, por outro acabam por alongar o curso do processo, mantendo aqueles que nele põem em jogo seus interesses numa situação de incerteza e, pois, de insegurança[10].

---

[8] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 344-345.

[9] Cumpre dizer aqui que a "justiça da decisão" deve ser aferida não sob um aspecto subjetivo, mas sim de sua coerência com o direito posto pelo Estado. Esta a lição de Renzo Provinciali, para quem, por sentença justa, "(...) *deve intendersi, infatti, quella che sia conforme al diritto obiettivo dello Stato*." (PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962, p. 11 *apud* JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23)

[10] "Se é certo que ao Estado incumbe solucionar os conflitos a ele levados, não é menos certo que a demora nessa solução é extremamente danosa. Quanto mais rápida for a entrega da tutela jurisdicional, com maior tranquilidade viverá a sociedade" (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24). O recurso confronta com o viés da eficiência do processo (vez que posterga a pacificação social); ele prorroga o estado de incerteza e, pois, a carga de sacrifícios ínsita ao processo (COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao estudo do processo civil : discursos, ensaios e conferências*. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 21).

Mister, diante do antagonismo esquadrinhado, lograr-se um meio termo que não sacrifique a segurança em favor da justiça (recorribilidade irrestrita), mas que também não signifique a proteção daquela em detrimento absoluto desta (irrecorribilidade).

É neste contexto que se insere a presente abordagem, tendente a traçar breves notas acerca do influxo do devido processo legal sobre o juízo de admissibilidade dos recursos[11] para, ao fim, tratar de uma questão específica afeta à tempestividade recursal, qual seja a análise do cumprimento de tal requisito pelo "recurso prematuro"[12].

2. Por uma aplicação equilibrada dos filtros recursais:

As medidas recursais, porquanto ontologicamente insertas na categoria dos atos postulatórios, inexoravelmente são submetidas a um exame bipartido. Antes de adentrar no juízo de pertinência da irresignação, deve o órgão judicante aferir se o exercício de tal direito se dera de maneira consentânea com as normas processuais que o balizam. Frustrada a superação da primeira etapa cognitiva, e sequer será dado ao julgador se imiscuir na segunda.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro Cunha, versando sobre os dois ângulos de análise a que são submetidos os atos postulatórios, assentam que "Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência lógica ou não daquilo que se postula."[13]

Doutrinadores de escol, ao se debruçar sobre tema, não se ressentem em traçar paralelo entre os requisitos de admissibilidade e as condições da ação. Tal se dá porque, tratando-se os remédios recursais de verdadeiro desdobramento do poder de acesso à tutela

[11] Consiste o juízo de admissibilidade "na verificação da existência ou inexistência dos requisitos necessários para que o órgão competente possa legitimamente exercer sua atividade cognitiva, no tocante ao mérito dos recursos" (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 64)

[12] A análise aqui não será propriamente da tempestividade do recurso interposto antes da intimação, mas sim do interposto durante o período de interrupção ocasionado pela anterior interposição de embargos pelo recorrido.

[13] DIDIER JR., Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José, *Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*, 3º vol., 7 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 42.

jurisdicional[14], inarredável que a análise de sua admissibilidade se dê à luz das estruturas normativas que conduzem a dedução de pretensões em juízo.

Nessa linha, defende Nelson Nery Jr. que "(...) o recurso é manifestação, no curso do procedimento, do direito de ação (...) - à possibilidade jurídica do pedido corresponde o cabimento; à legitimação para a causa a legitimidade para recorrer; e ao interesse processual corresponde o interesse em recorrer."[15]

Esta correlação não fugiu da observação de Flávio Cheim Jorge. Em suas palavras[16]:

> A relação entre recursos e o direito de ação é realmente indissociável. Compreendendo o direito de ação como "o poder de pleitear a tutela jurisdicional para determinado direito, fica fácil perceber a importância dos recursos, como veículo próprio e indicado para, uma vez iniciado o processo, fornecer às partes mecanismos seguros e precisos para o exercício real e efetivo de seu direito constitucionalmente garantido.
> (...)
> Sendo o recurso um prolongamento do direito de ação e defesa, não há como deixar de reconhecer a correlação existente entre as condições da ação e os requisitos de admissibilidade dos recursos. No fundo, tudo se passa como se transportassem para a fase recursal as condições exigidas para o ajuizamento da ação. A analogia e o paralelismo existente são absolutamente verdadeiros, apesar de se saber que na ação os requisitos são verificados em relação a fatos exteriores e anteriores ao processo e nos recursos os requisitos de admissibilidade são aferidos tendo em vista o próprio processo já existente. Tal constatação de modo algum impede a analogia referida. O juízo de admissibilidade revela-se, portanto, existente nos recursos e destina-se a examinar a presença dos requisitos necessários para a sua interposição.

Há, portanto, "certa correspondência"[17] entre as *preliminares* da causa e as *preliminares* do recurso. A despeito de tal correlação, a inegável viabilidade de apelo

[14] Valemo-nos, aqui, da lição de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem o direito de acesso à tutela se consubstancia num "direito (poder) do cidadão e um dever do Estado, pois que, desde que este tomou para si a função da substitutividade, a indeclinabilidade da jurisdição tornou-se um de seus indispensáveis princípios." (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 101)

[15] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*: *teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 240/241.

[16] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34 e 63.

interposto por autor que se depara diante de sentença que o declara carecedor de ação deixa assente a distinção entre preliminares *da causa* e *do recurso*[18]. O Autor que é tido como ilegítimo para propor a demanda, por exemplo, terá legitimidade para recorrer da sentença que reconhecera sua ilegitimidade exatamente para tentar afastá-la (o mérito do recurso, *in casu*, será exatamente a preliminar da causa).

A existência do paralelo, não obstante a ressalva feita, se nos afigura útil para demonstrar o quão relevante a matéria se apresenta. Por repercutirem no direito de acesso à tutela jurídica, devem os requisitos de admissibilidade receber abordagem frugal, sob o risco de, tornando-se complexo o acesso à tutela jurisdicional, se afrontar a norma constitucional consagrada no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88.

Numa outra banda, ainda que inaceitáveis quaisquer *restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, também não se deve perder de vista que as normas que disciplinam a admissão dos veículos de irresignação se prestam a preservar a própria efetividade do sistema processual.

Barbosa Moreira, destacando a significação política do juízo negativo de admissibilidade, nos municia de argumentos que corroboram tal assertiva[19]:

> Hipotético ordenamento processual poderia facultar a impugnação de decisões judiciais por meio de recursos sem subordiná-la a requisito algum, seja relativo à escolha do recurso utilizado, seja à pessoa do recorrente, seja ao tempo ou à forma da interposição, e assim por diante. Logo se percebem as consequências negativas que semelhante liberalidade traria. Basta atentar no tópico atinente ao tempo: imagine-se o que representaria como fator de insegurança a eventualidade de ficar indefinidamente em aberto a matéria que constitui objeto da impugnação – talvez a própria solução final do litígio ajuizado. Noutros casos, seria clamorosamente inútil o exercício de atividade cognitiva por parte do órgão *ad quem*. A máquina judiciária, cuja manutenção reclama despesa pública vultosa, deve funcionar de maneira tão eficiente quão possível; e a idéia de eficiência implica por força a observância de parâmetros razoáveis quanto à duração, assim como a omissão de atos inidôneos para produzir resultado prático relevante.

[17] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p. 259/260.

[18] Somente com tal distinção bem alicerçada é que se pode aplicar de maneira escorreita as regras contidas nos art. 560 e 561 do Código de Processo Civil brasileiro. Sobre o tema, conferir MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p. 653/659.

[19] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos". *in Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v.1, n.1, p. 38-52, abr. 2006, p. 40.

Ante tais circunstâncias, chega-se à conclusão de que o aplicador do direito, ao empreender a análise dos requisitos de admissibilidade recursal, deve visualizá-los (construí-los) e aplicá-los com temperança. Isto é, ao mesmo tempo em que impende considerar que "a técnica processual não pode e não deve funcionar como uma armadilha, pronta para eliminar os direitos deduzidos em juízo"[20], deve manter em linha de consideração que os pressupostos de validade dos recursos, ao dispor sobre quem, como e quando se pode recorrer, têm o indispensável papel de, fincando parâmetros ao manejo da insurgência, garantir que a mesmo não se dê de forma abusiva, em prejuízo da outra parte ou da administração da Justiça. Num ou noutro caso, teremos, sempre, a transgressão do devido processo legal.[21]

Valiosas, neste estágio de ideias, as palavras de Barbosa Moreira[22]:

> A essa luz, o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta – e altamente recomendável – toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apresentando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento.

Uma vez assentada a advertência do eminente processualista carioca e face à proposta levantada, interessa-nos, agora, avançar sobre a função e a importância da tempestividade recursal, para, em seguida, tentar responder à seguinte pergunta: o recurso

[20] SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. "O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo" *in Revista de Processo* n. 160. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.
[21] "(...) o devido processo legal deve ser compreendido como adequada, necessária e proporcional atuação do direito. Esta exegese engloba tanto o sentido processual (formal) quanto o material (substancial do princípio), e é bastante ampla para abarcar a proporcionalidade e a razoabilidade, como cláusulas axiológicas de limitação do Poder Público e garantia mínima das liberdades públicas e do Estado de Direito" (BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*: extensão e limites do direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 130)
[22] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos" *in Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v.1, n.1, p. 38-52, abr. 2006, p. 41

típico interposto por uma das partes após a interposição de embargos de declaração pela outra é carecedor do pressuposto de admissibilidade em destaque?

Antes, todavia, cumpre-nos tecer alguns comentários acerca do porquê de o sistema processual submeter os recursos a um prazo.

3. Por que a interposição dos recursos deve se submeter um prazo preclusivo?

Pode-se dizer, em certa medida, que a tempestividade para interposição dos recursos tem como finalidade precípua fazer com que o discurso processual chegue a um fim.

Tomado indigitado requisito de admissibilidade sob tal perspectiva, tem-se que o mesmo se apresenta como desdobramento da garantia de acesso à tutela jurisdicional e à segurança jurídica; esta íntima e aquela inerente ao princípio do *due process of law*[23].

Ao restringir temporalmente a viabilidade de interposição de atos postulatórios voltados a questionar as decisões judiciais, a tempestividade acaba por resguardar o próprio acesso à tutela daquele que obteve o bem da vida sob disputa. Ficasse a rediscussão da decisão que põe termo ao litígio ao alvedrio do vencido, e aquele que logrou sucesso no "combate" judiciário se veria num estado de eterna incerteza, incompatível com o fim de apaziguamento dos conflitos de interesses a que se propõe a jurisdição. A tutela, por efêmera que então seria, não se poderia adjetivar efetiva.

Da mesma forma, ao compelir as partes a manejarem as vias de impugnação endoprocessuais[24] que lhe são conferidas pela Lei num dado espaço de tempo, a tempestividade acaba por determinar o arrefecimento da contenda, assegurando, quando conjugada com os institutos da preclusão (para as questões em que há *cognitio*) e da coisa

[23] "Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5.º da CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a Administração Pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações". (NERY JUNIOR, Nelson. *Principios do processo civil na constituição federal.* 4. ed. rev. e aum., atual. com a lei das interceptações telefônicas [9296/96] e a lei da arbitragem [9307/96]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37)

[24] Aí a diferença que, no direito brasileiro, distingue os recursos das ações de impugnação autônomas. Naqueles, mantém-se a discussão circunscrita num mesmo processo (conjunto de atos, praticados em contraditório, tendentes à tomada de decisão), modificando-se tão somente a base procedimental; nestas, noutro passo, necessariamente se terá instaurada nova relação processual. "A autonomia processual exclui o caráter de recurso. Este não existe por si, senão como fase ou ato do processo" (FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 7.)

julgada (onde houver *iudicium*) [25], o não retrocesso da marcha processual e, pois, a própria pacificação do meio social.

Miguel Seabra Fagundes enfatiza a conotação pública das normas que determinam o caráter peremptório dos prazos recursais. Assinala que "o interesse público está em que, trancada a demanda à falta de recurso, ou prosseguindo com a interposição dele em prazo limitado, a paz social se consolide o mais rapidamente o possível"[26]

Nesta toada de ideias, também importa dizer que a interposição de um recurso não se confunde com um dever (para que assim pudesse ser visualizado, o manejo da medida recursal teria de ir ao encontro do interesse do recorrido); trata-se, em verdade, de ônus do interessado.

O recorrente avia o recurso para obter uma situação jurídica que se lhe apresente mais benéfica do que aquela disposta na decisão atacada, na contramão do interesse de seu *ex adverso*.

Nesse sentido, Barbosa Moreira assevera que "a interposição de recurso pode caracterizar-se como *ônus processual*. Trata-se, com efeito (...), de ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se estrema do *dever*, ordenado este à satisfação de interesse *alheio*, aquele à de interesse *próprio*."[27]

E também por se tratar de um ônus, submete-se aquele contra quem se dirige a um prazo para que dele possa se desincumbir. Por esse prazo, como já dito, se assegura o encerramento do diálogo processual e, consectariamente, a segurança jurídica[28] e o próprio direito de acesso à tutela da parte cuja tese preponderou em juízo.

---

[25] "(...) há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas haverá também *iudicium*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento *(thema decidendum)*. (DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, 11 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 42.)

[26] FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p.79.

[27] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p. 235.

[28] A lição de Flávio Cheim Jorge bem exprime essa ideia: "A previsão de um prazo determinado para a interposição do recurso decorre de um valor funcional do direito, que é a segurança jurídica. Estatuindo o sistema um prazo para que a sentença venha a ser impugnada, ele acaba com a intranqüilidade das partes, diante de uma situação em que a decisão pudesse ser vista e revista a qualquer momento. Fixando-se um prazo para a impugnação, as partes sabem que, uma vez não interposto o recurso, aquela situação não poderá ser alterada." (JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 138/139).

4. A deflagração do prazo recursal no processo civil brasileiro

Dispõe o art. 506 do Código de Processo Civil que o termo de início dos prazos recursais deve ser aferido a partir dos seguintes eventos: I – leitura da sentença, quando proferida em audiência; II – intimação das partes, quando proferida "em gabinete"; III – publicação do dispositivo do acórdão na imprensa oficial.

Os dispositivos sob enfoque deixam claro que o critério utilizado pelo legislador foi o de o curso do prazo se deflagrar a partir do momento em que a parte ou seu procurador toma ou deveria tomar conhecimento da decisão.

Diz-se deveria porque, quando realizada pela imprensa, incumbe à parte e, em especial, ao seu procurador, diligenciar os meios necessários para lograr acesso ao conteúdo do ato decisório. O conhecimento, aqui, é ficto, mas não admite prova em contrário. Isto é, salvo a existência de alguma nulidade (cf. §1º do art. 236 do CPC), "consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial" (*caput* do art. 236 do CPC)

Noutra banda, a parte que, intimada, deixa de comparecer à audiência e nesta é proferida sentença, também será considerada como se conhecedora de seu teor fosse (ciência, novamente, ficta e absoluta)[29]. Tal orientação advém da premissa de que a parte rebelde não pode se beneficiar de sua torpeza.

Pela análise acima empreendida, pois, constata-se "que o critério utilizado pelo legislador para estabelecer o início do prazo recursal é a ciência da decisão – conhecimento e acesso à íntegra de seus fundamentos – a qual, de rigor, se dá com a intimação da parte, na pessoa de seu advogado."[30], nada obstante a possibilidade de ciência ficta com presunção absoluta.

---

[29] Convém trazer à baila a lição de Gilson Delgado Miranda: "Uma observação importante diz respeito à intimação do pronunciamento judicial dado em audiência. Isso porque, considerando a regra do art. 242, §1º, do CPC, é irrelevante, para o início da contagem do prazo ao recurso, o comparecimento da parte à audiência, desde que ela tenha sido intimada previamente e de forma regular da designação do ato. Com efeito, o CPC traz, art. 242, a presunção legal de que as partes, a par da ausência, tomaram conhecimento da sentença, presunção esta que impõe prevalecer para tudo o que ocorrer na audiência, inclusive decisões interlocutórias". (MIRANDA, Gilson Delgado. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coordenador Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.539)

[30] JORGE, Flávio Cheim. "Apontamentos sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração" *in Revista de Processo* n. 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

4.1. A interrupção do prazo em razão da interposição de embargos de declaração.

A interposição de embargos de declaração, após a alteração do art. 538 do Código de Processo Civil brasileiro, efetivada pela Lei 8.950/94, possui o condão de interromper "o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes"[31].

Isto é, ademais das hipóteses arroladas no art. 507 do CPC, prevê o Código de Ritos outra situação em que o prazo recursal terá de ser devolvido às partes, qual seja a apresentação tempestiva de embargos por uma delas[32].

alteração, alvissareira segundo a melhor doutrina, buscou facilitar a contagem do prazo, contornando dificuldades que, no sistema anterior, se deparavam os sujeitos do processo para assegurar que a interposição de um ulterior e eventual recurso se desse de maneira escorreita.

Do princípio da unirrecorribilidade e da circunstância de, atribuindo-se efeito infringente aos embargos, o julgado assumir novos contornos, deflui que a interrupção aproveita a ambas as partes. A aferição do interesse na medida recursal subsequente dependerá do desfecho do julgamento dos embargos. O embargante, por exemplo, poderá obter seu pleito através dos aclaratórios[33], esvaziando-se a utilidade de outra irresignação. Neste caso, por outro lado, surgirá para o embargado o interesse de impugnar a decisão[34].

Da incindibilidade das decisões judiciais[35], noutra banda, decorre que a interrupção do prazo para o manejo de outros recursos pela interposição de embargos se estende a todo o julgado e não só ao tópico nestes vergastado. Ou seja, ainda que parciais

[31] Constituem exceção os embargos manejados contra sentenças proferidas nos juizados especiais, que suspendem o prazo. (art. 50 da Lei 9.099/95)

[32] "Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, nos termos do art. 538 do CPC, exceto quando intempestivos" (REsp 1199572/MG; Relator Ministro Castro Meira; Segunda Turma; Data do Julgamento 02/09/2010; DJe 22/09/2010)

[33] Imaginemos que o juiz, provocado via embargos de declaração a se manifestar quanto a uma das causas de pedir sobre a qual antes não se debruçara, julgue procedente o pedido do autor / embargante, reformando sua decisão anterior em que o indeferira.

[34] "Com efeito, resta evidente que essa regra tem por função precípua beneficiar a outra parte, que não se utilizou dos embargos de declaração. E isso porque, com o julgamento dos embargos pode surgir ou mesmo ampliar o interesse em recorrer, em decorrência da correção de um dos vícios processuais apontados pelo embargante". (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 161)

[35] Esta característica, como alerta Flávio Cheim Jorge, tem eminente aplicação nas decisões monocráticas, na medida em que, para as decisões colegiadas, se permite a decomposição do julgado em capítulos, conferindo a lei processual relevância ao conteúdo da decisão para efeito de se aferir qual o recurso que contra ela se afigura cabível. (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 207/209).

(voltados a integrar / aclarar somente um dos capítulos da decisão), o efeito interruptivo se estenderá a todas as unidades autônomas do decisório[36].

Em suma, subjetivamente, como visto no penúltimo parágrafo, e objetivamente, como tratado no último, os embargos de declaração interrompem o prazo recursal. É exatamente a aplicação desvirtuada de referidos efeitos que enseja o problema prático objetado.

Não são raras as ocasiões na praxe forense em que decisões judiciais são atacadas, por uma das partes, via embargos de declaração e, pela outra, através do recurso típico cabível. Em tal hipótese, seria este, caso interposto após aquele, intempestivo?

Encampando-se o posicionamento assumido nos precedentes que redundaram na edição do enunciado n.º 418[37] da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a resposta seria afirmativa.

Bem verdade, devemos dizer, que a Corte de Uniformização, ao reconhecer a preposteridade do Recurso Especial na situação antes descrita, ademais da interrupção do prazo, também se escorou no suposto não esgotamento da instância ordinária[38].

Supera-se este último argumento, dentre outros motivos, pelo fato de os embargos destoarem da lógica adotada pelo sistema recursal brasileiro, no qual para cada decisão à parte é conferido, quando cabível, um tipo específico de recurso. Porquanto, em tese, cabíveis contra todas as decisões, chegar-se-ia, na esteira da compreensão trilhada pelo STJ, à rebarbativa conclusão de que[39]:

> (...) os embargos de declaração são sempre obrigatórios, mesmo que manifestamente incabíveis, por ausência dos vícios que lhe legitimam a interposição. Afinal, mesmo nessa hipótese – em que alegados, mas manifestamente ausentes os vícios –, os embargos de declaração redundariam na prolação de uma decisão que seria,

[36] "Definem-se portanto os capítulos de sentença, diante do direito positivo brasileiro e dessas considerações, como *unidades autônomas do decisório da sentença*. É no isolamento dos diversos segmentos do decisório que residem critérios aptos a orientar diretamente a solução dos diversos problemas já arrolados, quer no tocante aos recursos, quem em todas as demais áreas de relevância" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35)

[37] "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

[38] "É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal". (Recurso Especial nº 776.265/SC, Corte Especial, Relator p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 6/8/07).

[39] JORGE, Flávio Cheim. "Apontamentos sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração" *in Revista de Processo* n. 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.

> então, a decisão de "última instância". A toda evidência, trata-se uma afronta à lógica.

Sem prejuízo do acima dito, por nos interessar a perspectiva temporal usada para o entendimento sob questionamento, restringiremos a abordagem do tópico ao fundamento que com ela se relaciona, pretendendo aqui arrolar motivos que sirvam à sua superação.

5. O efeito interruptivo dos embargos de declaração e o devido processo legal

O problema aqui enfrentado, ao que nos parece, exsurge como "evolução" do entendimento, veementemente refutado por abalizada doutrina[40], de que o recurso interposto antes da publicação (*rectius*: intimação das partes) deve ser tido como intempestivo.

Esta a orientação que predominava no Superior Tribunal de Justiça até o julgamento do AgRg nos EREsp 492461/MG pela Corte Especial[41] e que ainda permeia alguns dos Tribunais pátrios, dentre eles a Suprema Corte, como se verifica em análise do acórdão proferido no julgamento do AgR no AI n.º 776095/SP[42].

Quando se trata de recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração pelo outro contendor, todavia, convergem os pretórios de acesso excepcional no sentido de inadmissão daquele[43]. A posição merece ser revista.

Vimos que o devido processo legal serve como uma bússola ao interprete, orientando-o na contramão de uma aplicação inadequada, desnecessária ou desproporcional das normas jurídicas. A atuação do direito deve ser razoável e os requisitos de admissibilidade devem receber trato o mais simples quanto possível, evitando a desnecessária criação de percalços ao acesso à tutela jurisdicional, tal como se tem mostrado a prática dos Tribunais Superiores, açodados em resolver problemas estruturais

[40] Por todos, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Tempestividade dos recursos". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16.
[41] Na sessão em que se deu o *overrruling*, destaque-se, cinco Ministros ficaram vencidos.
[42] Eis a ementa do julgado: "RECURSO. Agravo regimental. Recurso interposto antes da publicação no Diário da Justiça. Extemporâneo. Não conhecimento. Não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no Diário da Justiça." (AI AgR n.º 776095/SP; Relator Min. Cezar Peluso; Julgamento: 01/12/2010; Tribunal Pleno; DJe 31.01.2011)
[43] Cf. a aplicação que vem sendo dada à OJ n.º 357 da SDI-I – "É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado" – pelo TST. Exemplificativamente, ver o RR n. 1374196-46.2004.5.02.0900, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/09/2008, 5ª Turma, Data de Publicação: 17/10/2008.

através do recrudescimento dos requisitos impostos àqueles que almejam bater às suas portas.

Colocando-se o recurso como a possibilidade de prolongamento do processo e este como ferramenta destinada à resolução das crises de direito, ao se restringir o prazo para manejo daquele, garante-se a consecução desta e, por via de consequência, do fim último do direito, que é a manutenção da paz social. Sob tal contexto, a parte que se antecipa ao início do prazo recursal[44], para além de não assumir comportamento contraproducente a esta finalidade última, vai ao encontro da mesma, agilizando o desfecho do litígio, penoso não só para os contendores, mas para o próprio Estado.

Negar conhecimento ao recurso interposto enquanto interrompido o prazo, dessarte, é postura que vai de encontro à finalidade da norma que estatui o requisito de admissibilidade da tempestividade e, pois, à evolução da marcha processual, em manifesto prejuízo ao erário.

Numa outra banda, deve o aplicador ter em mente que, ao prever que a interposição dos embargos de declaração ocasiona a interrupção do prazo recursal, objetivou o legislador conferir segurança às partes e logicidade ao processo, bem como proteger a garantia de acesso ao Estado-juiz.

A reabertura do prazo recursal ao Embargado lhe assegura o direito de recorrer caso o julgamento dos aclaratórios agrave sua situação[45]. Prestigia-se, à evidência, o direito de lograr a tutela jurisdicional. Garantir a via típica após o julgamento dos embargos ao Embargante, por seu turno, é providência necessária para manter a coerência do sistema recursal, na medida em que, por adotar o princípio da singularidade[46], este repugna a coexistência de dois recursos contra uma mesma decisão[47].

---

[44] Que é exatamente o que ocorre pela interposição de recurso antes reinaugurado o prazo face ao julgamento dos embargos.

[45] Mesmo que conhecidos, pensamos que, *de lege ferenda*, os embargos de declaração desprovidos de efeitos modificativos não deveriam acarretar a reabertura do prazo recursal ao Embargado. Se este por incúria ou resignação deixou de validamente recorrer da decisão durante o prazo originário, não pode se valer do efeito interruptivo para ilidir sua pretérita desídia ou aquiescência. Modificação de tal jaez, cremos, prestigiaria o instituto da preclusão, sob as nuances, respectivamente, temporal e lógica.

[46] Cuja única exceção reside na possibilidade de simultânea interposição dos recursos excepcionais. Não se acata, assim, a ideia de que os embargos infringentes também imporiam uma quebra à unirrecorribilidade. Por não se aplicar a regra da incindibilidade para efeito recursal às decisões colegiadas, quanto ao capítulo não unânime somente os embargos infringentes serão cabíveis (a inclusão do parágrafo único ao art. 498 pela Lei 10.352, pois, veio a prestigiar indigitado princípio). A interposição de recurso excepcional contra a unidade do *decisum* em que houve divergência, ante o não esgotamento das vias ordinárias, redundará no seu não conhecimento.

[47] "Em virtude do princípio da unirrecorribilidade, também conhecido como da singularidade ou da unicidade do recurso, não se admite a interposição simultânea de agravo regimental e de embargos de declaração pela

Em caso de embargos de declaração interpostos com vistas ao prequestionamento, também se poderá dizer que a interrupção escudará o direito de acesso à tutela do Embargante, porquanto os aclaratórios serão imprescindíveis ao seu intento de levar a matéria discutida ao conhecimento das Cortes Superiores. A situação aqui tratada, contudo, não repercute na esfera do Embargante, na medida em que a unirrecorribilidade veda a interposição de outro recurso enquanto não apreciados seus embargos.

É ao direito de recorrer do Embargado, pois, que não se pode erigir como condição o julgamento dos embargos de declaração. A existência, validade e eficácia de recurso por ele interposto segundo os parâmetros legais em nada são afetadas pela interrupção advinda do manejo de embargos de declaração pela outra parte[48].

Excetuado a peculiar situação do agravo retido, a legislação processual não preceitua, ao contrário do exigido pelos Tribunais pátrios[49], a ratificação do recurso como medida necessária ao seu conhecimento. Ao assim proceder, cria-se requisito não previsto na lei, em flagrante afronta à norma enclausurada no inciso II do art. 5º da CRFB[50].

---

mesma parte e em face do mesmo decisório, caso em que se imporá o reconhecimento da preclusão consumativa em relação ao recurso posteriormente interposto" (EDcl no CC 92.044/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, STJ, DJe 06/04/2009).

[48] "(...) a interrupção do prazo não tem qualquer implicância sobre a existência, validade e eficácia do ato processual (interposição do recurso). Aliás, tanto o recurso interposto é ato processual existente, válido e eficaz, que à parte recorrente não se permite, posteriormente, emendar ou complementar suas razões recursais – a não ser na hipótese de modificação da decisão embargada, nesse rigoroso limite". (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.164).

[49] "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL RECEBIDO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DE PUBLICADA A DECISÃO DESSES EMBARGOS. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418 DO STJ. I - Considera-se extemporâneo (prematuro) o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, quando não reiterado ou ratificado. Súmula 418 desta Corte. II - Assim, se apresentada petição de correção de erro material recebida e julgada como embargos de declaração, o recurso especial anteriormente interposto deveria ter sido ratificado após a publicação desse *decisum*. Agravo Regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 1361540/MG; Relator Ministro Sidnei Beneti; Terceira Turma; DJe 29/03/2011).

[50] Flávio Cheim Jorge elenca sete motivos pelos quais não se deve acatar a tese extemporaneidade do recurso prematuro. São eles: "(i) a regra existe para facilitar a atuação do recorrente, nunca para prejudicá-lo; (ii) a parte, como regra, interpõe o recurso típico antes de saber da existência ou não de embargos da parte contrária; (iii) o recurso típico interposto é ato processual existente, válido e eficaz; (iv) os embargos de declaração podem não ser conhecidos e, nesse caso, o prazo não será interrompido; (v) é estranha ao processo civil norma legal que preveja a reiteração dos embargos de declaração, ao contrário do agravo retido (art. 523, §1º) e dos recursos especial e extraordinários retidos (art. 543, §3º); (vi) a fluência do prazo recursal pode se dar de forma diferente para as partes, de modo que o prazo para uma delas pode ter se esgotado e para a outra nem se iniciado (basta pensar em ciência inequívoca); (vii) inexiste preclusão lógica, perda de interesse ou renúncia tácita pela não modificação da decisão embargada, etc". (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162)

Se não pode ser considerada como empecilho, a interrupção provocada pelos embargos também não tem o condão de revigorar o direito de recorrer do Embargado. Expliquemos, com um exemplo, a proposição: "A" ajuíza demanda em face de "B" pleiteando os pedidos *x* e *y*, autônomos entre si. Acolhido somente o pedido *x*, antecipa-se "A" à intimação, tomando ciência, em cartório, do teor da decisão e deixando transcorrer *in albis* seu prazo para impugnar o indeferimento do pedido *y*. Intimado da sentença, "B", sustentando que a decisão não apreciou um dos fundamentos aviados contra o pedido *x*, embarga de declaração, não logrando, contudo, êxito nos aclaratórios. Neste caso, face à interposição dos embargos, somente a "B" será devolvido o prazo para apelar, não podendo "A" recorrer, de maneira independente, do capítulo em que sucumbiu.[51]

Em suma, o efeito interruptivo decorrente da interposição dos embargos de declaração se presta a dar segurança aos contendores, e não a provocar uma indevida dilação do discurso processual. Assim, ao mesmo tempo em que se repele a interpretação que determina a intempestividade do "recurso prematuro", também se repugna que aludido efeito interruptivo sirva para mitigar a invalidade de uma irresignação serôdia.

6. Referências Bibliográficas:

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo:* extensão e limites do direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

_____. *Introdução ao estudo do processo civil : discursos, ensaios e conferências*. Belo Horizonte: Líder, 2008.

DIDIER JR., Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José, *Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*, 3º vol., 7 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2009.

[51] Anote-se que esta situação prescinde do modelo defendido na nota de n. 45 supra. Aqui o prazo para recorrer do Embargado já se teria esvaído antes da interposição dos Embargos. Lá defendemos que a interposição de embargos, mesmo que anterior ao esgotamento do prazo do recurso típico, não teria o condão de reinaugurar sua contagem para o embargado.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. "Tempestividade dos recursos". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. "Apontamentos sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração" *in Revista de Processo* n. 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009)

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis.* 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coordenador Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5.

_____. "O futuro da Justiça: alguns mitos". *in Temas de Direito Processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____.. "Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos". *in Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v.1, n.1, p. 38-52, abr. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Principios do processo civil na constituição federal.* 4. ed. rev. e aum., atual. com a lei das interceptações telefônicas [9296/96] e a lei da arbitragem [9307/96]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. "O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo" *in Revista de Processo* n. 160. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A CLÁUSULA ASSECURATÓRIA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

LA CLAUSULA GARANTIZADORA EN LOS CONTRACTOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Bráulio Chagas Pighini

Advogado do departamento contratual/societário da Manhães Moreira/Advogados (São Paulo) – Graduado pela PUC/MG, Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela UFG/RJ, Pós Graduando em Direito Contratual pela Fundação Getúlio Vargas/SP.

Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador do curso de Direito da Faculdade Padre Arnaldo Janssen. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário UNA. Professor Adjunto da PUC Minas. Advogado Sócio do Escritório Raffaele & Federici Advocacia Associada.

Resumo: Este artigo abordará a aplicabilidade e instrumentalização das cláusulas assecuratórias que visam ao devido ressarcimento de quantias pagas, em razão de reclamatórias trabalhistas ajuizadas por funcionários de empresas prestadoras de serviços em face de suas contratantes. Trata-se de pesquisa teórico-documental, que utilizou a doutrina e jurisprudência pertinente sobre o tema. Foi verificado que a denunciação da lide é incabível na Justiça do Trabalho, devendo se restringir à proteção dos interesses do trabalhador. Por sua vez, a ação regressiva, ainda que viável, mostra-se incompatível com os fins almejados pelas relações empresariais, entre eles, a celeridade, ante o não cabimento da execução imediata. Deste modo, apontou-se como alternativa cabível e eficaz a cláusula assecuratória, pois, atendendo criteriosamente aos requisitos legais, pode ser executada de forma mais rápida.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho. Denunciação da lide. Ação regressiva. Contratos. Título executivo.

Resumen: Este trabajo analizará la aplicabilidad e instrumentalización de las cláusulas garantizadoras que intentan la indemnización de los valores pagos, en función de demandas laborales enjuiciadas por los empleados de empresas que prestan servicios a sus

contratantes. Es una investigación teórica, que ha utilizado de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema. Se ha constatado que la intervención de terceros en la demanda no es posible en la Justicia Laboral. Sin embargo, la demanda de regreso, aunque admisible, se enseña incompatible con los objetivos de las relaciones empresariales, o sea, la celeridad, por la imposibilidad de ejecución inmediata. De ese modo, se plantea como alternativa posible y eficaz la clausula garantizadora, ya que, en respeto a los presupuestos legales, podrá ser ejecutada de manera más rápida.

Palabras-clave: Justicia Laboral. Intervención de terceros. Demanda de regreso. Contractos. Título ejecutivo

Sumário: 1. Introdução. 2. Da denunciação da lide - Direito de regresso - Ação regressiva. 3. Da denunciação da lide na Justiça do Trabalho. 4. Da ação regressiva. 5. Da instrumentalidade da cláusula assecuratória *inter partes.* 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Importante ressaltar que não é objeto deste trabalho a análise da terceirização trabalhista, apesar de serem utilizadas expressões próprias sobre o assunto. A discussão meritória da condenação trabalhista em face das tomadoras de serviços, suas correntes doutrinárias e demais estudos, deve ser analisada por meio de leitura própria. O enfoque do presente trabalho é a *redação contratual*, em suma, como estipular contratualmente cláusulas que garantam, em caso de pagamento de verbas trabalhistas por parte das contratantes, o ressarcimento de forma ágil e com menores custos e riscos utilizando os institutos do direito processual civil.

Ao lado do intróito acima, tem-se como fato incontestável que as relações empresariais, além da celeridade, priorizam também *a segurança jurídica* e a *eficiência* de suas transações/garantias, e é dentro desse paradigma que o contrato assume um papel de vital importância na consecução de tais resultados. Assim sendo, é muito comum na rotina empresarial a contratação de empresas que prestam serviços dentro das dependências de suas contratantes, cedendo elas as suas atividades não essenciais a terceiros. É o que se denomina de terceirização.

A terceirização cria uma série de vantagens administrativas e financeiras. Contudo, o fenômeno da terceirização não exime *os tomadores de serviços* (contratantes) de possíveis responsabilidades junto à Justiça do Trabalho, não sendo incomum a verificação

de reclamações de terceirizados junto às suas tomadoras. Este risco trabalhista faz com que os contratantes dos serviços incluam em seus contratos cláusulas de responsabilidades que criam a obrigação de ressarcimento às contratantes, em caso delas serem compelidas ao pagamento de condenações proferidas pela Justiça do Trabalho. Portanto, a inserção de cláusulas que digam respeito à impossibilidade de constituição de vínculo empregatício e trabalhista, da obrigação das empresas prestadoras assumir o polo passivo das demandas que versem sobre questões laborais, da obrigação de requerer a exclusão da contratante junto ao processo obreiro, da obrigatoriedade de denunciação da lide, dentre outras, são praticamente compulsórias nos contratos de prestação de serviços entre empresas.

Porém, como se pretende ilustrar no presente trabalho, a simples estipulação da cláusula não induz ao pronto e devido ressarcimento às contratantes, tanto pelo fato de que na Justiça do Trabalho, por sua especialidade, as disposições cíveis não são plenamente cabíveis, como também em virtude do caminho, muitas vezes longo, da ação ordinária de índole regressiva. Assim, no contexto acima apresentado, será demonstrado que repousa na redação contratual, o caminho mais eficaz e eficiente para resguardar os direitos das contratantes quando vencidas na Justiça do Trabalho.

Para a realização do presente artigo, foi utilizado o método teórico-documental. Para este fim, foram analisadas obras que são referências para o estudo do Direito. Além disso, foram apresentadas decisões jurisprudenciais, que permitem compreender o posicionamento dos Juízos acerca do tema abordado.

O artigo é dividido em seis partes, iniciando-se pelo tema da denunciação da lide, com ênfase no dispositivo do art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil (CPC), suas características e a constituição do direito de regresso. Após, será tratado o instituto da denunciação da lide junto à Justiça do Trabalho, seu cabimento e a visão jurisprudencial sobre seus efeitos.

Na terceira parte e seguintes, será verificada a importância da ação regressiva junto ao ordenamento jurídico e a sua diferença em relação ao direito de regresso. Com o subsídio legal do art. 585, inciso II, do CPC, abordará, por fim, a executividade do contrato, de suas cláusulas e da possibilidade dos contratantes constituírem verdadeiros títulos executivos *inter partes.* Finalmente, será delineada a conclusão do artigo.

2. DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE - DIREITO DE REGRESSO - AÇÃO REGRESSIVA

Imperiosa a necessidade de, sem esgotar o assunto, tratar da questão dos institutos da *denunciação da lide,* do *direito de regresso* e da *ação regressiva,* obtendo, dessa forma, a linha de raciocínio necessária para o devido entendimento do trabalho e de sua conclusão. Novamente, advirta-se que não será discorrido sobre a evolução dos institutos, mas sim apenas pontuado o que se entende por mais pertinente ao tema aqui proposto.

Pois bem, a denunciação da lide[1] é uma das formas de intervenção de terceiros prescritas no CPC. A intervenção de terceiros, como procedimento processual cível, permite àquele que não é parte do processo intervir na lide, em regra, para passar a sê-lo, ou ainda para agir como interessado, garantidor, e etc. Especialmente no caso da denunciação da lide, descrita no inciso III do art. 70 do CPC[2], tem-se que todo aquele que por força da lei, ou por disposição contratual, se obrigar a indenizar/garantir o negócio jurídico, poderá ser denunciado à lide, para que o dispositivo da sentença proferida possa alcançar o garantidor (denunciado).

Por meio da denunciação da lide, tanto autor quanto réu têm a possibilidade de formular um pedido de tutela jurisdicional em face de terceiro, contra o qual eventualmente poderão exercer direito de regresso. O autor formulará seu pedido na petição inicial, enquanto o réu o fará no prazo de resposta, preferencialmente em petição avulsa. Com a citação do denunciado, o processo se suspende, e ele poderá adotar diferentes comportamentos (juntar-se ao denunciante; negar a qualidade que lhe é atribuída; confessar os fatos alegados pela parte contrária ao denunciante) gerando efeitos distintos, conforme o caso. A sentença que tratar do pedido principal também cuidará da denunciação da lide. O pedido eventual (responsabilização do denunciado) apenas será apreciado se o pedido

[1] Denunciação da lide é uma ação incidental de garantia proposta nos mesmos autos do processo pelo autor ou pelo réu em face de alguém (terceiro como diz a lei), com vistas a fazer valer o *direito de regresso.* Já sobre outro ponto de vista, a denunciação da lide é mais uma modalidade de resposta art. (297) colocada à disposição do réu pela lei como o que se viabiliza a definição da responsabilidade de um terceiro perante este no próprio processo; para o autor (art. 74), a denunciação é apenas uma ação incidente. Quanto ao aspecto formal chama a atenção o fato de que a denunciação não exige peça autônoma, podendo ser realizada tanto como capítulo da petição inicial, como da contestação (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. *Código civil interpretado:* artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2006, p. 250, grifo próprio).

[2] Art. 70 do CPC. A denunciação da lide é obrigatória:
[...]
III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda (BRASIL, 1973, art. 70).

principal for desfavorável ao denunciante, caso contrário, restará prejudicada a denunciação da lide (BUENO, 2012).

Ao instituto processual de denunciação da lide cumpre o papel de dar efetividade ao direito de defesa judicial do denunciado, libertando-se de uma possível ação regressiva e de indenização; ao dever de defesa judicial em favor daquele que denuncia, promovendo o denunciado, configurando uma espécie de assistência processual, em desfavor da pretensão da parte contrária; bem como garantir o direito de regresso, caso o denunciante venha a ser derrotado na disputa judicial principal.

Verifica-se que o objetivo do art. 70, inciso III, do CPC, é propiciar o reconhecimento da responsabilidade do denunciado e sua consequente condenação, em favor do denunciante, caso este seja derrotado quanto ao pedido principal ajuizado pelo autor[3]. Neste particular, advertem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2002), que o preceito restringe-se às ações de garantia, *"isto é, àquelas em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota"*[4].

Partindo das lições apresentadas, considera-se essencial, nos casos de denunciação da lide, a confluência dos seguintes requisitos: *obrigação contratual ou legal; que seja passível de ser vencida a parte (denunciante) no pedido principal, restando prejudicada;*

[3] Só quando no caso de derrota o vencido puder exercer ação regressiva, em virtude de lei ou de contrato, que se admite a denunciação da lide (RT 530/133) – Denunciação da lide. Descabimento. Inexistência de obrigação legal ou contratual entre réu e denunciado. Inviabilidade da inserção nos autos de elemento novo cuja apuração possa prejudicar a pretensão constante da inicial (RT 671/120).

[4] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 375. A respeito, Câmara (2004): "Em outros termos, pode-se dizer que a denunciação da lide é a modalidade de intervenção forçada de terceiro provocada por uma das partes da demanda original, quando esta pretende *exercer contra aquele direito de regresso que decorrerá de eventual sucumbência na causa principal.* Explique-se melhor o conceito: pode ocorrer que, num determinado processo, alguma das partes observe que, em restando vencida, terá direito de regresso contra terceiro, que por alguma razão é seu garante, tendo pois o dever de reembolsá-la pelo que tiver perdido. *Caberá, então, à parte, fazer a denunciação da lide, com o fim de exercer o direito de regresso no mesmo processo em que será julgada a demanda original.* Note-se, então, que a denunciação da lide contém demanda nova, mas não dará origem a um novo processo, visto que esta modalidade de intervenção de terceiro se desenvolverá na mesma base procedimental em que se desenvolve a causa principal. Um mesmo e único processo, portanto, embora duas sejam as demandas" (CÂMARA, Freitas Alexandre. *Lições de direito processual civil.* 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1, p. 199, grifo próprio).

Também essa é a lição de Marinoni e Arenhart (2001): "A denunciação à lide constitui modalidade de intervenção de terceiro, em que se pretende incluir no processo primitivo uma nova demanda, subsidiária àquela originalmente instaurada, a ser analisada caso aquele que, provoca a formação da nova ação, venha a sucumbir na demanda principal. *Em regra, funda-se a figura no direito de regresso, pelo qual aquele que vier a sofrer algum prejuízo, pode, posteriormente, recuperá-lo de terceiro, que por alguma razão é seu garante"* (MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHART, Cruz Sérgio. *Manual do processo de conhecimento.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 194, grifo próprio).

direito de regresso. Em linhas práticas, a sentença procedente em relação ao pedido secundário, proferida nos casos em que ocorre a denunciação da lide, serve de título executório para o exercício do *direito de regresso*[5], ou seja, o denunciante (perdedor da disputa) pode utilizar-se da sentença proferida em face do denunciado (garantidor), sem a necessidade de que seja provocada novamente a jurisdição através da ação[6]. O instituto, dessa forma, vem prestigiar *os princípios da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional.*

Apesar do art. 70 do CPC ter em sua exegese o termo "obrigatória", no caso do seu inciso III, se não for feita a denunciação, tal lapso não prejudicará a pretensão da parte, pois ela poderá se valer da denominada *ação regressiva*[7]. Razão pela qual, fica clara a diferença entre os institutos do *direito de regresso* e da *ação regressiva*. Acrescente-se que o primeiro denota a existência da constituição do direito, através da sentença, possuindo um rito muito mais célere, seguindo os procedimentos descritos pelo cumprimento de sentença[8], enquanto que o segundo irá seguir os caminhos próprios definidos pela legislação processual civil, no tocante ao procedimento de conhecimento.

Não pairam dúvidas acerca do instituto e de sua aplicabilidade junto ao direito civil. Todo aquele que, por força de contrato, garantir o ressarcimento de custas/condenação nos casos de disputa judicial pode ser denunciado para que a sentença condene o garantidor/denunciado ao pagamento do valor constante no dispositivo judicial. Contudo, conforme foi apontado na introdução, quando a disputa judicial ocorrer junto à Justiça do Trabalho, cabível seria a denunciação da lide ao denunciado *por força da cláusula*

[5] Ação e denunciação são julgadas em conjunto em sentença única, devendo o juiz apreciar, em primeiro lugar, como é claro, a ação. Procedente o pedido da ação (com a ordem dirigida ao réu para entregar a coisa ou a condenação a pagar indenização – o texto do art. 76 pressupõe denunciação pelo réu), a sentença condenará (e não "declarará") o denunciado a indenizar pela evicção ou em regresso, habilitando o denunciante a promover execução por quantia (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. *Código civil interpretado – ob. cit.*, 2006, p. 251).

[6] A sentença de tal sorte, decidirá não apenas a lide entre autor e réu, mas também a que se criou entre a parte denunciante e o terceiro denunciado (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 133).

[7] Neste sentido, o jurista paranaense Manoel Antonio Teixeira Filho, na conclusão de que "se a denunciação não for efetuada, a parte, que a deveria ter realizado, não perderá o direito de exercitar, mais tarde, em processo autônomo, a ação regressiva para reembolsar-se do que teve de pagar, por força da sentença: perderá, tão somente, o benefício legal de munir-se, no mesmo processo em que a intervenção de terceiro deveria ter ocorrido, de título executivo, materializado na sentença que compôs a lide (CPC, art. 76)" (TEIXEIRA FILHO, 1993, p. 196).

[8] Art. 475-I do CPC. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo (BRASIL, 1973, art. 475-I).

contratual? Em outras palavras, a cláusula que prescreve e estipula obrigação de ressarcimento, *entre as empresas contratantes,* pode ser objeto de denunciação da lide junto à Justiça do Trabalho? A sentença obreira poderá ser utilizada como título executivo judicial para fins de ressarcimento pela empresa contratante?

A questão será analisada no item abaixo.

3. DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Conforme acima explanado, não são constatadas dúvidas quanto à aplicação do instituto da denunciação da lide junto ao direito civil, contudo, o mesmo não pode ser dito quando a questão se volta ao direito do trabalho. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), através de sua Orientação Jurisprudencial (O.I.) da Sessão de Dissídios Individuais (SDI-1), de número 227 (BRASIL, 2005)[9], mantinha o entendimento de que tal instituto (denunciação da lide) seria incompatível com o processo do trabalho. A razão da negativa de seu cabimento estaria vinculada ao argumento (e com razão) de que a discussão entre empregadores deveria ser tratada no foro próprio, por se tratar de relação de natureza cível, e não trabalhista.

A despeito dos argumentos acima, com o advento da Emenda Constitucional de número 45, que alterou profundamente a competência da Justiça do Trabalho no Brasil, o Pleno do TST cancelou tal orientação. *Mas o cancelamento da O.I. não significa necessariamente afirmar que o instituto da denunciação da lide será plenamente aceito pelas partes envolvidas na reclamação trabalhista.*

A justiça especializada, mesmo aceitando a aplicação do instituto processual da denunciação da lide, passou a analisar a sua aplicabilidade de acordo com o caso concreto, com o único propósito de verificar e resguardar o interesse do trabalhador[10]. As questões

[9] 227. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. PROCESSO DO TRABALHO. INCOMPATIBILIDADE (cancelada). (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação jurisprudencial n. 227. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. PROCESSO DO TRABALHO. INCOMPATIBILIDADE (cancelada). *Diário de Justiça,* Brasília, 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_221.htm#TEMA227>. Acesso em: 25 ago. 2012).

[10] Denunciação da lide na JT deve observar o interesse do trabalhador. A adaptação, pelo Tribunal Superior do Trabalho, de sua jurisprudência à ampliação das atribuições da Justiça do Trabalho promovida pela reforma do Judiciário, levou à revogação da orientação jurisprudencial que apontava a incompatibilidade da denunciação da lide como o processo trabalhista. O mecanismo, tratado na legislação civil, permite a uma das partes (denunciante) trazer para a disputa judicial um terceiro com quem se mantenha relação jurídica. Mas o fato de o TST ter revogado não significa que haverá a adoção indiscriminada do mecanismo daqui por diante. [...] Citando o processo RR 1.944/2001-018-09-40.7, termina por dizer que "quando o mecanismo é aceito, o

puramente contratuais, que não digam respeito ao contrato de trabalho, *não são admitidas pela justiça obreira,* cabendo a denunciação da lide somente nos casos em que os direitos do obreiro estejam em baila[11].

denunciante pode exercer o direito nos próprios autos. Quando a denunciação é rejeitada, o denunciante deve procurar ressarcir-se dos prejuízos em ação própria (é a chamada "ação de regresso")" (PEIXOTO, Bolívar Viegas. *Iniciação ao processo individual do trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 182-183).

[11] RECURSO DE REVISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. É verdade que por meio da Emenda Constitucional 45/2004, passou a ser aceito nesta Justiça Especializada o instituto da denunciação da lide. Contudo, seu cabimento deve ser analisado caso a caso, uma vez que se *deve observar o princípio da celeridade ante a natureza alimentar do crédito trabalhista.* Logo, tendo o Regional consignado que o direito de regresso da reclamada está assegurado, o indeferimento da denunciação da lide não implica prejuízo incontestável. Aceita, o denunciante pode exercer o direito nos próprios autos, mas, recusada, poderá exercê-la em ação de regresso. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. Recurso de revista n. 86200-50.2007.5.03.0068. EMENTA: RECURSO DE REVISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Min. Rel. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 05 jun. 2012. *DEJT*, 15 jun. 2010, grifo próprio).

RECURSO DE REVISTA. 1. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Na presente hipótese, mostra-se inadmissível a denunciação da lide, *uma vez que seu objeto consiste em relação jurídica de natureza civil,* consubstanciada no contrato de seguro firmado entre a reclamada e a empresa seguradora, e a competência desta especializada, consoante art. 114 da CF, cinge-se às ações oriundas da relação de trabalho. Portanto, a pretendida denunciação da lide é inaplicável ao presente caso, *uma vez que extrapola os limites de relação de trabalho disciplinada no referido dispositivo constitucional.* Precedentes. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Oitava Turma. Recurso de revista n. 931-92.2010.5.03.0050. EMENTA: RECURSO DE REVISTA. 1. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Min. Rel. Dora Maria da Costa. Brasília, 06 jun. 2012. *DEJT*, 08 jun. 2010, grifo próprio).

RECURSO DE REVISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. OFENSA AO ARTIGO 70 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. Anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o entendimento desta Corte Superior, consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 227 da SBDI-1, era pela incompatibilidade da denunciação da lide nesta Justiça Especializada, porquanto se reconhecia a incompetência desta para analisar a segunda lide. Contudo, com a reforma do Texto Constitucional, a competência da Justiça do Trabalho, prevista no artigo 114 da Constituição Federal, teve o seu rol ampliado, razão pela qual se passou a discutir a aplicabilidade daquela intervenção de terceiros caso a caso, *devendo-se verificar o interesse do trabalhador em ver o denunciado como parte integrante do pólo passivo da relação processual, em observância aos princípios norteadores do processo do trabalho, assim como à competência para julgamento da lide surgida entre o denunciante e o denunciado.* No caso concreto, a aplicação do instituto não traria qualquer benefício ao trabalhador, não havendo falar em violação do artigo 70, III, do CPC. Ademais, a presença da seguradora na ação implicaria no pronunciamento do juiz a respeito das relações entre ela e a reclamada, o que escapa dos limites da competência da Justiça do Trabalho. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Segunda Turma. Recurso de revista n. 652004820055120032 (365200-48.2005.5.12.0032). EMENTA: RECURSO DE REVISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. OFENSA AO ARTIGO 70 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. Min. Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 24 ago. 2011. *DEJT*, 09 set. 2011, grifo próprio Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20381293/recurso-de-revista-rr-365200482005512003 2-365200-4820055120032-tst>. Acesso em: 25 ago. 2012).

DENUNCIAÇÃO À LIDE. Não obstante o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 227 da SBDI-1 do TST e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o cabimento do instituto da denunciação à lide deve ser examinado caso a caso, à luz da competência desta Justiça Especializada *para dirimir a controvérsia entre denunciante e denunciado e dos princípios que norteiam o Processo do Trabalho, especialmente os da celeridade, efetividade e simplicidade.* (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. Processo n. AIRR - 43200-43.2006.5.02.0074. EMENTA: DENUNCIAÇÃO À LIDE. Min. Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 09 mai. 2012. *DEJT*, 11 mai. 2012, grifo próprio. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/36856007/tst-10-05-2012-pg-678>. Acesso em: 25 ago. 2012).

Apesar de respeitar a corrente contrária[12], acertada está a decisão que não conhece de temas referentes às questões cíveis entre as empresas. Essas questões não dizem respeito ao contrato de trabalho; as garantias e avenças que foram firmadas pelas empresas devem ser conhecidas, discutidas e decididas pela jurisdição competente[13], prestigiando o devido preceito constitucional[14]. Assim, com a devida *venia, não cabe à Justiça do Trabalho promover o direito de regresso de questões puramente cíveis;* tais matérias não estão abarcadas pelo art. 114 da Constituição da República de 1988 (CR/88), razão pela qual coaduna-se com o entendimento da corrente majoritária, no sentido de que a denunciação da lide no processo do trabalho deve ser analisada no caso concreto, *com o único propósito* de resguardar os interesses do trabalhador. Assumir tal entendimento não prejudica a parte que se sentir lesada, pois poderá esta buscar seus direitos junto à Justiça Comum.

Não servindo a sentença trabalhista de título executivo, uma vez indeferido o pedido de denunciação da lide, conforme o acima exposto, as empresas contratantes deverão lançar mão da denominada *ação regressiva* para fins de ressarcimento dos valores garantidos pelo contrato de prestação de serviços firmado.

Abaixo, discorre-se acerca do instituto destacado.

4. DA AÇÃO REGRESSIVA

[12] EMENTA: DENUNCIAÇÃO DA LIDE - CONDENAÇÃO QUE IMPLICA PREJUÍZO A TERCEIROS - CABIMENTO. A denunciação da lide, prevista no art. 70, III, do CPC, e aplicada ao Processo Trabalhista, de forma subsidiária, nos termos do art. 769 da CLT, tem cabimento quando se constatar que, diante de eventual condenação, a reclamada assumiria a posição de terceiro prejudicado, em relação ao contrato de trabalho do reclamante mantido com a empresa denunciada. O deferimento da denunciação da lide nesses casos se dá, também, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de garantir o direito de regresso, por parte da denunciante. Recurso a que se dá provimento. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região) Turma Recursal de Juiz de Fora. Processo n. 0000998-69.2010.5.03.0143 RO. EMENTA: DENUNCIAÇÃO DA LIDE - CONDENAÇÃO QUE IMPLICA PREJUÍZO A TERCEIROS - CABIMENTO. Rel. Juiz Convocado Luiz Antônio de Paula Iennaco. DEJT, 17 nov. 2011. *Boletim de Legislação e Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, out./dez. 2003, p. 492. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/boletim/bol411.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2012).

[13] Nesse sentido é a lição de Leite (2005): "Ora, a competência da Justiça do Trabalho, desenhada no art. 114 da CF/88, com nova redação dada pela EC n. 45/2004, concerne apenas às lides entre empregado e empregador (relação de emprego) ou entre trabalhador e tomador de seu serviço (relação de trabalho), inexistindo previsão na CF ou lei para a Justiça do Trabalho processar e julgar as ações entre os tomadores de serviço" (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 7. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 326).

[14] Art. 5º, inciso LIII, da CR/88 – "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LIII).

Uma vez incabível a denunciação da lide nas demandas trabalhistas para a discussão e responsabilidade de garantias estipuladas em contrato, e impossibilitado o direito de regresso (leia-se, a possibilidade de recomposição dos prejuízos que vier a sofrer com a derrota na demanda jurídica, na própria sentença trabalhista), cabe ao interessado manejar, *por via de regra*, o instituto denominado "ação regressiva".

A fundamentação da ação regressiva repousa na redação do art. 934 do Código Civil (CC)[15], que garante a todo aquele que ressarciu dano causado por outrem a possibilidade de reaver do real responsável pela obrigação os valores efetivamente pagos. Para provocar a jurisdição, o interessado deverá manejar a ação, *in casu*, uma ação cível, nos moldes descritos pelo art. 282 do CPC[16], e aguardar todos os procedimentos prescritos no código de processo civil. Os custos, e porque não o risco de uma sucumbência na discussão cível, podem ser fatores prejudiciais à segurança, celeridade e eficiência tão desejadas quando da constituição do contrato.

Independentemente dos ônus processuais citados, ainda assim, tem-se que a ação regressiva é um instrumento válido para fins de ressarcimento das quantias depreendidas no caso enfrentado, mas, como apresentado na introdução, as relações empresariais, além da segurança jurídica, almejam a celeridade dos negócios, incluindo na idéia de celeridade, a *pronta execução das cláusulas contratuais dispostas na avença.*

Pois bem, se a denunciação da lide, nos casos de discussão contratual não é cabível junto à Justiça do Trabalho, devendo o prejudicado ingressar com ação cível, submetendo-se, dessa feita, aos procedimentos ordinários do processo civil, qual a melhor solução jurídica para o contrato? Qual a melhor redação contratual para fins de assegurar ao contratante dos serviços, o seu direito ao ressarcimento em caso de pagamentos junto à Justiça do Trabalho que não são de sua responsabilidade?

O item 5 tem por objetivo responder essa pergunta.

[15] Art. 934 do CC. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz (BRASIL, 2002, art. 934).

[16] Art. 282 do CPC. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; 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 (BRASIL, 1973, art. 282).

5. DO TÍTULO EXECUTIVO – DA INSTRUMENTALIDADE DA CLÁUSULA ASSECURATÓRIA *INTER PARTES*

Não é objeto deste tema a discussão e análise da evolução do direito contratual, pois o importante é trazer o conceito leigo e legal do *contrato*[17]. Nesse diapasão, o contrato é conceituado como um acordo, uma união de vontades, por meio do qual as partes envolvidas pretendem adquirir, resguardar, modificar, transferir e/ou extinguir direitos[18]. Claro que essa liberdade de contratação possui limitações legais[19], não podendo os envolvidos estipularem condições e objetos ilegais. Neste contexto, *tem-se como plenamente válidas as disposições que visam assegurar direitos em caso de prejuízos ocasionados pela parte contratada ofensora (cláusulas assecuratórias).* A cláusula assecuratória (responsabilização da empresa contratada de ressarcir a contratante, em casos de pagamentos advindos de condenação da Justiça do Trabalho, por reclamatórias ajuizadas por seus funcionários) não é ilícita e está em consonância com os princípios de direito vigentes.

Sendo, conforme acima demonstrado, lícita, a redação da cláusula assecuratória deve servir de instrumento para a exigência da obrigação contraída, não se permitindo margens para discussão, de forma oposta do que ocorreria no trâmite de uma ação regressiva, por se tratar de uma ação de conhecimento. Razão pela qual, a cláusula assecuratória deve reproduzir no caso concreto (contrato) as lições que a lei processual civil nos oferta.

Assim sendo, o art. 585, inciso II, do CPC[20] claramente prescreve que o documento particular (contrato) assinado pelo devedor (parte do contrato) e por duas testemunhas é

[17] Art. 104 do CC. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002, art. 104). O contrato é, antes de tudo, um negócio jurídico.

[18] Na definição de Ulpiano contrato *"est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus",* que em vernáculo significa *"o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto*" (MIRANDA, Bernadete Maria. Teoria geral dos contratos. *Revista Virtual Direito Brasil,* v. 2, n. 2. 2008, p. 02).

[19] Art. 421 do CC. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (BRASIL, 2002, art. 421).

[20] Art. 585 do CPC. São títulos executivos extrajudiciais:
[...]
II – [...] a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; *o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas;* [...] (BRASIL, 1973, art. 585, grifo próprio).

título executivo extrajudicial[21]. Em outras linhas, o contrato adequado às normas legais aplicáveis opera plenos direitos quando da necessidade de seu cumprimento forçado; as obrigações pactuadas adquirem característica de *transcendência*, ou seja, é possível fazer cumprir qualquer cláusula contratual, sem que as partes tenham necessariamente que rescindir o contrato. O exemplo disso é a *cláusula penal* (arts. 408 e seguintes do CC)[22].

Neste desiderato, criada a obrigação por meio de contrato (leia-se título executivo extrajudicial), suas cláusulas podem ser executadas, evitando uma ação regressiva (conhecimento), indo o interessado ao encontro de um caminho mais curto e eficaz para fins de ressarcimento. Porém, não basta a confecção do contrato, mister que as cláusulas, ora constantes no instrumento particular, *para que sejam executadas,* tenham a sua redação contratual em estrita consonância com o dispositivo do art. 580 do CPC[23].

Em outras linhas, verifica-se que toda obrigação contratual, para ser executada por um juízo, deve ser *certa, líquida e exigível*[24], respeitando o devido processo legal[25]. A redação da cláusula contratual não pode deixar dúvidas quanto aos requisitos acima e legalmente elencados. Para fins de entendimentos, tem-se, portanto, que no tocante à *certeza* da obrigação, constata-se que a lei não busca a certeza do título, mas sim do crédito devido, ou seja, não deve haver controvérsia sobre a sua existência. A partir da análise feita, *o título judicial trabalhista (sentença/acórdão),* ou na melhor técnica, a coisa julgada definitiva, preenche o requisito da certeza, não havendo mais espaço para discussão.

[21] O título executivo é, portanto, um ato jurídico a que a lei atribui eficácia executiva "[...] tornando adequada a utilização da via executiva como forma de fazer atuar a responsabilidade patrimonial" (CÂMARA, Freitas Alexandre. *Lições de direito processual civil.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 175).

[22] Art. 408 do CC. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora (BRASIL, 2002, art. 408).

[23] Art. 580 do CPC. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo (BRASIL, 1973, art. 580).

[24] Esses requisitos indispensáveis para reconhecer-se ao título a força executiva legal, são definidos por Carnelutti nos seguintes termos: do direito do credor "é certo quando o título não deixa dúvida em torno de sua existênci; liquido quando o título não deixa dúvida em trono de seu objeto; exigível quando não deixa dúvida em torno de sua atualidade" (...) ocorre a certeza em trono de um crédito quando, em face do título, não há controvérsia sobre sua existência (na); a liquidez, quando é determinada a importância da prestação (quantum); e a exigibilidade, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações. A certeza da obrigação, atestada pelo título, (...) decorre normalmente de perfeição normal em face da lei que o instituiu e da ausência de reservas à plena eficácia do crédito nele documentado (...) *"A simples leitura do escrito – na lição de Amilcar de Castro – deve pôr o juiz em condições de saber quem seja o credor, quem seja o devedor, qual seja o bem devido e quando ele seja devido"* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência, 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2, p. 140-141, grifo próprio).

[25] Art. 5º, inciso LIV, da CR/88 – "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LIV). O tema é tratado pelo CPC, em seu artigo 566 e seguintes.

No que diz respeito à *liquidez da obrigação,* não se verificam maiores problemas, uma vez que a justiça especializada homologará os cálculos apresentados e com isso será definido (leia-se, será liquidado) o valor devido. Abrindo apenas uns parênteses nesse tópico, é muito comum junto à justiça especializada a participação de peritos para apurar e liquidar o direito do reclamante, mas o ato de homologar (aprovar, confirmar oficialmente, juridicamente) os cálculos apresentados encerra a questão da liquidez do direito do reclamante.

Passada a certeza e a liquidez, fica pendente a análise da *exigibilidade.* É neste aspecto, a exigibilidade do pagamento da obrigação contratual, que o presente trabalho requer a devida atenção. Ou seja, em que momento a obrigação torna-se exigível? O processo trabalhista, assim como qualquer outro processo legal, possui vários procedimentos, seria exigível a cláusula quando da homologação dos cálculos? Quando do depósito? Qual depósito? O Recursal? O Residual? A cobrança pode se dar antes da coisa julgada? E havendo reversão do julgado? Inúmeras são as questões que envolvem a exigibilidade da obrigação.

Conforme é legalmente constatado, no procedimento de execução, ao magistrado não cabe analisar os elementos que circundam o contrato, mas sim abstrair do título executivo todos os requisitos que a lei exige, razão pela qual, é novamente na técnica contratual, através do art. 394 do CC[26] que as questões acima são resolvidas.

A redação contratual deverá pormenorizar estas situações, trazendo a exegese do art. 394 do CC para o contrato, constituindo, dessa forma, *um verdadeiro título extrajudicial "inter partes". "Inter partes",* uma vez que as partes envolvidas no contrato poderão dirimir os documentos/termos que darão às cláusulas assecuratórias a devida natureza executória. No momento em que a redação contratual da cláusula assecuratória estabelecer a certeza, a liquidez e a exigibilidade da obrigação, essa operará plenos direitos, obtendo a sua transcendência do negócio jurídico firmado.

Nessa linha de ideias, temos que a cláusula assecuratória, relativa aos créditos trabalhistas, pode assim ser redigida:

> DAS GARANTIAS TRABALHISTAS
> Caso a CONTRATANTE seja CONDENADA na JUSTIÇA DO TRABALHO, por qualquer valor e a que título for, em

[26] Art. 394 do CC. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer (BRASIL, 2002, art. 394).

> razão de reclamações ajuizadas por funcionários da CONTRATADA, a CONTRATADA irá ressarcir todos os valores depreendidos.
> Para fins de pagamento será adotado o seguinte procedimento:
> A CONTRATANTE ENVIARÁ à CONTRATADA, através de CARTA REGISTRADA, seguindo os moldes descritos no CONTRATO acerca das NOTIFICAÇÕES (CLÁUSULA XX) os seguintes documentos:
> *1 – DECISÃO JUDICIAL*
> *2 – DECISÃO QUE HOMOLOGA OS CÁLCULOS*
> *3 – CÓPIAS DOS COMPROVANTES DE PAGAMENTOS, INCLUINDO CUSTAS, DESPESAS PROCESSUAIS, DESPESAS COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, DESPESAS COM PERITOS, etc*
> *4 – INTIMAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO DEFERINDO PRAZO PARA PAGAMENTO, ARTIGO 880 DA CLT*
> Após o recebimento dos documentos acima, a CONTRATADA *terá prazo de 02 (dois) dias úteis para realizar o depósito judicial, protocolizando o mesmo junto à justiça do trabalho. Caso a CONTRADA, no prazo acima não promova o regular e devido depósito junto à justiça do trabalho, tendo a CONTRATANTE que arcar com o depósito,* sem prejuízo das disposições legais e contratuais, será aplicada multa de 10 % (dez por cento) no valor discriminado à CONTRATADA.

Óbvio que o modelo acima é apenas uma possibilidade que a prática e o caso concreto irão aperfeiçoar (adota-se entendimento segundo o qual um anexo pormenorizando as condições cumprirá bem os objetivos aqui apresentados); a questão colocada é *a instrumentalização da garantia* nos moldes do art. 580 do CPC, já que a obrigação contraída, através da cláusula assecuratória, é *certa* (coisa julgada material), *líquida* (homologação dos cálculos – comprovante dos pagamentos) *e exigível,* pois a notificação constituiria de pleno direito a mora da empresa contratada para cumprir a obrigação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A impossibilidade de denunciação da lide junto à Justiça do Trabalho para fins de direito de regresso das cláusulas assecuratórias, coloca a redação contratual no papel de protagonista nas relações empresariais. A redação deve preencher os requisitos traçados

pela legislação (certeza, liquidez e exigibilidade), pois sua simples menção no contrato não induz ao pronto ressarcimento das quantias desembolsadas, a favor dos reclamantes.

Uma vez preenchido os requisitos legais (arts. 580 e 586 do CPC), a cláusula assecuratória adquire transcendência, podendo ser executada, evitando-se assim o caminho de uma ação cognitiva ordinária (no caso regressiva), trazendo às partes contratantes a eficiência e segurança que tanto almejavam quando da constituição do acordo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código Civil; Código de Processo Civil; Código Comercial; Legislação Civil; Processual civil e Empresarial; Constituição Federal*. Organização Yussef Said Cahali. 11. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.099.439 – RS (2008/0228520-6). EMENTA: Recurso Especial. Processual Civil. Denunciação da lide oferecida pelo réu. Inteligência do art. 71 do CPC. Oferecimento após a contestação e o prosseguimento da marcha processual. Impossibilidade. Recurso especial provido. Min. Rel. Massami Uyeda. Brasília, 19 mar. 2009. *DJ-eletrônico*, Brasília, 04 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Segunda Turma. Recurso de Revista nº 652004820055120032 (365200-48.2005.5.12.0032) RECURSO DE REVISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. OFENSA AO ARTIGO 70 DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. Rel. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 24 ago. 2011. *DEJT*, Brasília, 09 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma. AIRR nº 43200-43.2006.5.02.0074. DENUNCIAÇÃO À LIDE. Min. Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 09 mai. 2012. *DEJT*, Brasília, 11 mai. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. Recurso de Revista nº 86200-50.2007.5.03.0068. RECURSO DE REVISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Min. Rel. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 05 jun. 2012. *DEJT*, Brasília, 15 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Oitava Turma. Recurso de Revista nº 931-92.2010.5.03.0050. RECURSO DE REVISTA. 1. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Precedentes. Rel. Ministra Dora Maria da Costa, 06 jun. 2012. *DEJT*, Brasília, 08 jun. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, tomo 1.

CÂMARA, Freitas Alexandre. *Lições de direito processual civil.* 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

CÂMARA, Freitas Alexandre. *Lições de direito processual civil.* 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2.

FIÚZA, César. *Direito civil:* curso completo. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FLAKS, Milton. *Denunciação da lide.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

IMHOFF, Márcia Moraes; MORTARI, Aline Perico. Terceirização, vantagens e desvantagens para as empresas. *Revista eletrônica de contabilidade*, jul. 2005. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIInEspecial/a06vIInesp.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. *Código civil interpretado:* artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2006.

MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHART, Cruz Sérgio. *Manual do processo de conhecimento.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Turma Recursal de Juiz de Fora. Processo nº 0000998-69.2010.5.03.0143 RO. EMENTA: DENUNCIAÇÃO DA LIDE - CONDENAÇÃO QUE IMPLICA PREJUÍZO A TERCEIROS - CABIMENTO. Rel. Juiz Convocado Luiz Antônio de Paula Iennaco. *DEJT*, Brasília, 17 nov. 2011. *Boletim de Legislação e Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, out./dez. 2003, p. 492.

MIRANDA, Bernadete Maria. Teoria geral dos contratos. *Revista Virtual Direito Brasil,* v. 2, n. 2. 2008. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEIXOTO, Bolívar Viegas. *Iniciação ao processo individual do trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODOLFO FILHO, Pamplona; GIACOMO, Salinas Fernanda. A aplicabilidade da denunciação da lide no processo do trabalho. *A aplicabilidade da denunciação da lide no Processo do Trabalho*, 2005. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/3elz/a-aplicabilidade-da-denunciacao-da-lide-no-processo-do-trabalho-rodolfo-pamplona-filho-fernanda-salinas-di-giacomo#ixzz22IlJ5ew1>. Acesso em: 25 ago. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência, 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2.

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

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ASPECTOS GERAIS

Carla da Silva Mariquito
Mestranda em Direito Processual na UERJ.
Advogada.

Resumo: O estudo analisa os aspectos gerais do Compromisso de Ajustamento de Conduta, sua origem, objeto e legitimados, assim como as principais polêmicas sobre o tema, que envolvem a indisponibilidade dos interesses transindividuais, a natureza jurídica do instituto e o controle judicial do termo celebrado. Além de trazer as considerações da doutrina especializada.

Abstract: The study analyzes analyze the general aspects of Conduct Adjustment Agreement, its origin, object and legitimacy. It is a thorough examination of the main discussions about the subject as far as the unavailability of collective rights and judicial control of the institute. Besides, it aims at bringing the reasoning of specialized doctrine.

Palavras-chave: "Compromisso de Ajustamento de Conduta". Natureza Jurídica. Indisponibilidade. Interesses Transindividuais.

Key words: Conduct Adjustment Agreement. Legal Status. Unavailable. Collective Interests.

Sumário: 1. Origem e previsão legal. 2. Legitimados. 3. Objeto e forma. 4. Indisponibilidade dos interesses transindividuais. 5. Natureza jurídica. 5.1. Natureza de transação. 5.2. Natureza de negócio jurídico. 5.3. Natureza de reconhecimento jurídico do pedido. 5.4. A contribuição de Eduardo dos Santos Carvalho. 6. Controle judicial do compromisso de ajustamento de conduta. 7. Referências Bibliográficas.

1. ORIGEM E PREVISÃO LEGAL

Conhecido no meio forense como *Termo de Ajustamento de Conduta*, o Compromisso de Ajustamento de Conduta é essencialmente brasileiro, sem correspondente nos ordenamentos internacionais[1]. Possui como marco legislativo a lei 8.069/90, conhecida

[1] 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.

como Estatuto da Criança e do Adolescente, posteriormente reafirmado pela lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Hugo Nigro Mazzilli[2] ensina que o surgimento do Compromisso de Ajustamento de Conduta no ordenamento jurídico brasileiro está intrinsecamente relacionado à atuação do Ministério Público Estadual de São Paulo, especialmente ao exercício de seu mister de atendimento ao público.

Especialmente em comarcas do interior de São Paulo, questões criminais, de família, de vizinhança eram submetidas ao crivo do Ministério Público, informalmente, para aconselhamento, orientação, admoestação, entre outros.

Aproveitando a credibilidade da atuação do *Parquet*, era possível observar, antes da década de 90, a intenção de conceder ao Ministério Público o poder de homologar acordos extrajudiciais. Destaque-se que desde 1970 a rescisão do contrato de trabalho era assistida e homologada pelo Ministério Público onde não houvesse órgãos próprios. Assim é o artigo 477 da CLT:

> É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direto de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

Ainda neste sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, LC nº 304/82, previa no artigo 41, III a atribuição do antigo curador de ausentes e incapazes, hoje conhecido como promotor de justiça cível, para homologar acordos extrajudiciais quando houvesse interesse de incapazes. No entanto, discutiu-se a inconstitucionalidade da referida lei, sendo certo que a Lei Orgânica do Ministério Público não poderia criar títulos executivos, assim como os interesses de incapazes não poderiam ser objeto de transação, tendo em vista sua indisponibilidade.

Acreditando na capacidade pacificadora do Ministério Público, a Lei Federal 7.244/84, que tratava dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, refletiu forte clamor social e previu a possibilidade de o *Parquet* homologar acordos celebrados entre partes capazes, ainda que não tratassem de rescisão trabalhista.

[2] 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**. [Coord.] Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243

Assim, os acordos celebrados perante o Ministério Público passaram a ter força de título executivo extrajudicial[3], capazes de ensejar execução forçada, conforme previsto no parágrafo único do artigo 55 da lei 7.244/84: "valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público".

Na sequência foram editadas as leis 8.069/90 e 8.078/90, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. O artigo 211 do ECA estabelece que "*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*". O artigo 113 do CDC incluiu o §6º ao artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública nº 7.347/85, que assim dispõe: "*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*".

Em 1994 o artigo 585, II do CPC, alterado pela lei 8953/94, consagrou o reconhecimento de título executivo extrajudicial aos acordos celebrados perante o Ministério Público com a seguinte redação, acrescida pela lei 8.953/94: "São títulos executivos extrajudiciais a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; *o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público*, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores".

Em 1995 a lei 7.244/84 foi revogada pela lei 9.099/95, que em seu artigo 57 manteve a *mens legis* disposta no artigo 55 daquela lei intacta. Outros diplomas legais, tais como o artigo 53 da Lei Antitruste nº 8.884/94, que prevê o compromisso de cessação de atividade anticoncorrencial; artigo 79-A da Lei 9.605/98, que prevê o compromisso de

[3] STJ - REsp nº 840.507/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009: [...] 4. A orientação consolidada deste Tribunal Superior reconhece que o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85 constitui título executivo extrajudicial. 5. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 327.023/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 23.5.2006; REsp 443.407/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.4.2006; REsp 440.205/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13.6.2005. 6. Assim, é manifesta a conclusão no sentido de que o compromisso de ajustamento de conduta como espécie de título executivo extrajudicial exige, para o reconhecimento de sua validade, a presença de requisitos, entre os quais a expressa manifestação de vontade do órgão público que formalizou o compromisso que fica exteriorizado pela assinatura do compromitente. Portanto, a ausência de assinatura do representante do Ministério Público que formalizou o termo de ajustamento de conduta constitui requisito formal indispensável que afasta a natureza executiva do referido instrumento.

ajustamento a ser tomado pelos órgãos ambientais, contribuíram para a formação de um microssistema que insere e regula o Compromisso de Ajustamento de Conduta no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, as possibilidades que os artigos acima apresentam, o presente estudo restringe-se ao Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no artigo 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública nº 7.347/85.

2. LEGITIMADOS

O rol de legitimados ativos apresentados no artigo 5º da Lei 7.347/85 para a defesa judicial dos direitos transindividuais é amplo e indicativo da natureza da legitimidade, qual seja, concorrente e disjuntiva. Desta forma, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista, e as associações estão aptas a postular em juízo, isoladamente ou em litisconsórcio voluntário, para a defesa dos interesses transindividuais[4].

Neste aspecto a doutrina especializada não diverge: todos podem propor Ação Civil Pública. Entretanto, nem todos são legitimados para tomar Compromisso de Ajustamento de Conduta. O §6º, do artigo 5º da Lei 7.347/85 dispõe que os **órgãos públicos** legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Geisa de Assis Rodrigues[5] ensina, com propriedade, que a norma em comento confere legitimidade apenas aos órgãos públicos para celebrar o ajustamento de conduta em razão da natureza dos direitos envolvidos, que combinada com maior margem de insegurança presente na solução extrajudicial de conflitos, justifica a cautela do legislador para estabelecer os legitimados para a celebração do CAC.

Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli "*não são todos os legitimados à ação civil pública ou coletiva que podem tomar compromisso de ajustamento, mas só aqueles que*

[4] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos.* In.: Temas de Direito Processual, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-221.
[5] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 160

somam à sua condição de legitimados ativos ao processo coletivo a condição de órgãos públicos.[6]"

As associações, portanto, não podem propor a solução consensual dos conflitos que envolvam interesses transindividuais, por meio da celebração de CAC, pois a expressão órgão públicos não as inclui em seu conceito[7]. Órgãos públicos, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello são as unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado, em síntese, os órgãos são simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não tem personalidade jurídica[8].

Geisa de Assis Rodrigues destaca que a Lei de Ação Civil Pública ampliou o significado de órgão público concedendo aos que não tenham personalidade jurídica, mas sejam detentores de personalidade moral, legitimidade para celebrar o ajuste. Afirma que a lei, ao ampliar o significado de órgãos públicos, pretendia enfatizar as atribuições públicas daquele que poderá promover a tutela extrajudicial dos interesses transindividuais[9].

Considerando o entendimento de que a lei prestigiou as atribuições públicas dos legitimados para celebrar CAC, destaca-se que as pessoas jurídicas de direito privado que integram a administração pública indireta, tais como as sociedades de economia mista e empresas públicas, desde que sejam *prestadoras de serviços públicos*[10], estão aptas a propor o compromisso.

---

[6] 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**. [Coord.] Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243.

[7] O seguinte acórdão do STJ reflete o entendimento sobre a legitimidade dos órgãos públicos sedimentado pela doutrina: REsp 1020009/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012. ADMINISTRATIVO E DIREITO ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AJUIZADA POR SINDICATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, 6º E 13 DA LEI 7.347/85. 1. A controvérsia cinge-se em saber se os Sindicatos são legitimados a ajuizar ação de execução referente a Termo de Ajustamento de Conduta, tomado pelo Ministério Público, alegadamente não cumprido. 2. Se **apenas os legitimados ao ajuizamento da ação civil pública que detenham condição de órgão público podem tomar das partes termos de ajustamento de conduta** (arts. 5º e 6º da Lei 7.347/85), não há como se chegar a outra conclusão que não a que somente esses órgãos poderão executar o referido termo, em caso de descumprimento do nele avençado. 3. Assim, **não há como admitir a legitimidade do Sindicato** em requerer a execução de compromisso de ajustamento de conduta, ainda que signatário, tendo em vista que não possui competência para firmá-lo. [...] 6. Recurso especial não provido.

[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2.010, p. 140.

[9] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 162.

[10] Idem, p. 163. Cfr.: Nesse ponto, alteramos nosso entendimento anterior que nunca admitia a legitimidade das sociedades de economia mista e as empresas públicas para tomarem o compromisso de ajustamento de conduta. Na verdade, também para efeitos de celebração de ajustamento de conduta, vale a distinção entre sociedades de economia mista e as empresas públicas prestadoras de serviço público e as exploradoras de

Quanto à legitimidade, conclui-se com plena convicção que o Ministério Público, a União, o Estado, e os Municípios; as autarquias, fundações públicas, assim como as agências executivas e reguladoras; os órgãos públicos, ainda que despersonalizados; as sociedades de economia mista e empresas públicas, desde que prestadoras de serviço público, todos, estão aptos a celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Entretanto, é necessário que a legitimidade ativa seja cumulada pela relação de **pertinência temática entre o conteúdo do ajuste e as atribuições do ente público que irá toma-lo**. Em outras palavras, o CADE só poderá firmar ajustes em sua área de atuação, assim como o PROCON, e o IBAMA. Utilizando, por empréstimo, exemplo criado pelo Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, em aula ministrada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, não poderá o Instituto Nacional da Propriedade Industrial firmar ajuste de conduta para proteger interesses transindividuais violados pela construção de uma ciclovia na Barra da Tijuca, bairro do Município do Rio de Janeiro.

Entre o rol de legitimados para a propositura de Ação Civil Pública e os legitimados para celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta não há relação de identidade, estes devem estar incluídos no conceito ampliado de órgão público e possuírem relação de pertinência temática com o conteúdo do ajuste. Devendo o Ministério Público observar o limite de suas atribuições.

Por fim, as pessoas naturais; pessoas jurídicas de direito privado e as de direito público; os órgãos públicos, ainda que despersonalizados; e as pessoas morais, como condomínio e a massa falida, podem ter suas condutas ajustadas à lei, podem ser compromissários. Isto porque podem praticar condutas ofensivas aos interesses transindividuais. *O compromissário será o responsável pela prevenção do ilícito ou pela reparação do dano. A regra de direito material é que define os responsáveis pela adequação da conduta*[11].

3. OBJETO E FORMA

Importante destacar que o Compromisso de Ajustamento de Conduta cinge-se a possibilidade de reparação ou prevenção de danos causados a direitos transindividuais por

atividade econômica. As prestadoras de serviço podem ter, entre suas atividades, a celebração de ajustamento de conduta, sendo que as exploradoras de domínio econômico não poderiam ter essa atribuição.

[11] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 175.

ação ou omissão específica. O compromissário, como dito, é o responsável pelo dano, responsabilidade implicitamente reconhecida na celebração do CAC.

Sabendo-se que o CAC não versa sobre responsabilização penal ou administrativa, e ciente da autonomia das esferas de responsabilidade, a celebração do ajuste não afasta qualquer uma destas esferas. Assim, o principal objeto do CAC, segundo Geisa de Assis Rodrigues, é a conformação das condutas às exigências legais para proteção dos interesses transindividuais, conforme expõe:

> Os valores que o ajuste de conduta objetiva promover, como a adequação da solução negociada, a prevenção de danos, a celeridade e economicidade do mecanismo e tantos outros já mencionados, devem incidir sobre a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos[12].

O objeto do CAC pode versar sobre qualquer obrigação de fazer ou não fazer, bem como a condenação em dinheiro, no zelo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui, basicamente, a proteção a danos efetivos ou potenciais aos interesses transindividuais.

Quanto à exigência de forma que condicione a validade do compromisso, relembramos que o CAC, como ato administrativo, submete-se à observância da Lei 9.784/99, artigo 22, que assim dispõe: "Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir".

Pode-se afirmar que a celebração do CAC é ato informal, a exemplo dos atos administrativos em geral. Porém, os ajustes firmados pelo Sistema Nacional de Meio Ambiente, e o compromisso de cessação de atividade anticoncorrencial, disciplinados respectivamente pelas leis 9.605/98 e 8.884/94, possuem sua forma pré-determinada em tais leis, excepcionalmente.

A Lei 9.784/99, em seu artigo 21, §1º, determina que "os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com data e local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável". Observa-se que, apesar da informalidade que rege a elaboração dos ajustes de conduta, os termos devem ser escritos em vernáculo.

É essencial que não restem dúvidas quanto a natureza do ajuste, o teor de suas cláusulas, a certeza de sua existência, do acerto realizado entre as partes, bem como da

[12] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 192.

determinação e liquidez das obrigações assumidas. De certo, deve estar o termo apto a constituir título executivo extrajudicial.

Preciso é o ensinamento de Geisa de Assis Rodrigues quanto aos requisitos formais que devem integrar a essência do termo:

> Em suma, reputamos que o compromisso de ajuste de conduta deve ser reduzido a termo, e, portanto é de sua essência formal a sua natureza escrita. Sendo um ato do Poder público sobre direito que pertence a toda uma massa de pessoas, deve indispensavelmente conter uma justificação, ainda que concisa, sobre os motivos que recomendam a celebração do ajuste. Somente devem estar necessariamente previstas no termo de ajuste a identificação das partes signatárias, o compromisso expresso do atendimento das cláusulas do ajuste, as cláusulas que definem a obrigação redigidas de forma clara, de modo que exsurjam cristalinas a sua certeza e liquidez, e o prazo de cumprimento das obrigações expresso ou vinculado à vigência do ajuste.
> Não existem, a nosso ver, outros requisitos formais que integrem a essência do ajuste. Todavia, é recomendável que contenham a previsão de medidas coercitivas para se obter o cumprimento das obrigações e o reajuste de valores no caso de existência de cláusula indenizatória. Pode o termo, outrossim, conter a previsão de foro, desde que seja coincidente com a sistemática vigente para se definir o foro competente da ação civil pública[13].

4. INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

É essencial discutir com mais vagar o paradoxo entre a "liberdade de negociação" e "indisponibilidade dos interesses transindividuais".

A atual e predominante concepção sobre o princípio da indisponibilidade aplicado ao ajuste de conduta, possui dois pontos centrais: *i)* o objeto do CAC deve contemplar todas as obrigações que haveriam de ser objeto de pedido em Ação Civil Pública; e *ii)* a liberdade de negociação deve ser restrita aos aspectos acessórios das obrigações, tais como

[13] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 196.

modo, tempo e lugar. Isto porque o legitimado não pode fazer concessões sobre direitos que não possui a titularidade, sendo esta afeta à coletividade.

Neste sentido é a posição de autores como Fernando Akaoui e Fernando Grella Vieira, respectivamente transcritas:

> [...] em sede de compromisso de ajustamento de conduta, o Ministério Público e os órgãos públicos que possuem legitimação para obtê-los possuem um poder/dever no sentido de, nele, abarcar todos os pedidos que seriam lícitos de serem feitos em ação civil pública[14].
>
> A mesma pretensão que seria objeto do pedido na ação civil pública deverá estar contemplada no compromisso, não podendo, em nada, ser restringida. [...] Resguarda-se, desse modo, a indisponibilidade do interesse tutelado. A esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável, isto é, ao modo, tempo, lugar[15].

Observa-se que neste confronto entre "liberdade de negociação" e "indisponibilidade dos interesses transindividuais", aquela foi reduzida à possibilidade de negociação das condições de tempo, modo e lugar da obrigação, o que conduz ao entendimento, justificado pela indisponibilidade dos interesses transindividuais, de que o CAC deve proporcionar a obtenção extrajudicial de tudo aquilo que fosse possível obter pela tutela judicial.

Pode-se afirmar, com fundamento neste princípio, que aqueles que o invocam para limitar a liberdade de negociação na celebração do CAC, o fazem alegadamente por ser vedado ao representante da coletividade dispor de interesses titularizados pelo grupo.

Afirma, Eduardo Santos de Carvalho[16] que este entendimento faz-nos concluir que a minuta do CAC deve corresponder à petição inicial da Ação Civil Pública que poderia ser utilizada para a tutela judicial dos interesses. Assim, aquele que seria demandado em Ação Civil Pública possui apenas a liberdade de aceitar ou não os termos

[14] Fernando Akaoui *apud* CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais.** 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005, p. 172.

[15] Fernando Grella Vieira *apud* CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais.** 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005, p. 172.

[16] CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais.** 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005, p. 147.

do Compromisso, sem qualquer margem para apresentação de "contrapropostas", exceto no que diz respeito os aspectos acessórios da obrigação principal.

O autor critica a eliminação da possibilidade de negociação quanto a obrigação principal regulada no CAC, o que, em sua concepção, comprometeria a viabilidade prática do ajuste, esvaziando-o de sua utilidade prática, motivo pelo qual propõe o seguinte:

> Diversamente da tese tradicionalmente predominante, que vincula o princípio da indisponibilidade aos pedidos da ação civil pública (concentrando-se, portanto, nas posições das partes), o presente trabalho propõe que uma visão finalística e orientada para resultados haveria de estar voltada para a satisfação dos interesses transindividuais amparados pelo ordenamento jurídico, subjacentes aos referidos pedidos.
> Sob essa perspectiva, a adequação do compromisso de ajustamento de conduta não decorre da conformidade das obrigações contempladas no termo de ajuste com as prestações que poderiam ser objeto de pedido na ação civil pública, mas sim de sua aptidão para produzir resultados equivalentes ou superiores aos que provavelmente seriam obtidos pela via litigiosa, no contexto de um justo julgamento.
> Em outras palavras: o princípio da indisponibilidade não se caracteriza no dever de demandar todos os pedidos hipoteticamente cabíveis, mas sim no dever de oferecer tutela mais efetiva possível aos interesses transindividuais em jogo[17].

Em pese a crítica oportuna de Eduardo Santos de Carvalho, prevalece o entendimento a seguir defendido por Geisa de Assis Rodrigues:

> Basicamente o regime peculiar da solução extrajudicial dos conflitos envolvendo direitos transindividuais pode se resumir a duas regras que devem necessariamente ser observadas, sendo a primeira relacionada à ausência de renúncia e de concessão do direito em jogo, e a segunda no sentido da observância de um sistema que garanta que a vontade manifestada coincida com os interesses dos titulares do direito, seja através da consulta efetiva

[17] CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais.** 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005, p. 233.

> dos interessados, seja através da presunção de que órgãos públicos poderão adequadamente representar os direitos da coletividade[18].

5. NATUREZA JURÍDICA

A análise da natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta aflora profunda divergência entre os estudiosos do assunto. Os posicionamentos que se destacam podem ser divididos em três grupos: o primeiro afirma que o CAC é uma transação; o segundo defende que o CAC é um negócio jurídico; e o terceiro grupo tenta demonstrar que o CAC é um ato jurídico de reconhecimento do pedido.

5.1. Natureza de Transação

Dentre o grupo de estudiosos que defendem a natureza de transação do CAC estão Hugo Nigro Mazzili, Rodolfo de Camargo Mancuso, Édis Milaré, Nelson Nery Júnior e Paulo de Bessa Antunes.

É unânime, entre os que defendem a natureza de transação do ajuste de conduta, o entendimento de que a esfera de transigência envolvendo os interesses transindividuais é restrita. A típica realização de concessões mútuas da transação jamais poderá versar sobre o próprio cerne do direito, mas somente sobre as condições de tempo, lugar e modo.

Apenas a esfera acidental do exercício dos direitos transindividuais pode ser transigida. Entretanto, esta restrita esfera de transigência visualizada no CAC não desnatura a transação que representa, pois o permissivo legal do ajuste de conduta, admitiu a realização de transação, ainda que restrita. Humberto Dalla faz a seguinte ponderação:

> A par do forte argumento apresentado pela doutrina, conforme demonstrado, no sentido da impossibilidade de transacionar-se com os direitos metaindividuais em virtude de sua indisponibilidade, parece-nos que esta vedação precisa ser temperada.
> Como é cediço, o artigo 841 do Código Civil dispõe que somente direitos patrimoniais estão sujeitos à transação. Contudo, entendemos que os direitos difusos e coletivos, apesar de não possuírem caráter patrimonial, não podem se subordinar, de forma absoluta, ao disposto em tal preceito

[18] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 59.

> legal. Assim, tal norma deve ser vista com moderação, posto que cindível, na medida em que se permite ao Ministério Público discutir e estabelecer a melhor maneira para que se alcance a defesa do interesse coletivo tutelado. [...]
> Portanto, não nos parece existir qualquer óbice para que haja, quando da realização do compromisso, acordo entre as partes quanto, por exemplo, ao prazo em que devem as obrigações estabelecidas serem cumpridas. O que não pode ocorrer, repita-se mais uma vez, é a prática de transação entre as partes no tocante à essência do direito material controvertido, já que a titularidade deste é conferida à coletividade[19].

O Projeto de Nova Lei de Ação Civil Pública prestigia este posicionamento, considerando o *caput* de seu artigo 49: "O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial".

Posição muito criticada por autores como Geisa de Assis Rodrigues e Alexandre Amaral Gravonski, que não compartilham mesmo entendimento. Aquela autora questiona se o direito positivo teria criado uma exceção à conformação clássica da transação, afirmando, por conseguinte, que seria necessário um exercício de "malabarismo exegético para compatibilizar a indisponibilidade dos direitos transindividuais e sua extrapatrimonialidade com os requisitos da transação, findando praticamente por descaracterizá-lo[20]".

Alexandre Amaral Gravonski, afastando os argumentos que sustentam que a natureza jurídica do ajuste seria de transação, afirma o seguinte:

> Não há, no compromisso de ajustamento de conduta, "concessões mútuas" como previsto na transação (art. 840, CC/2002), mas um acordo sobre a concretização dos direitos e interesses coletivos envolvidos para a definição das condições de cumprimento da obrigação (modo, tempo e lugar). Não se concede parte do direito, como ocorre de ordinário na transação, mas se pactua determinada interpretação (concretização) e determinadas disposições e condições, por meio de acordos em que, como é natural, os envolvidos avançam e cedem em suas posições originais. Ademais, seu objeto não se restringe a direitos patrimoniais

[19] 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. 444. Cfr.: Artigo 841, Código Civil: "*Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação*".
[20] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 147.

> de caráter privado como dispõe o art. 841 do Código Civil acerca da transação[21].

5.2. Natureza de Negócio Jurídico

Dentre aqueles que afirmam que o CAC é um negócio jurídico estão Geisa de Assis Rodrigues e Alexandre Amaral Gravonski. Estes autores defendem que o ajustamento de conduta em sua essência é um negócio jurídico bilateral, considerando que dentre os principais aspectos a serem observados estão a manifestação de vontade, tanto do obrigado como do órgão público que o tomará e a previsão legal dos efeitos que serão produzidos, cujo objeto é o acertamento da conduta do obrigado às exigências legais.

Geisa de Assis Rodrigues, afirma que o "termo de ajustamento de conduta 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[22]".

Alexandre Amaral Gravonski ensina que não é apropriado afirmar que o CAC é uma transação, especialmente se levada a efeito a acepção que o termo recebe no ordenamento jurídico brasileiro, e continua:

> Trata-se de um negócio jurídico bilateral, pois pressupõe a união de vontades do obrigado e do legitimado coletivo de natureza pública. Esse negócio é limitado pela indisponibilidade dos direitos transindividuais por parte dos legitimados coletivos quanto ao seu conteúdo positivado, limitação que não afasta a possibilidade de autocomposição, nem torna esta, necessariamente, uma submissão, como na recomendação[23].

Importante ressaltar o seguinte acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso Especial nº 802.060/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010:

> ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. INQUÉRITO CIVIL. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. ART. 5º, §

[21] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 383.
[22] 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.
[23] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 382.

> 6º, DA LEI 7.347/85. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. COAÇÃO MORAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE COBRANÇA. MULTA MORATÓRIA. HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9º, §§ 2º E 3º DA LEI 7347/85 1. A revogação da manifestação de vontade do compromitente, por ocasião da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC junto ao órgão do Ministério Público, não é objeto de regulação pela Lei 7347/855.
> 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é **imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico.**
> 3. Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: "(...) Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. (...) Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois "centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível (...) (RODRIGUES, Geisa de Assis, Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 198). (Grifamos).

5.3. Natureza de Reconhecimento Jurídico do Pedido

Compondo o terceiro grupo estão José dos Santos Carvalho Filho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que defendem posicionamento tendente a enquadrar o ajuste de conduta como ato jurídico de reconhecimento da violação ou ameaça de violação de um direito transindividual por parte do agente da conduta.

José dos Santos Carvalho Filho defende que o ajustamento de conduta "é um ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva", posto que só haveria vontade efetiva do obrigado. Pois "ao empregar o termo 'tomar o compromisso', o legislador deu certo cunho de impositividade ao órgão público legitimado para tanto" [24].

[24] José dos Santos Carvalho Filho *apud* RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.151.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro[25] aduz:

> Na realidade, o conteúdo do compromisso de ajustamento de conduta está mais próximo do reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir, de um dever jurídico. Não existe tecnicamente uma transação, até porque esta pressupõe concessões mútuas (artigo 1.025 do Código Civil), situação que será impossível em sede de direitos difusos e coletivos, indisponíveis que são. O ajustamento de conduta, como a sua própria expressão gramatical revela, pressupõe necessariamente, que terceiro não esteja cumprindo às exigências legais relativas a sua própria conduta (*lato sensu*) e, portanto, se comprometa a fazê-lo dentro de determinado prazo, sob pena de incidência de uma cominação.

5.4. A contribuição de Eduardo dos Santos Carvalho

Na medida em que o órgão público e o compromissário solucionam a controvérsia pertinente ao interesse transindividual sem submetê-la ao Poder Judiciário para que seja apresenta solução impositiva, há a solução consensual extrajudicial do conflito. É neste contexto que o autor afirma que o CAC configura uma hipótese de autocomposição dos conflitos.

Sob a perspectiva da teoria geral do processo são três a modalidades de autocomposição da lide: a renúncia, através da qual um dos envolvidos renuncia a sua pretensão (artigo 269, V, CPC); a submissão, por meio da qual um dos envolvidos deixa de apresentar resistência à pretensão contrária como, por exemplo, no reconhecimento do pedido; e a transação, na qual o conflito de interesses é solucionado por concessões recíprocas.

O autor inova ao transportar a análise da natureza do CAC para a perspectiva dos interesses subjacentes à pretensão, devendo ser o bem da vida, objeto do interesse transindividual, o critério de distinção entre a transação e a submissão. Apresenta, pois, novos critérios para o enquadramento do compromisso de ajustamento de conduta entre as modalidades de autocomposição.

Descartada a possibilidade de o CAC corresponder à renúncia dos interesses transindividuais, resta averiguar se caracteriza submissão, hipótese de reconhecimento

[25] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro *apud* RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 143.

jurídico do pedido, ou transação. A questão seria de fácil solução caso não existisse a possibilidade de a pretensão deduzida não corresponder ao retrato fiel dos interesses em conflito.

É possível que a delimitação da lide efetuada pela parte não seja capaz de representar o conflito em toda a sua extensão, atendendo, apenas parcialmente, aos interesses tutelados no ordenamento jurídico, a seguir:

> Extrai-se, dessa constatação, a premissa de que o critério para se aferir a ocorrência de "concessões" não haverá de ser buscado na "pretensão" deduzida pelo litigante, mas sim no "interesse" subjacente à lide. Considerando que, como se afirmou anteriormente, todo interesse diz respeito a um bem jurídico (um "bem da vida"), poder-se-ia sustentar que somente haverá "submissão" quando for atribuído ao litigante um "bem da vida" que corresponda precisamente àquele que é objeto de seu interesse.
> Somente após a identificação do interesse transindividual a ser tutelado pelo órgão público legitimado para o compromisso de ajustamento de conduta, em um determinado caso concreto, é que se poderá aferir se o termo de ajuste firmado implicou em "submissão" ou em "transação", conforme seja atribuído, ou não, à coletividade um "bem da vida" que coincida com aquele que é objeto de seu interesse[26].

Por fim o autor destaca que a impossibilidade de atender o interesse em toda a sua extensão não caracteriza, por vezes, uma transação. Assim, abrir mão de pretensões que são impossíveis de serem satisfeitas não caracteriza uma "concessão", mas sim um imperativo de ordem pública.

Segue o exemplo: "imagine-se que o titular de um interesse que manifesta a pretensão de que seu vizinho realize a poda dos galhos de uma árvore que adentra sua propriedade: ainda que o vizinho não se oponha à satisfação da pretensão, o mesmo pode ser impedido de satisfazer tal pretensão, por questões de força maior (por exemplo, proibição imposta pelos órgãos de proteção ambiental)". Para o autor, uma hipótese como esta não representa transação, pois que a não coincidência entre o "bem da vida" objeto do

[26] CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais.** 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005, p.72.

interesse e aquele atribuído em sede de autocomposição, não decorreu de uma concessão, mas sim de uma impossibilidade jurídica[27] Assim conclui o autor:

> Seja qual for o critério, resta claro que a adoção das premissas expostas no curso deste trabalho conduz à conclusão de que, sob a perspectiva do direito processual, o compromisso de ajustamento de conduta corresponde a uma espécie de transação (ainda que limitada por um patamar mínimo de negociação), na medida em que o termo de ajuste poderia produzir resultados inferiores ao cumprimento espontâneo, pleno e integral da pretensão (o que caracterizaria a submissão), assim como poderia atribuir apenas parcialmente o bem da vida objeto do interesse transindividual, desde que os resultados obtidos pela via consensual sejam equivalentes ou superiores aos que seriam obtidos judicialmente. Obviamente, nada impede que a solução pactuada no termo de ajuste represente uma "submissão" plena e espontânea do obrigado, contemplando a satisfação integral do interesse transindividual;[28]

Considerando que a principal utilidade de se indagar a natureza jurídica de um instituto é buscar seu enquadramento legal, o presente estudo busca a referência normativa que regule as diversas situações jurídicas pertinentes ao CAC.

Entretanto, não se deve perder o foco da pesquisa. A natureza jurídica do instituto, como alerta Geisa de Assis Rodrigues, não deve constituir falso dilema, "posto que o que realmente interessa é a prática efetiva do instituto[29]".

6. CONTROLE JUDICIAL DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

São dois os principais posicionamentos doutrinários a respeito da possibilidade de o CAC ser submetido a controle judicial: **um** que entende que o compromisso de ajustamento de conduta configura garantia ou responsabilidade mínima, sendo permitido ao mesmo ou a outro legitimado pleitear em juízo mais do que pactuado e **outro** que sustenta que a existência do compromisso é um óbice a propositura de ação civil pública

[27] Idem, 73.
[28] CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais.** 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005, p. 232.
[29] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 159.

genérica, versando sobre os mesmos fatos, por falta de interesse processual, abaixo expostos:

> Hugo Nigro Mazzili entende que o compromisso de ajustamento de conduta é sempre e tão somente uma garantia ou responsabilidade mínima, pelo que o mesmo ou outro legitimado pode sempre pedir em juízo mais do que pactuado, independentemente do conteúdo do termo. O interesse processual de tal ação civil pública apenas restaria comprometido se existisse exata coincidência entre o pedido e a obrigação assumida.
> Geisa de Assis Rodrigues sustenta que a existência do compromisso é um óbice a propositura de ação civil pública genérica, versando sobre os mesmos fatos, por falta de interesse processual, podendo os colegitimados impugnar o compromisso, que por sua natureza de título executivo extrajudicial, deve ter um mínimo de estabilidade e oferecer a garantia ao compromissário de que se configura uma verdadeira alternativa à jurisdição.

Entendemos que razão assiste a Alexandre Amaral Gravonski, que posiciona-se favoravelmente à segunda corrente teórica tecendo, entretanto, pequenas ponderações e temperamentos.

Gravonski ensina que o CAC ultrapassa os limites de uma mera garantia mínima aos interesses transindividuais, que ao ser celebrado, deverá sempre considerar a solução mais adequada e proporcional para a tutela dos interesses que pretende proteger.

Assim, deve ser revisto judicialmente apenas se forem constatados vícios na formação do compromisso – argumento que decorre da natureza de negócio jurídico que o autor atribui ao CAC –, se contrariar frontalmente a lei ou não observar a regra da proporcionalidade. Destaque-se que a regra da proporcionalidade não será atendida nos casos de as obrigações estabelecidas no CAC não serem adequadas e suficientes, ou se os prazos e condições pactuados forem incompatíveis com a complexidade das medidas que serão implementadas.

O autor pondera que será, irremediavelmente, ônus do legitimado que pretende submeter o CAC à apreciação judicial a demonstração de que o ajuste celebrado incorre em umas hipóteses acima citadas. Segundo seu entendimento não bastaria ao legitimado pleitear em juízo solução jurídica mais ampla ou diversa para o conflito que envolva

interesse transindividual que já foi objeto de CAC. É preciso que se demonstre a incorreção do compromisso celebrado[30].

Na ausência de demonstração concreta e fundamentada da incorreção de algumas das cláusulas ou a invalidade do compromisso que se pretende corrigir judicialmente faltará ao legitimado interesse de agir[31].

> Dessarte, não basta pedir algo diferente do que consta do compromisso para ver assegurado o interesse de agir, devendo o legitimado que pretender discutir a mesma questão em juízo necessariamente questionar a validade ou proporcionalidade da solução nele contemplada (por exemplo, para reduzir o prazo nela fixado, sustentado ser desproporcionalmente dilatado), ou seja, a respectiva correção. O interesse de agir estará, assim, necessariamente condicionado ao questionamento judicial do compromisso, assim como ao enfretamento fundamentado da incorreção da solução nele contemplada e consequente pedido de outra [32].

Aduz, portanto que estas condições importam na concessão de maior segurança jurídica às técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. Não será necessário que o legitimado busque a declaração de invalidade do TAC ou de algumas de suas cláusulas para tornar cabível a discussão judicial do termo.

"*E então nosso temperamento quanto a posição de Geisa Rodrigues*": "*Basta que uma ação civil pública seja ajuizada para corrigir o compromisso[...]. Podendo isso,*

[30] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

[31] **TJRJ - 0102106-52.2011.8.19.0001 -** APELACAO. DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 03/04/2012 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. LEGITIMIDADE ATIVA. ÓRGÃO TÉCNICO COM COMPETÊNCIA PARA ATUAR NA TUTELA DOS CONSUMIDORES. TAC HOMOLOGADO EM DEMANDA COLETIVA AJUIZADA PELO MP. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR. Legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para propositura de ação coletiva em favor dos consumidores. Não prospera a alegação de ilegitimidade da autora, ao argumento de que o rol de legitimados ativos para a propositura de ação civil pública, contido no artigo 5º da Lei 7.347/85, seria taxativo. Além disso, a presente demanda coletiva encontra suporte nos artigos 81 e 82 da Lei 8.078/90, pois como já ressaltado pelo egrégio STJ, a Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro é entidade ou órgão técnico vinculado ao Poder Legislativo Estadual, com competência expressa e específica para atuar na tutela do consumidor, integrando o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. ***Além da presente demanda coletiva, foi ajuizada outra demanda pelo Ministério Público, com a mesma causa de pedir, em que foi celebrado um TAC (termo de ajustamento de conduta), homologado por sentença judicial. Os interesses coletivos foram objeto do TAC e quanto a esses, é evidente a perda do objeto da presente ação.*** [...]

[32] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 407.

inclusive, ser providenciado na própria ação civil pública em que o colegitimados tenciona discutir a situação fática para o qual o TAC deu solução jurídica".[33]

Por fim, a correção judicial do CAC, comporta duas hipóteses autorizadoras: *i)* invalidade na formação da solução extrajudicial de tutela dos interesses transindividuais decorrente dos vícios como erro, coerção e pessoalidade, ou afronta direta ao texto da lei e *ii)* falta de proporcionalidade na solução como inadequação, insuficiência ou injustificada flexibilidade nas condições de cumprimento do ajuste, sendo a demonstração de qualquer uma ônus daquele que pretende questionar judicialmente o CAC.

Conclui-se pois, que a insatisfação com a solução encontrada não confere aos legitimados que não figuraram no polo ativo do compromisso interesse processual para pleitear em juízo solução considerada melhor que a obtida pelo CAC.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

CARVALHO, Eduardo Santo de. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: A Autocomposição da Lide na Tutela de Interesses Transindividuais.** 2005. 284 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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**. [Coord.] Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243.

[33] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 405.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

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).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos.* In Temas de Direito Processual, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-221.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Teoria geral do processo civil contemporâneo. 3. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. 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.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

PROVA ILÍCITA: ADMISSÍVEL OU INADMISSÍVEL?

Débora Minuzzi

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de utilização da prova ilícita. Partindo do pressuposto de que os princípios basilares do direito não devem ser violados, mas que haverá casos nos quais o direito fundamental à prova irrestrito poderá levá-lo a colidir com outros valores do ordenamento pátrio, pretende-se demonstrar as diferentes correntes doutrinárias formuladas sobre a limitação ao uso da prova. Assim, tendo por base o entendimento que viabiliza o uso da prova, desde que feita uma ponderação entre os cânones envolvidos, será verificado o posicionamento do STF e do STJ quanto a sua admissibilidade ou inadmissibilidade.

Palavras-Chave: Prova ilícita. Ponderação de valores. (In)admissibilidade.

Abstract: The current article objective is to analyze the possible utilization of illicit evidence. Beginning from the premise that basic law principles shouldn't be violated, but also taking in consideration that in certain cases the fundamental right to unrestricted access to an evidence could collide with other values of the Brazilian Law, therefore it's the intention to demonstrate all the different doctrinal views formulated about limitations of evidence use. This way, after proper deliberation between the parts involved, having by basis the current understanding that turns viable the evidence use, positioning of the STF and STJ on the matter will then be verified checking its admissibility or inadmissibility.

Keywords: Illicit evidence. Values deliberation. (In)admissibility.

Sumário: 1. Direito à prova e limitações. 1.1. Proibição da prova ilícita e o dissento doutrinário quanto a sua admissibilidade. 2. Possibilidade de utilização da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Verdade material e verdade formal. 2.2. Direitos disponíveis e direitos indisponíveis. 2.3. Juízo criminal e juízo cível. 2.4. Ponderação de valores. 2.5. Teoria dos frutos da árvore venenosa. 3. Casuísticas: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. 3.1. Sigilo bancário: autoridade administrativa fiscal e cpi. 3.2. Comunicações telefônicas. 3.2.1. Uso da prova obtida por meio de comunicações telefônicas no juízo criminal como prova emprestada na esfera cível e administrativa. 3.3. Confissão mediante tortura. 3.4. Embriaguez ao volante. 3.5. Investigação de paternidade. 3.6. Provas derivadas. Referências bibliográficas

1. DIREITO À PROVA E LIMITAÇÕES

É totalmente verdadeiro que o sistema processual prevê o direito constitucional à prova, no qual todos os meios de prova aptos a colaborar com a formação do órgão jurisdicional, em regra, devem ser admitidos. Tal direito pressupõe uma "ampla possibilidade de utilização" dos expedientes probatórios disponíveis.[1]

Às partes é permitido se servirem, inclusive, das provas atípicas, ou seja, aquelas não determinadas no sistema processual. Em regra, quaisquer meios de prova - estejam ou não tipificados em nosso ordenamento jurídico - podem ser utilizados pelos sujeitos do processo.[2]

Os autores Michele Taruffo e Gian Antonio Micheli[3] lembram, todavia, que o direito à prova é utilizado de forma restrita, já que não são poucas as exceções. Nas suas palavras, "faz-se mister, contudo, constatar-se que as exceções a este princípio são ainda numerosas, e, portanto, este direito é frequentemente realizado de uma forma bastante limitada".

Há, portanto, limites a sua utilização.

É que o direito à prova não é absoluto, já que a realização de outras garantias constitucionais, com a "preservação de todo o conjunto processual", é a finalidade última do Estado Democrático de Direito.[4] As exceções ao uso da prova servem, pois, para assegurar "a própria sobrevivência do sistema jurídico".[5]

Qualquer pessoa, por exemplo, tem direito a que sua intimidade seja resguardada, devendo, em razão disso, haver restrição à ampla investigação criminal. Do mesmo modo,

---

[1] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 23, nº 68, p. 13-27, nov. de 1996. p. 13.

[2] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado.* 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 605.

[3] TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antonio. *A prova.* RePro, São Paulo, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979. p. 165.

[4] PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro.* In: As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 173.

[5] USTÁRROZ, Daniel. *Provas ilícitas lícitas?* Disponível em < http://jus.com.br/revista/texto/3056/provas-ilicitas-licitas > Acesso em 24/05/2012. p. 4.

nos moldes do artigo 406 do CPC,[6] a testemunha não está obrigada a prestar depoimento, quando lhe acarretar grave dano.[7]

E é justamente por isso, para preservar a sistemática processual e a efetiva fruição dos valores fundamentais, que o uso das provas sofre limitações.

1.1. Proibição da prova ilícita e o dissento doutrinário quanto a sua admissibilidade

A vedação da prova ilícita está delimitada no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal e na Carta Maior.

No Código de Processo Civil, a vedação da prova ilícita está disciplina no artigo 332. Diz o dispositivo que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

No Código de Processo Penal, a proibição da prova ilícita está estabelecida no artigo 157. Diz o dispositivo que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Na Constituição Federal, a vedação da prova ilícita está prevista no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Pois bem, mas o que é prova ilícita?

A prova ilícita não se confunde com a prova ilegítima. A diferença entre ambas, de acordo com a jurisprudência firmada, decorre tanto da natureza do direito violado quanto do momento de sua violação.[8]

---

6 "Art. 406 - A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo."

7 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas...* p. 14.

8 Leia-se, a propósito, parte da ementa:

"1 - Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização"(grifo nosso).

BRASIL, Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004590683.* Apelante: H H. Apelado: P A R A. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em 09/12/2002. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br > Acesso em 28/05/2012.

A prova será ilegítima, quando violadas normas processuais, o que se dá no momento de sua introdução no processo. Será ilegítima a prova quando, no momento de sua introdução no processo, houver violação a uma normal processual. Pode-se trazer como exemplo de prova ilegítima o "depoimento de testemunha impedida".[9]

A prova será ilícita, quando violadas normas de direito material (direitos fundamentais), o que se dá no momento de sua formação. Será ilícita a prova quando, no momento de sua obtenção, houver violação a um direito fundamental. A confissão obtida mediante tortura – física ou psicológica - serve como exemplo de prova ilícita.[10]

A violação de domicílio (artigo 5º, inciso XI, CF/88), de correspondência e de comunicações telegráficas (artigo 5º, inciso XII, CF/88) será prova ilícita quando não autorizada judicialmente. Este, inclusive, é o entendimento dos Tribunais Superiores.

A prova ilegítima não será admitida em qualquer hipótese, porque sua "ilegalidade produz nulidade do ato e ineficácia da decisão". Já, a prova ilícita "comporta um amplo dissídio acerca de sua admissibilidade".[11] São quatro, pois, as correntes doutrinárias que tratam do assunto.

A primeira corrente doutrinária defende a admissibilidade da prova ilícita. Para essa teoria, o afastamento da prova ilícita do processo apenas se dará quando permitido pelo ordenamento jurídico, tendo-se a necessidade, no entanto, de punir o responsável pelo ato.[12]

A segunda, diametralmente oposta à primeira, entende que a prova ilícita deve ser inadmitida em qualquer hipótese. É que a admissão da prova obtida por meio ilícito violaria, do mesmo modo, outros direitos fundamentais, tais como, à liberdade, à intimidade, dentre outros.[13] Para essa teoria, é inconcebível admitir que "a punição de um criminoso seja obtida à custa de ofensas a direitos da liberdade ou da intimidade".[14]

---

9 PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 175-176.

10 PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 175-176.

11 Abaixo, parte da ementa no que interessa:
"Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidadade, passando da admissibilidade à utilização do princípio da proporcionalidade." (grifo nosso).
BRASIL, Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004590683.* Apelante: H H. Apelado: P A R A. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em 09/12/2002. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br > Acesso em 28/05/2012.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade – II.* Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 172-173.

13 PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 177.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade...* p. 173.

A terceira corrente doutrinária, assim como a segunda, defende a inadmissibilidade da prova ilícita, tendo por base razões diferentes. Para essa teoria, "a ilicitude da prova é conceito geral de direito e, uma vez admitida a prova ilícita, todo o ordenamento jurídico restará viciado e não apenas o direito material".[15]

A quarta corrente doutrinária, na qual se filiamos, admite, em hipóteses específicas, a utilização da prova obtida por meio ilícito, aplicando o princípio da proporcionalidade no caso concreto. Nessa, a inadmissibilidade da prova ilícita é a regra, e a exceção é o emprego do princípio da proporcionalidade.[16]

2. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Verdade material e verdade formal

Já dizia Francesco Carnelutti,[17] que "a verdade é como a água: ou é pura, ou não é verdade." Não existe verdade parcial: "ou se busca de tudo, ou seja, busca-se até que a encontre, ou o que se busca não é a verdade".

A reconstrução de um acontecimento pretérito, por ser um fato único, não se dará na sua plenitude, já que várias são as maneiras que ele pode ser interpretado. É que o mesmo objeto poderá ter mais de uma interpretação, dependendo de quem a realiza, razão pela qual inexiste verdade absoluta no processo.[18]

Nas palavras de Francesco Carnelutti,[19] o processo serve "como fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles".

A busca pela reconstrução da realidade, ainda, não deve ser incondicionada, sacrificando os cânones constitucionais. Não se pode aceitar que o direito à prova viole os direitos fundamentais. Por esse motivo, a utilização de meios ilícitos com o simples

---

15 PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 177.

16 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83-84.

17 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil.* Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: BOOKSELLER, 2001. p. 52.

18 USTÁRROZ, Daniel. *Provas ilícitas lícitas...* p. 2.

19 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil.* Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: BOOKSELLER, 2001. p. 48.

objetivo de buscar a verdade absoluta é inconcebível, sendo a própria garantia da licitude da prova limitadora a esta.[20]

A verdade de que trata o processo, portanto, é a verdade formal, no sentido de sofrer limitações. Além de serem várias as formas de interpretação que podem ser formuladas sobre uma mesma situação fática, calhando na inexistência da verdade absoluta, não poderão ser sacrificados os princípios basilares do direito na busca pela verdade real.

Na expressão utilizada por José Maria Rosa Tesheiner,[21] a verdade formal quer dizer que "o processo se contenta com uma aparência da verdade".

Pode-se pensar, em última análise, que a verdade relativa do processo é a "verdade provável", em que se "estabelece conclusões prováveis a determinado caso concreto". Aqui, a verdade relativa pode ser compreendida como "sinônimo de probabilidade". Ou seja, "grau de confirmação relativamente maior em que o juiz escolhe o enunciado como verdadeiro", tendo por base as provas disponíveis.[22]

2.2. Direitos disponíveis e direitos indisponíveis

Não tem voga a afirmação de que o processo penal persegue a verdade real, e o processo civil, a verdade relativa, porque a verdade absoluta é - como já analisado no item anterior - inalcançável a qualquer processo. A verdade material não existe em nenhum processo, seja ele de natureza criminal ou cível. Não há, pois, como se reportar a um fato histórico pretérito, da mesma forma como se sucedeu.

Assim, José Carlos Barbosa Moreira[23] entende que "dizer que o processo penal busca a chamada verdade real, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada verdade formal, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas".

Como diz Ada Pellegrini Grinover,[24] "a diferença entre verdade real e verdade formal reflete apenas na distinção entre processo disponível e indisponível", visto que tanto o processo civil quanto o processo penal tratam de direitos constitucionais.

---

20 PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 172-174.

21 TESHEINER, José Maria Rosa. Elementos para uma Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 48.

22 TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti.* Revista de Processo, São Paulo, nº 154, p. 207-222, 2007. p. 218-221.

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas...* p. 23.

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade...* p. 180.

É que ambos, o processo penal e o processo civil, estão envoltos de direitos relevantes (indisponíveis). Se, na esfera penal, por exemplo, se encontram direitos ligados à liberdade da pessoa, na esfera civil têm-se direitos que envolvem a família (como investigação de paternidade e ação de alimentos) e a capacidade jurídica do indivíduo, direitos esses não menos importantes que a liberdade do indivíduo.[25]

O que importa é que o uso de uma prova obtida por meio ilícito seja imprescindível à preservação de um bem jurídico maior.

Tratando-se de processo penal, a utilização da prova ilícita não se dá, por exemplo, para o furto de uma camiseta. Já, poderá ser utilizada para a quebra de uma correspondência, quando esse meio for apto à revelação do local do cativeiro de uma pessoa sequestrada.

Caso, no juízo cível, por meio de um grampo telefônico, se descubra que houve erro na receita de determinado produto, com a utilização de sódio acima do permitido, tendo o fabricante do produto afirmado, de acordo com o grampo, que o colocará no mercado, dentro do prazo máximo de 48 horas, mesmo fora dos padrões exigidos pela ANVISA, o Ministério Público, nesta hipótese, poderá ajuizar Ação Civil Pública, com base nessa prova, ainda que obtida por meio ilícito. O juiz muito provavelmente concederá a liminar, não permitindo que o produto contaminado e prejudicial à saúde humana seja distribuído para o consumo da população. Garante-se, assim, o bem-estar da sociedade.

Ainda, dentro da esfera cível, a utilização da prova ilícita não estará autorizada quando, por exemplo, o direito fundamental à intimidade for violado para a comprovação do nexo causal em uma ação de indenização por danos morais e materiais no JEC.

O que interessa para o uso da prova ilícita é o caso concreto e não a disponibilidade do bem penal ou civil. Uma vez comprovado que o direito a ser preservado é maior que o direito violado com a prova ilícita, ela deve ser admitida tanto em processo civil quanto em processo penal.

[25] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 31-32.

2.3. Juízo criminal e juízo cível

No processo penal, o STJ firmou entendimento no qual a prova obtida por meio ilícito deverá ser admitida para a defesa do réu. Na esfera criminal, é garantia do réu a ampla defesa material,[26] sendo sempre admitida a utilização da prova ilícita à sua defesa.[27]

Este, inclusive, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.[28] Dizem os autores que, "a proeminência do direito à liberdade diante do Estado justifica a sua utilização".

Não há dúvida de que a prova obtida por meio ilícito deverá sempre ser admitida para a defesa do réu, assegurando a ampla defesa material e o princípio da presunção da inocência. Em verdade, há uma ampla defesa substancial no processo penal, dado o bem jurídico que se tutela e a possibilidade de invasão na vida do acusado.

Quando a prova ilícita é usada pela acusação no processo penal, sua utilização, em vista do bem jurídico tutelado, deve ser vista com parcimônia. Por isso, somente poderá ser admitida quando a proporcionalidade, vista no caso concreto, direcionar para outros valores os quais devam preponderar no caso concreto. Em outras palavras, quando o delito criminal seja de tamanho acento que se sobreponha ao direito violado pela prova ilícita utilizada.

Por outro lado, os autores, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[29] entendem que "há proibição absoluta de emprego de prova ilícita para corroborar alegações da acusação".

---

[26] Inciso LV do artigo 5º da CF: "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;"

[27] Senão vejamos:
"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA."
"I - No 'Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...)." (cf, HC 80949-9/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001)." (grifo nosso)
BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 57.961/SP. Impetrante: A J S. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: M C C. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 21/06/2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 15/09/2012.

[28] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 659.

Na esfera cível, tem-se a possibilidade de utilização da prova ilícita, desde que seja feita uma ponderação entre os valores conflitantes. Em hipóteses específicas, quando aplicado o princípio da proporcionalidade dentro do caso concreto, poderá admitir a prova ilícita no processo para a preservação de um dos direitos conflitantes.

2.4. Ponderação de valores

Dado que nenhum direito fundamental é absoluto e que, por vezes, há um conflito entre valores constitucionais, surge o princípio da proporcionalidade, embora não expresso na Constituição Federal de 1988, para assegurar a segurança jurídica necessária à relativização de um dos direitos conflitantes.[30]

Como regra, tem-se, no entanto, a proibição da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito e, como exceção, a aplicação do princípio da proporcionalidade, levando-se em conta a necessidade, a adequação e a ponderação entre os direitos colidentes, sempre à luz do caso concreto.

A prova deve ser necessária – no sentido de relevante para o processo - para comprovar a pretensão. É inviável produzir prova "para comprovação da culpa em uma ação de separação", quando não há investigação de culpa na dissolução conjugal.[31] Ou, aquele pai que tenta provar a ausência de culpa *in vigilando*, quando o atual Código Civil atribui a ele responsabilidade objetiva.

O meio da prova deve ser apto à prossecução da finalidade requerida. Nada adianta, por exemplo, fazer prova testemunhal, quando o ordenamento jurídico exige prova documental.[32] Ou, na Justiça do Trabalho, tentar provar que determinada atividade é insalubre mediante prova testemunhal.

A colisão tem de ser resolvida com base em uma ponderação entre os princípios colidentes, identificando no caso concreto qual dos interesses tem maior peso.[33] Estará autorizada a utilização da prova ilícita, quando comprovado que o direito a ser preservado se sobrepõe ao violado. A violação do sigilo de correspondência - direito fundamental à

---

29 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito...* p. 659.
30 PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude...* p. 177-178.
31 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos...* p. 85.
32 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos...* p. 85.
33 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos...* p. 86.

intimidade - somente estará autorizada, quando esta for a única forma possível de combater a origem de um tráfico de drogas.

Pode-se trazer, como exemplo de balanceamento de valores constitucionais, o caso da atriz mexicana, Glória Trevi, julgado pelo Pleno do STF.[34] Ela engravidou no período em que estava presa, à espera de extradição, na Superintendência da Polícia Federal brasileira. E tanto a população brasileira quanto a estrangeira passou a pensar, na época, que algum dos policiais federais, responsáveis pela sua custódia, lha tivesse estuprado.

Os policiais federais que "laboravam na prisão durante a concepção" requereram que ela e o nascituro, "no momento de seu nascimento", fossem submetidos à "coleta de material genético, com o intuito de fazer prova pericial de paternidade". Isso, porque a possibilidade de ter havido um estupro dentro da prisão feriria cabalmente os direitos fundamentais à honra e à imagem não só dos policiais federais envolvidos como de toda a categoria. Para tanto, "cinquenta policiais federais, supostos envolvidos, forneceram espontaneamente o material biológico para a realização do exame de DNA".

A requerida, no entanto, alegou que tem o direito de não ser compulsoriamente submetida à "coleta do material biológico materno e material biológico da criança". Não violando, assim, os direitos fundamentais da intimidade e da vida privada.

---

[34] A propósito, leia-se a ementa do acórdão:
"Reclamante submetida ao processo de Extradição n.º 783, à disposição do STF. *2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda.* 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. *4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente.* 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. *7. Bens jurídicos constitucionais como 'moralidade administrativa', 'persecução penal pública' e 'segurança pública' que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5°, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do 'prontuário médico' da reclamante."* (grifo nosso).
BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *Rcl 2.040-1 QO/DF*. Reclamante: G L A T R. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 21/02/2002. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

A controvérsia cinge-se em saber se é lícita sua submissão forçada para a realização do exame.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, no dia 21 de fevereiro de 2002, entendeu que há uma colisão de direitos fundamentais entre a intimidade e a vida privada da requerida e a honra e a imagem[35] dos servidores da Polícia Federal como Instituição.

Em nome da descoberta da verdade absoluta quanto à genética da criança (a qual somente poderá ser encontrada mediante a realização de exame – DNA - capaz de proporcionar 99,9% de certeza), o STF firmou entendimento de que não só os direitos à honra e à imagem dos policiais federais, como também o "direito à real identidade física da criança", prevaleceram em relação aos da intimidade e aos da vida privada da requerida.

É que a imagem do Brasil foi afetada internacionalmente - já que envolvido tanto o Brasil quanto o México, porque a requerida é de nacionalidade mexicana e os requerentes, brasileiros -, sendo imperiosa a realização deste exame para a proteção da dignidade nacional brasileira no plano externo, preservando, como lançado na ementa, o "bem jurídico constitucional da moralidade administrativa".

Por outro lado, não havendo conflito entre direitos fundamentais, pode-se trazer uma Ação de Investigação de Paternidade, [36] na qual foi deferida pelo juízo ordinário a utilização de gravação de conversa telefônica entre a autora e testemunha devidamente arrolada e, em ato contínuo, designada audiência de instrução e julgamento com a inquirição desta testemunha. Tal audiência foi marcada para conferir o "reconhecimento ou não da autenticidade da fita".

Tem-se – consoante acórdão supracitado - "um reforço de depoimento". A gravação da conversa telefônica não foi requerida para a "substituição do depoimento da testemunha", visto que de qualquer forma seu testemunho seria prestado em futura

[35] Inciso X do artigo 5º da CF: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

[36] Abaixo, a ementa do acórdão:
"Processo civil. Prova. *Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita, após a audiência da testemunha, que foi deferido pelo juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no art. 332 do Cód. de Pr. Civil, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou a escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdade material ('a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa'). Recurso especial não conhecido.* Votos vencidos." (grifo nosso).
BRASIL, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 9.012/RJ.* Recorrente: A S. Recorrido: M M S. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em 24/02/1997. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

audiência. Por isso, tal decisão restou confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, por maioria, pelo STJ.

No caso em tela, portanto, não houve colisão de direitos fundamentais, mas também não foi admitida uma prova produzida por meio ilícito. É que, de acordo com o aresto, a prova obtida mediante gravação de conversa telefônica entre a autora da ação e a testemunha foi considerada lícita, servindo apenas como reforço *probandi*.

2.5. Teoria dos frutos da árvore venenosa

A Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa (*The Fruits of the Poisonous Tree*), desenvolvida pela Suprema Corte Americana, estabelece que o vício da árvore originária contamina os frutos dela decorrentes. Por outras palavras, a prova ilícita vicia as provas que dela derivam.

Tais provas, contaminadas pela planta viciada inicial, são denominadas de provas ilícitas por derivação. As provas ilícitas por derivação são, pois, as que entram no processo por meio de "informação obtida pela prova ilicitamente colhida". São aquelas que restaram contaminadas em face da árvore viciada.[37]

A Suprema Corte Americana conferiu algumas exceções, para que as provas derivadas da ilícita não fossem consideradas provas viciadas, acarretando, dessa forma, a sua descontaminação.

São dois os critérios: Limitação da Fonte Independente (*The Independent Source Limitation*) e Limitação da Descoberta Inevitável (*The Inevitable Discovery Limitation*).

Pelo primeiro critério, Fonte Independente de Prova, estabelecido no caso *"Bynum v. US. e US. v. Crews"*, tem-se que as provas obtidas por meio de uma violação serão consideradas lícitas, quando provadas por uma fonte independente.[38] Ou seja, "se a prova derivada poderia ter sido produzida independentemente da prova ilícita".[39]

Pelo segundo critério, Descoberta Inevitável, estabelecido no caso *"Nix v. Williams",* as provas derivadas poderão ser descontaminadas, caso sua descoberta seja

[37] GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 135.
[38] KNIJNIK, Danilo. *A "Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa" e os discursos da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93.* Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 66, p. 61-84, 1996. p. 76.
[39] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito...* p. 660.

inevitável. É imprescindível, assim, que outros meios acarretem o descobrimento do fato originado na prova derivada,[40] "rompendo-se o nexo causal entre elas".[41]

Além desses dois critérios fixados pela Suprema Corte Americana, o autor, Danilo Knijnik,[42] faz referência a mais três hipóteses de descontaminação das provas derivadas: "Limitação da Descontaminação; Limitação da Boa-Fé; Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal".

Com o advento da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, o Código de Processo Penal brasileiro, em seu §1º do artigo 157, passou, contudo, a disciplinar esses dois requisitos como elementos necessários à descontaminação das provas derivadas das ilícitas. Diz o dispositivo: "São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

3. CASUÍSTICAS: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

3.1. Sigilo bancário: autoridade administrativa fiscal e cpi.

O artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, o qual dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, estabelece que "as autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros, e registros de instituições financeiras, inclusive, os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

Esse artigo foi devidamente regulamentado pelo §1º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

[40] KNIJNIK, Danilo. *A "Doutrina dos Frutos...* p. 77-78.
[41] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito...* p. 660.
[42] KNIJNIK, Danilo. *A "Doutrina dos Frutos...* p. 83.

Em 15 de outubro de 2010, no entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, no Recurso Extraordinário nº 389.808/PR,[43] que a cláusula de reserva de jurisdição impede a quebra de sigilo bancário pela Receita Federal.

Ficou pacificado neste RE, que o Poder Judiciário e a CPI possuem competência para a quebra de sigilo bancário.

A CPI pressupõe, no entender do RE, uma espécie de "transferência de sigilo", dado que seus integrantes deverão manter silêncio quanto às informações obtidas, inclusive sob pena de responsabilização, e demonstrar a necessidade para tal ato, em decisão motivada.

Nas palavras do Ministro Dias Toffoli, "não há que se falar em quebra de sigilo pela CPI, há que se falar em transferência do dever de manter o sigilo, porque a quebra é crime, é ilícito".

Conforme entendimento do STF, embora o §3º do artigo 58 da CF/88[44] estabeleça que "as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais", existem determinados atos, que têm tanta lesividade à esfera individual, que necessitam ser proferidos exclusivamente pelo Poder Judiciário, respeitando, assim, o postulado da reserva constitucional de jurisdição.

Dessa forma, a CPI não tem competência para fazer busca domiciliar e quebra de sigilo de comunicações telefônicas. Resta ressalvado pelo Tribunal Pleno do STF que a quebra de sigilo bancário estaria dentro dos poderes próprios da CPI.

Deve ser lembrado que esta questão ainda é objeto de análise na Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 2.390.

Assim, enquanto não julgada a mencionada ADI, a prova produzida por quebra de sigilo bancário tanto pelo órgão jurisdicional quanto pela CPI é considerada prova lícita.

---

[43] BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *RE nº 389.808/PR.* Requerente: G V A. Requerida: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15/10/2010. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

[44] "§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores."

3.2. Comunicações telefônicas

As comunicações telefônicas estão disciplinadas no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e a Lei nº 9.296/1996 as regulamenta. Os tipos de comunicações telefônicas são interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica.

A interceptação telefônica é feita por um interceptador sem o consentimento dos dois interlocutores.

Em 18 de outubro de 2011, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 103-418/PE,[45] entendeu que não é ilícita a prova produzida por meio de interceptação telefônica na hipótese de este ser o "único meio de prova apto à apuração do fato delituoso", devendo, no entanto, ser autorizada pelo juízo competente em decisão motivada, respeitando, assim, os termos da Lei nº 9.296/1996.

A escuta telefônica é feita por um interceptador com o consentimento de um dos dois interlocutores.

Em 17 de maio de 2011, por exemplo, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 106-244/RJ,[46] posicionou-se a favor do desentranhamento do processo das provas produzidas mediante escuta telefônica não acobertada por autorização judicial.

---

[45] Senão vejamos:
"*1. É da jurisprudência da Corte o entendimento de que "é lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial devidamente fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração do fato delituoso"* (HC nº 105.527/DF, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, Dje de 13/5/11)."
(...)
"De outra parte, verifico que a decisão do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru/PE autorizando o procedimento em questão encontra-se devidamente fundamentada, indicando com clareza a situação objeto da investigação e a necessidade da medida." (grifo nosso)
BRASIL, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 103.418/PE.* Paciente: M S L. Paciente: J B R O. Impetrante: M S L. Impetrante: J B R O. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 18/10/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

[46] A propósito, leia-se parte do acórdão no que interessa:
"1. As referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. Precedentes."
(...)
"Para descaracterizar qualquer alegação de inidoneidade da apuração no malfadado período de sete dias, o acórdão combatido determinou o desentranhamento da prova obtida no referido intervalo, para que fosse desconsiderada pelo juízo." (grifo nosso).
BRASIL, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 106.244/RJ.* Paciente: J C P & V M C. Impetrante: W A M J. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 17/05/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

A gravação telefônica é feita por um dos dois interlocutores com ou sem o consentimento do outro.

Em 21 de junho de 2007, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 57-961/SP,[47] entendeu que é ilícita a prova obtida por meio de gravação telefônica, sem o consentimento de um dos interlocutores, quando não utilizada para a legítima defesa da vítima.

Em 25 de outubro de 2011, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 630.944/BA,[48] entendeu que a inexistência de "causa legal específica de sigilo ou de reserva da conversação" é pressuposto necessário para que a prova produzida por meio de gravação telefônica, sem o consentimento de um dos interlocutores, não seja considerada ilícita.

---

47 *In verbis:*
"I - No 'Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor , tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...).' (cf, HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001)."
"II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso."
"III - No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita." (grifo nosso).
BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 57.961/SP*. Impetrante: A J S. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: M C C. Julgado em 21 de junho de 2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

48 *In verbis:*
"1. É lícita a prova produzida a partir de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação."
"2. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: AIs 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 144.548-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence." (grifo nosso).
BRASIL, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. *RE 630.944 AGR /BA.* Agravante: L A A S. Agravado: A S F. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 25/10/2011. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

3.2.1. Uso da prova obtida por meio de comunicações telefônicas no juízo criminal como prova emprestada na esfera cível e administrativa.

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso XII do artigo 5º, permite a prova produzida por meio de comunicações telefônicas (interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica) apenas no processo penal.

Diz o dispositivo que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regula a parte final desse inciso.

É proibida, como se vê, a utilização da prova produzida mediante comunicações telefônicas no juízo criminal como prova emprestada no juízo cível. Isso, porque a parte final do dispositivo menciona que sua violação se dá apenas nos casos de "investigação criminal ou instrução processual penal".[49]

Nelson Nery Junior,[50] contudo, admite seu uso no processo civil em nome da "unidade da jurisdição e da teoria geral da prova", desde que "a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta no juízo criminal" e "a parte contra quem vai ser produzida tenha efetivamente participado do processo".

Mas a prova produzida por meio de comunicações telefônicas na esfera criminal serve como prova emprestada em processo administrativo disciplinar?

Para o STJ,[51] ela poderá ser utilizada quando: a) estabelecida a conduta do servidor no indiciamento; b) sua produção tenha preenchido os ditames estabelecidos na Lei nº

---

[49] Nesse sentido, Gustavo Bohrer Paim. *A Garantia da Licitude...* p. 168.

[50] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 203.

[51] *In verbis:*

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO NA PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE. SUSPEIÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. INOCORRÊNCIA. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO."

"1. Mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, que implicou na demissão do impetrante dos quadros de pessoal do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em decorrência de apuração da prática das condutas descritas nos artigos 117, IX e XII e 132, IV e XI, da Lei nº 8.112/90, no âmbito de processo administrativo disciplinar."

(...)

9.296/96; c) motivada a autorização pelo juiz competente; d) notificado o impetrante para "a instauração do processo administrativo e para o ato do interrogatório".

3.3. Confissão mediante tortura

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 25.475/SP,[52] entendeu que a confissão somente será considerada válida quando não comprovado no processo "que a pessoa tenha sofrido qualquer tipo de violência física ou psicológica".

A confissão deve ser considerada prova ilícita, caso tenha sido obtida mediante violência física ou psicológica. A autoridade policial não pode, sequer, colocar o acusado em uma posição de conforto, com o intuito de obter a sua confissão sobre a autoria do crime.

Contudo, pensa-se que não poderá ser considerada prova ilícita, se, em razão disso, fosse, por exemplo, encontrada a arma do crime. Dessa forma, será preservado o interesse da sociedade.

"*5. No caso dos autos, considerando que: i) a conduta do servidor foi devidamente especificada no despacho de indiciamento, ii) a interceptação telefônica foi concretizada nos exatos termos da Lei 9.296/96, iii) as decisões judiciais que autorizaram e prorrogaram as escutas foram devidamente motivadas, e iv) o impetrante foi regularmente notificado da instauração do processo administrativo e para o ato do interrogatório e apresentou defesa, regular e oportunamente, é de se concluir que o PAD em questão observou todos os princípios processuais e os requisitos legais, não existindo nulidade a ser declarada."* (grifo nosso).

BRASIL, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 15.823/DF*. Impetrante: L A F E. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Interessado: União. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 10/08/2011. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

[52] Senão vejamos:

"1. Constam dos autos vários laudos do IML, inclusive o referente à data em que se deu a prisão temporária do recorrente, nos quais não há qualquer relato ou descrição de lesões ou de violência à sua integridade física, informação confirmada por depoimentos colhidos em juízo."

"2. A assertiva de que o recorrente teria sido vítima de tortura para que confessasse a prática delituosa encontra-se isolada nos autos, não havendo comprovação de que tenha sofrido qualquer tipo de violência física ou psicológica."

"3. Após confessar informalmente a autoria do latrocínio, o recorrente foi qualificado e interrogado na presença de duas testemunhas, constando do termo a circunstância de que foi devidamente cientificado e advertido dos seus direitos, fato também confirmado pelos testemunhos judiciais, o que afasta a afirmação de que não teriam sido observadas as garantias constitucionais de manter-se em silêncio e de se consultar com advogado." (grifo nosso)

BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 25.475/SP*. Recorrente: A R. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 16/09/2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

3.4. Embriaguez ao volante

Em 3 de maio de 2012, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 186.476/MG,[53] entendeu que o artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito, dada a nova redação determinada pela Lei nº 11.705/2008, "incluiu uma nova elementar ao tipo, ou seja, a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas".

Só dessa maneira, portanto, com a realização do exame de ar alveolar pulmonar ou de sangue, é que o fato poderá ser considerado típico. Caso contrário, não havendo a incidência de seis ou mais decigramas de concentração de álcool no sangue, o fato será considerado atípico.

A questão do exame do bafômetro não tem maiores discussões, uma vez que ninguém é obrigado a produzir prova contra si - *nemo tenetur se detegere* -, e o não fazer (teste do bafômetro) é facultativo.

3.5. Investigação de paternidade

Em 10 de novembro de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 71.373-4/RS,[54] entendeu, por maioria, que o investigado não poderá ser

---

53 Confira-se, a propósito, parte da ementa no que interessa:
"III. Trata-se de elementar objetiva, que estabelece valor fixo para a configuração do delito, de modo que para sua comprovação é necessária aferição técnica apta a estipular numericamente a concentração de álcool por litro de sangue do acusado. Precedentes."
"IV. Matéria submetida ao crivo da 3ª Sessão desta Corte, no dia 28 de março de 2012, na ocasião do julgamento do RESP 1.111.566/DF, a qual pacificou a questão decidindo que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal." (grifo nosso).
BRASIL, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 186.476/MG*. Impetrante: R L A F & outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: J L S. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 03/05/2012. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

54 Confira-se:
"INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. *Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA.* A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos." (grifo nosso).
BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *HC nº 71.373-4/RS.* Paciente: J A G P M. Impetrante: J A G P M. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgado em 10/11/1994. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

compelido sob Vara, caso, intimado à realização do exame de investigação de paternidade, não cumpra a determinação.

Nesse caso, tem-se uma colisão de valores fundamentais – "da intangibilidade do corpo humano e intimidade do investigado e da identidade física da criança" – que devem ser sopesados.

O STF "se posicionou em favor do investigado", tendo por base que o exame de DNA produzido com violência ou força, usando de meios moralmente ilegítimos, conflita com os cânones constitucionais, ferindo, assim, o princípio da intangibilidade física.

Em 3 de maio de 2012, no entanto, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.327.787/ES,[55] passou a entender que "a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui elemento probatório a ele desfavorável, que gera presunção relativa". Tal questão, inclusive, já restou devidamente sumulada.[56]

3.6. Provas derivadas

Em 27 de abril de 2011, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação nº 2.988/PE,[57] entendeu que a Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa não será

[55] Leia-se na íntegra a parte que interessa:
"Ab initio, veja-se que esta Corte Superior de Justiça, vigorosamente, tem o entendimento segundo o qual a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA, como sucedeu na espécie (conforme informações contidas no próprio acórdão recorrido), constitui elemento probatório a ele desfavorável, porquanto gera a presunção relativa, é verdade, de que, se realizado fosse, o teste seria positivo". (grifo nosso).
BRASIL, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.327.787-ES.* Agravante: E R A. Agravado: W F S. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 3/05/2012. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

[56] Súmula nº 301 do STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

[57] Senão vejamos:
"2. Na hipótese dos autos, inexiste descumprimento da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do writ 51.586/PE, pois o pronunciamento desta Corte concedeu a ordem em parte, apenas para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada, bem como das provas dela derivadas".
"3. Não comprovando o reclamante o nexo de causalidade entre a prova tida como ilícita e as demais, e constando dos autos a existência de fonte independente, não tem como prosperar a presente reclamação, haja vista já ter sido determinada "a devolução do quanto apreendido naquelas medidas cautelares e a expunção do que adveio delas, inclusive laudos de exame em mídia de armazenamento computacional, laudos periciais de documentos e laudos contábeis." (grifo nosso).
BRASIL, Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 2.988/PE.* Reclamante: J M D. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 27/04/2011. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 28/05/2012.

aplicada nas hipóteses em que "o reclamante não comprove o nexo de causalidade entre a prova tida como ilícita e as demais" e que "existam provas independentes".

A questão da incidência da Teoria da Árvore Venenosa no processo não tem maiores divagações, uma vez que se encontra, como demonstrado no item 2.5, devidamente disciplinada no §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória.* In: Garantias constitucionais do processo civil / coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil.* Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: BOOKSELLER, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade – II.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KNIJNIK, Danilo. *A "Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa" e os discursos da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93.* Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 66, p. 61-84, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 23, nº 68, p. 13-27, nov. de 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado.* 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAIM, Gustavo Bohrer. *A Garantia da Licitude das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro.* In: As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti.* Revista de Processo, São Paulo, nº 154, p. 207-222, 2007.

TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antonio. *A prova.* RePro, São Paulo, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979.

TESHEINER, José Maria Rosa. Elementos para uma Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 1993.

USTÁRROZ, Daniel. *Provas ilícitas lícitas?* Disponível em < http://jus.com.br/revista/texto/3056/provas-ilicitas-licitas > Acesso em 24/05/2012.

PROCESSO COMO ARENA DE DISCUSSÃO PÚBLICA: POR UMA EFETIVAÇÃO DIALÓGICA DOS DIREITOS EM JOGO ATRAVÉS DA *PUBLIC LAW LITIGATION*

Diogo Bacha e Silva
Mestrando em Direito Constitucional pela FDSM-Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pós-Graduado em Direito Tributário, Advogado e Professor Universitário.

Luciano Meni Gonçalves
Mestrando em Direito Constitucional pela FDSM – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa compreender o processo como fenômeno democrático. Um processo só pode ser assim considerado desde que seus partícipes possam discutir amplamente os direitos em jogo e, dessa forma, influenciar de maneira decisiva na construção da decisão. Somente com a comparticipação e o policentrismo é que se constrói uma decisão legítima e imparcial. Ainda, analisa-se também um modelo norte-americano de diálogo na efetivação de direitos públicos.

Abstract: The present work aims to understand the democratic process as a phenomenon. A process can only be considered so long as its participants to discuss in detail the rights at stake and thus have important implications in the construction of the decision. Only by sharing is that polycentrism and to build a legitimate and fair decision. Furthermore, analyzes were also an American model of dialogue in the effectiveness of public rights.

Palavras-Chave: Processo; Diálogo; experimentalismo.

Keywords: Process; Dialogue; experimentalism.

Súmário: Introdução; 1 – Processo constitucional democrático: por um processo enquanto arena de discussão pública; 2 – O experimentalismo norte-americano; Conclusão.

Introdução

O presente artigo tem por objeto analisar a forma como o processo pode se tornar uma arena de discussão da vontade e da opinião pública. Um processo assim compreendido não pode ter como figura central o juiz. Ambos os atores processuais, autor e réu, devem assumir posição de centralidade na discussão dos direitos que envolvem o processo.

Nesta medida, é que se pode falar, na atual quadra histórica, que o processo deve visar, antes de qualquer coisa, a busca pela solução consensual dos litígios. A aplicação imperativa do direito pelo órgão estatal talvez mais represente uma aplicação unilateral do Direito. Se o Direito só adquire ares legítimos em conjugação com a democracia, esta somente se realiza com a efetiva participação dos que são submetidos ao poder. Na mesma medida, o processo só irá adquirir legitimidade com a participação de autor, réu e juiz. A aplicação e a construção do Direito não mais podem ser vistos como atividade solipsista de um representante estatal. A participação dos indivíduos, na aplicação e construção do direito, é que vai resolver acerca da legitimidade ou não da aplicação do Direito pelo Estado.

Na mesma esteira, então, pode-se analisar uma experiência norte-americana na aplicação do que se denomina "*public law litigation",* ou seja, litigância de interesse público como forma de aplicação dos direitos sociais enquanto promessas do *Welfare State.*

1- Processo constitucional democrático: por um processo enquanto arena de discussão pública

A autonomia científica do processo[1], conquistada, sobretudo, a partir da pandectista alemã do século XIX, trouxe, além dos ganhos metodológicos nos estudos dos fenômenos e institutos que cercam o processo, uma visão monocular do próprio processo em si. Em primeiro lugar, a autonomia científica que teve como marco fundamental a obra de Oscar Von Bülow, em Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais de 1868, passou a visualizar o processo como uma relação jurídica[2] de três atores: autor, réu e juiz.

[1] O processo enquanto fenômeno científico e doutrinário tem por marco, segundo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, dois acontecimentos: "Se afirma por la mejor doctrina procesal que para lograr su autonomía científica influyeron dos acontecimientos. Por uma parte, la famosa polémica entre Windcheid y Muther (1856-1857), al confrontar la primitiva *actio* romana con la *klage* germánica, lo que provocó la concepción de la acción como derecho subjetivo diferenciado del derecho material.(…) Por la otra, se ha estimado fundamental la aparición de la obra de Oskar von Bülow (1868) sobre la *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales,* al marcar el inicio del derecho procesal como ciencia" (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social y como ciencia. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas,* Pouso Alegre, 28: 57-86, jan./jun. 2009. p. 59).

[2] "(...) Bülow trabalho pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, autor e réu, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma

Essa autonomia científica, consolidada com a obra de Bülow, foi a base para uma socialização do processo. Ao romper com os paradigmas liberais do processo, onde o processo era visto como um mecanismo à disposição das partes para a resolução dos conflitos[3], e colocá-lo como instrumento a serviço da jurisdição[4], em uma relação meramente instrumental, o processo, como um todo, nada mais seria do que atos à disposição da atividade jurisdicional do Estado. Ou seja, a jurisdição utilizava dos institutos processuais a seu talante, ao seu alvedrio, para conquistar os objetivos estatais propostos.

Este paradigma percorreu o século XX através das legislações e da dogmática jurídico-processual[5]. Já no início do século, Franz Klein criador da primeira legislação socializadora, *Prozess-Ordnung ÖZPO (*ordenança processual civil do império austro-húngaro), lei especificamente datada de 1895, aduzia que o processo conduzia escopos político, econômico e social e era uma instituição que servia ao *Welfare State*[6].

Em nosso sistema processual, este modelo foi adotado já com a promulgação do Código de Processo Civil de 1939, conforme se denota na própria exposição de motivos assinada pelo Ministro Francisco Campos[7]. De certa forma, nosso sistema processual não conheceu outra orientação metodológica que não a de uma socialização do processo. Talvez por essa razão ainda seja tão arraigado entre nós a concepção de que o processo é um instrumento para o Estado reafirmar o direito, cuja figura central é o magistrado.

---

de direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito" (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos.* 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 78).

[3] Dierle Nunes deduz que os princípios que informavam este paradigma processual eram aqueles que fundamentavam um Estado Liberal, ou seja, o princípio da igualdade formal entre as partes. Por isso, o princípio que regeu todo o processo era o dispositivo, isto é, o processo era visto como instrumento privatístico das partes e o juiz mero expectador da disputa entre elas: "Com base nesse princípio, o liberalismo processual idealizou uma concepção de protagonismo processual das partes, uma vez que, desde a abertura (proposição) do procedimento, até mesmo o impulso processual era confiado a elas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e o término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas" (NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 76-77).

[4] LEAL, Rosemiro Pereira. *Ob. Cit.* p. 79. Também ver NUNES, Dierle. *Ob. Cit.* p. 104.

[5] Com amplas referências teóricas e legislativas, inclusive com um estudo comparatístico, NUNES, Dierle. *Ob. Cit.*p. 107 e ss.

[6] KLEIN, Franz *apud* NUNES, Dierle. *Ob.Cit.* p. 83.

[7]" [...]o nôvo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mais confiando numa certa media ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado "princípio dispositivo", de "controvérsia" ou "contradição", introduzira no processo, o nôvo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei.Noutro sentido ainda, podemos falar do cunho popular do nôvo processo: **êle é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária nos quadros do processo anterior singularmente desfavorecia"**

Desta maneira, todo sistema processual brasileiro, desde seu primeiro código, foi instituído com base em um processo a serviço da jurisdição. Assim, ele teria objetivos a serem alcançados, que escapavam ao campo jurídico:

> É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados 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. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda a ordem jurídica inclui um sistema processual[8].

Essa afirmação, recolhida da obra de Dinamarco, ganhou corpo na teoria processual brasileira. Feita com ares de novidade na década de 1980, essa concepção é tributária da obra legislativa de Franz Klein em 1895. De qualquer sorte, o mesmo autor reconhece que

> [...] sendo ela (a jurisdição) uma expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Ela reflete, na conjuntura em que se insere, a fórmula das relações entre o Estado e sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais[9].

Dessa forma, o sistema processual brasileiro, instituído à maneira de um Estado de bem-estar social, tem como objetivo a regulação da economia e das necessidades materiais através do processo. O processo serviria para outorgar aos cidadãos os bens e valores requisitados das quais o Estado afigura como devedor[10].

---

[8] DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 181.

[9] DINAMARCO, Candido Rangel. *Ob. Cit.* p. 185.

[10] Jürgen Habermas critica severamente a interpretação jurídica – e neste caso a legislação – fixada em apenas um paradigma, vez que este mesmo caso poderia ser interpretado corretamente com base em outro paradigma: "Paradigmas cerrados, que a través de monopolios profesionales o jurisprudencialmente institucionalizados de interpretación se estabilizan ellos mismos y solo pueden ya revirsarse internamente, es decir, recurriendo a sus próprios critérios, se exponen además a uma objeción metodologica mediante la que vuelve a hacerse valer el escepticismo del realismo jurídico: al contrario de lo que supone la exigência de coherencia ideal del derecho vigente, la interpretación coherente de un caso dentro de um paradigma jurídico fijo permancece esencialmente infradeterminada; pues tal interpretación há de competir com otras interpretaciones asimismo coherentes del mismo caso em paradigmas jurídicos alternativos" (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso.* 6ª ed. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 2010. p. 293. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira atribui esta crítica de Habermas ao esforço da dogmática jurídica para superar os modelos de Estado Liberal e Estado Social, criando uma reflexividade do Direito. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo

A linha instrumentalista coloca, como inerente ao processo, três objetivos que são necessariamente perseguidos: um escopo social, um escopo político e um escopo jurídico. Pelo escopo social, o processo tenderia a pacificar socialmente, eliminando os litígios surgidos e a construção de uma educação na consciência dos indivíduos dos direitos e deveres dos quais eles seriam portadores. [11] Quanto ao escopo político, o processo seria uma manifestação do Poder estatal, pelo qual este é capaz de decidir com imperatividade, uma valorização da liberdade e –pasmem – garantiria uma participação dos cidadãos na vida política do Estado[12]. Por fim, o escopo jurídico seria a atuação concreta do direito material, já há muito separado do direito processual[13].

O processo, pois, no modelo social é o *lócus* para o pleno acesso aos novos direitos reclamados pela sociedade. Nos dizeres de Mauro Cappelletti, um dos maiores defensores do processo como instrumento de consecução dos direitos prometidos pelo *Welfare State:*

> Os novos direitos sociais, surgidos com o moderno Estado social, são precisamente aqueles que se preocupam por tais obstáculos sociais, econômicos, culturais, ambientais e que, portanto, desejam promover uma maior igualdade real – ou uma menor desigualdade de fato – pelo menos no terreno de oportunidades. O movimento pelo acesso à justiça constitui, pois, um aspecto central do moderno Estado social ou *welfare state.* Note-se que não se trata de um movimento limitado à justiça em seu sentido judicial; o mesmo abarca, pelo contrário, áreas muito mais vastas, como o acesso à educação, ao trabalho, ao descanso, à saúde, etc[14].

Todas as promessas – não cumpridas, diga-se de passagem – do Estado Social poderiam ser entregues pelo ente estatal através do processo[15]. Mas, para alcançar tal

Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 204).

[11] DINAMARCO, Candido Rangel. *Ob. Cit.* p. 193 e ss.

[12] DINAMARCO, Candido Rangel. *Ob. Cit.* p. 204 e ss.

[13] DINAMARCO, Candido Rangel. *Ob. Cit.* p. 215 e ss.

[14] CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade.* Trad. Elcio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 386.

[15] Segundo Habermas, o Estado asume a tarefa de estruturar a orden social intervindo nas mais diferentes áreas: "Ao lado das tradicionais funções de guardar a ordem, que, no plano interno, o Estado assumia através da polícia, da justiça e de uma política de impostos aplicada muito cautelosamente, e que, no plano externo, apoiado nas forças armadas, ele assumia até mesmo na época liberal, surgem agora funções de estruturação. A sua especificação é naturalmente tanto mais fácil quanto mais, no transcorrer do século XX, se diferencia o leque nas tarefas do Estado-social. Já aventamos a tarefa de proteger, indenizar e compensar os grupos sociais mais fracos" (HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da esfera pública*. 2ª Ed. Trad. Flavio R. Kohte. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 2003. P. 175).

desiderato, seria necessário um aumento nos poderes dos magistrados. Este se transforma, então, na figura central do processo[16].

Corolário desta perspectiva que liga o exercício da jurisdição com os objetivos do Estado é o recente fenômeno da judicialização da política[17], onde caberia ao juiz assumir uma postura de corrigir ou evitar as distorções ocasionadas pelo poder político[18].

Assim é que se pode falar em um agigantamento do Poder Judiciário que apenas sucedeu os outros poderes na centralidade do político[19]. Múltipos podem ser os fatores citados para o crescimento do poder judiciário em detrimento dos demais poderes ou funções estatais.

Em primeiro lugar, e tal como leciona Cappelletti, o Poder Judiciário seria o guardião das promessas do Estado promocional, uma necessária readaptação do poder judiciário ao também agigantamento dos outros poderes em face da crescente intervenção na sociedade, e uma necessidade de concretizar as normas abstratas das Declarações de Direitos adotadas em todas as Constituições[20].

Luiz Werneck Vianna sustenta que a judicialização da política é decorrente da instituição do controle abstrato de constitucionalidade, onde o Judiciário poderia controlar a vontade do soberano[21].

Também, pode ser creditada esta distorção do judiciário, a uma recepção da Jurisprudência dos Valores que colocariam o juiz como guardião dos valores da comunidade[22].

---

[16] NUNES, Dierle. *Ob. Cit.* p. 108.
[17] Segundo Dierle Nunes, tal expressão foi cunhada primeiramente por C. Nael Tate e Tobjörn Vallinder em trabalho intitulado *The global expansion of judicial Power*. Pela referida expressão, queria os autores expressar uma tendência de transferência de atribuições do Poder Executivo e Poder Legislativo para o Poder Judiciário (NUNES, Dierle. *Ob. Cit.* p. 179).
[18] NUNES, Dierle. *Ob. Cit.* p. 149.
[19] CAPPELLETTI, Mauro. *Ob. Cit.* p. 386.
[20] CAPPELLETTI, Mauro. *Ob. Cit.* p. 14.
[21] VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.
[22] Marcelo Cattoni critica esta postura ao sufragar o processo político, a Jurisprudência dos valores "[...] judicializa a política e a julga à luz de pretensos valores supremos da comunidade, a que os tribunais superiores teriam acesso privilegiado. Partidários desse tipo de ativismo judicial atribuem ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado Democrático de Direito. É o Judiciário, ou melhor, os Tribunais superiores e, na sua crista, o Supremo Tribunal Federal, quem deve zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de direitos e de realização da democracia. Assim, o Supremo Tribunal Federal converter-se-ia em guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *índex* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Trata-se, ao

A judicialização da política, portanto, pode ser contestada sob diferentes matizes. Mesmo em uma teoria que defende o judiciário como guardião dos valores, tal como a de Ronald Dworkin, é válido pressupor que, ao agir assim, o Judiciário está julgando casos sob argumentos de política e não de princípios:

> Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais[23].

Da mesma forma, a entrega do produto (direitos sociais) pelo provedor-judiciário para os clientes-cidadãos não estará contribuindo para um exercício da liberdade e nem para a formação de cidadãos. Um corpo de *experts* em direito passa a decidir sobre a vida e a sorte dos cidadãos. Estes recebem de cima para baixo a prestação assistencial. Ou seja, alija-se a autonomia do indivíduo enquanto cidadão[24].

A sociedade busca a resposta dos problemas da complexidade inerente à modernidade transferindo suas responsabilidades para o Judiciário. Este se transforma em delegatário do superego social. A sociedade alivia a discussão em torno dos valores contestados colocando as responsabilidades sociais na consciência de um Poder que assume a figura paternal[25].

---

final, de uma postura que esconde uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania" (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 121-122).

[23] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Trad. Luis Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101. Também BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 44 e ss.

[24] Neste sentido a seguinte crítica: "**[...]** a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a substituição de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos" (VIANNA, Luiz Werneck. *Ob. Cit.* p. 43).

[25] "Nessa via de escape da complexidade de uma sociedade em que valores objetivos estão sendo questionados, não há dificuldade em se reconhecer o modelo clássico de delegação do superego. O alívio da discussão e do processo nos processos sociais e políticos de formação do consenso, nos quais, em geral, somente seria possível fazer um julgamento sobre normas e representações axiológicas, é alcançado por meio da centralização da consciência social no Judiciário" (MAUS, Ingeborg..*O judiciário como superego da sociedade.* Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.p. 18).

A maior dificuldade, contudo, na recente fenômeno da Judicialização da Política é, com certeza, a dificuldade democrática que esta prática impõe. Vale dizer, o foro dos tribunais impõe um novo dimensionamento do espaço público que antes pertenciam às clássicas instituições político-representativas[26].

Questões que antes eram debatidas e discutidas no âmbito do espaço próprio para reivindicações por direitos (Parlamento), passam a ser entregues sem um debate amplo que permita a livre formação da opinião e vontade pública[27]. Estas questões acabam por escapar de um controle democrático da formação de opinião e de vontade públicas:

> Se a própria justiça eleva-se, desse modo, à condição de instância moral superior da sociedade, ela é subtraída aos mecanismos sociais de controle aos quais – no campo ideal – todos os aparelhos estatais de uma forma de organização política democrática deveriam se submeter. Na dominância de uma justiça que exerce um Direito superior moralmente enriquecido em relação a outros poderes estatais que se ocupam unicamente com o Direito ordinário – e em relação ao resto da sociedade – é notória a regressão ao modelo social pré-democrático de integração[28].

É por essa razão, que o processo precisa resgatar sua condição democrática. E tal não ocorrerá com a participação de apenas um ator processual, neste caso, o juiz[29]. É preciso, pois, que se redimensione a participação dos demais atores processuais.

E, é neste sentido que se fala de um processualismo constitucional democrático apto a garantir o resgate democrático na efetivação dos direitos fundamentais discutidos no processo:

> "[...] o processualismo constitucional democrático como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel

[26] Com essa opinião: CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck(org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 17.
[27] BAHIA, Alexandre e NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*; nº 100, jan/jun de 2010, Edição em Homenagem ao Professor Orlando Magalhães Carvalho; Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, p. 57-83.p. 62.
[28] MAUS, Ingeborg. *Ob. Cit.* p. 19.
[29] "A confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu protagonismo, já deixou de ser algo defensável, para se transformar em um pesadelo para esses órgãos de execução do Estado, pressionados para fornecer decisões democraticamente formadas, sem auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade), sem infraestrutura adequada e sofrendo críticas de todos os segmentos da sociedade" (NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil.* Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 42).

> constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, a partir do necessário aspecto comparticipativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões[30].

Este modelo processual está intimamente ligado ao paradigma procedimentalista do Estado democrático de Direito. A legitimidade do ordenamento jurídico está ligada, pois, a institucionalização de espaços jurídicos de comunicação, em que se assegurem a autonomia pública e privada dos cidadãos[31].

> Se compreendermos, portanto a Constituição como a configuração de um sistema de direitos fundamentais, que assegura a inter-relação e a co-orginalidade das autonomias pública e privada e que, assim, apresenta as condições para institucionalização jurídica das formas comunicativas necessárias para uma legislação autônoma, a Jurisdição Constitucional deve referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade[32].

Para que o processo se torne também um lugar democrático, seus participantes devem assumir uma postura de interdependência, sem que haja uma predominância de qualquer um deles[33]. Há, então, que se fazer um processo cooperativo, de tal forma que o juiz e mesmo as partes desenvolvam, na atividade processual, condições para o exercício da liberdade e da autonomia dos cidadãos[34].

E é no sentido de um policentrismo e de uma comparticipação entre as partes processuais que os princípios constitucionais balizadores da atividade processual ganham importância. E um dos configuradores da nova forma processual é o princípio do contraditório. Anteriormente visto apenas como uma bilateralidade da audiência em que se garantiam apenas a informação, este é visto como a possibilidade de influência no provimento jurisdicional[35]:

---

[30] NUNES, Dierle.. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo.* n. 199, p. 41-82, 2011. p. 48. Também , Dierle, BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique.*Ob. Cit.* p. 39.
[31] HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* p. 353.
[32] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e Estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do proceso legislativo. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 300.
[33] NUNES, Dierle. *Ob. Cit.* p. 224.
[34] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 102.
[35] NUNES, Dierle. *Ob. Cit.* p. 225.

> Nessa renovada análise do sistema processual um princípio constitucional ganha nítido destaque. Trata-se do princípio do contraditório que garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controle, de reações e de escolhas dentro desta estrutura. Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit)* sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa[36].

Evita-se, pois, pela característica do princípio do contraditório em sua nova dimensão, qualquer debate jurídico de surpresa no processo. Mesmo entendimentos jurídicos que podem ser aplicados, de ofício, pelo juiz no processo, precisam passar ao crivo do contraditório, onde as partes devem debater e, com isso, influenciar a decisão a ser tomada[37]. É a garantia da não surpresa[38]. "Existiria um dever de consulta do juiz impondo o fomento do debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos *(ratio decidendi)* da futura decisão ao contraditório" [39].

O processo só ganhará uma dimensão democrática, portanto, com a possibilidade de seus atores participarem e influenciarem a formação do provimento jurisdicional.

Somente um processo como espaço de interação entre sujeitos livres e iguais é capaz de conferir legitimidade ao poder estatal de aplicar o Direito, redefinindo a esfera pública processual como uma estrutura intersubjetiva de formação democrática da opinião e da vontade pública[40].

---

[36] NUNES, Dierle; THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípio do contraditório: tendencias de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009. p. 178-179.

[37] NUNES, Dierle. *Ob. Cit.* p. 229.

[38] "Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo" (MITIDIERO, Daniel. *Ob. Cit.* p. 135-136).

[39] NUNES, Dierle; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 188.

[40] A teoria discursiva de Jürgen Habermas é toda apoiada na idéia de que apenas uma ordem superior intersubjetiva é capaz de conferir legitimidade ao processo democrático: "La teoria del discurso cuenta com la intersubjetividad de orden superior que representam los procesos de entendimiento que se efectuan a través

2 - O experimentalismo norte-americano.

Segundo Sabel e Simon, a desestabilização dos direitos públicos tem, aparentemente, dois elementos: a incapacidade da administração em cumprir as normas e direitos públicos e, como a segunda causa, o bloqueio político. O primeiro elemento é objeto de diversos embates. O segundo, apesar de ser menos discutido, é tão relevante quanto o primeiro, não dispensando a devida análise[41].

A determinação em relação ao cumprimento de normas mínimas por parte da administração é o aspecto menos controverso, evidenciando a necessidade de uma reestruturação institucional. Muitas vezes, a alegação dos reclamantes, cidadãos detentores de direitos, de que a instituição não cumpre os padrões mínimos é algo incontestável. Os gestores da máquina administrativa, por diversas vezes, assumem a impotência em relação ao não cumprimento de reivindicações de direitos públicos, justificando que eles próprios têm se esforçado para fazer cumprir os deveres das instituições. Simon e Sabel asseveram: "e*ven senior public officials, including governors and mayors, are sometimes willing to concede the point, especially when they can blame prior administrations"*[42].

Como exemplo, o Estado de Massachusetts, na administração de Michael Dukakis, admitiu que as instalações de saúde mental não cumpriam as normas mínimas de funcionamento. Outro exemplo ocorreu no governo de Williams no distrito de Columbia, onde a própria administração admitiu que as instalações do distrito para pessoas com deficiência mental eram inaceitáveis. O administrador da prisão de Arkansas incentivou uma demanda judicial no tribunal federal, cooperando com os demandantes. Na prisão no Texas, um advogado do departamento de correções informou ao procurador-geral do Estado que as condições de suas instalações estavam, em alguns aspectos, pior do que os demandantes alegaram. Outro caso peculiar ocorreu na cidade de Kansas, em que o distrito

---

de los procedimientos democráticos o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos" (HABERMAS, Jürgen. *Ob. Cit.* p. 375).

[41] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *DESTABILIZATION RIGHTS: HOW PUBLIC LAW LITIGATION SUCCEEDS*. 2004. p. 1.062. Disponível em <http://www2.law.columbia.edu/sabel/Destabilization%20Rights%20-%20Westlaw.doc>. Acessado em <05/03/2012>.

[42] Até mesmo funcionários públicos do alto escalão, incluindo governadores e prefeitos, aparentam estar dispostos a admitir a incapacidade da administração, especialmente quando eles podem culpar administrações anteriores. (*Tradução própria*.). SABEL. Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p. 1.063.

escolar inicialmente juntou-se aos pais como autor em face do Estado e, só mais tarde, foi realinhado pelo tribunal como réu[43].

Com efeito, o tribunal figura definindo um desempenho mínimo das instituições. Padrões são testados e aprovados através de depoimentos de especialistas sobre a prática habitual por profissionais experientes, universitários e através de notificação judicial de normas promulgadas pelo credenciamento ou padrão de definição de organizações dentro do campo em questão[44].

Na educação, os tribunais olham para o desempenho dos alunos através de testes padronizados, para a qualificação dos professores e para as instalações escolares em normas promulgadas por órgãos de validação.

O segundo elemento da desestabilização dos direito públicos é a imunidade à correção política, figurando como algo distintivo no âmbito de direito público. Enquanto o processo judicial tradicional, entre privados, opera-se em um ambiente de concorrência no mercado, onde os atores privados desejam se proteger contra a concorrência, as instituições governamentais tendem a ser monopolista. Segundo Sabel e Simon[45], seus mecanismos principais tendem a ser eleitoral e político.

O elemento político geralmente não é explícito, contudo, figura como um elemento importante. O controle político majoritário não responde aos interesses de uma minoria, vulnerável. A minoria pode ser um grupo racial, como em algumas versões da educação, saúde e habitação, ou pode ser um grupo que foi socialmente estigmatizado com base na sua conduta ou estado, como acontece com os prisioneiros e pacientes de saúde mental[46].

Este segundo elemento, o bloqueio político, por vezes se torna saliente em fases posteriores de um caso em que o tribunal avalia a adequação de uma resposta administrativa ou legislativa para uma declaração inicial de responsabilidade[47].

O modelo experimentalista surge como provável solução para a desestabilização dos direitos públicos. Às vezes, em casos de litígios de interesse público, as sentenças tomam uma forma punitiva, impondo sanções a fim de induzir o cumprimento de outras ordens. Estas sanções figuram como uma espécie de pena padrão, um resultado que

[43] SABEL. Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p. 1.063.
[44] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p. 1.063.
[45] Ibid. p.1.064
[46] Ibid.
[47] Ibid. p.1.066.

nenhum gestor da administração desejaria obter. Destina-se, em verdade, a induzir as partes a uma negociação, ao invés de aplicação unilateral de sanções[48].

Nos Estados Unidos, em casos extremos, a intervenção judicial pode, temporariamente, retirar a autoridade dos gestores de instituições demandadas, afastando a execução de comando e controle de receitas para uma abordagem experimentalista. Esta tendência é utilmente capturada num modelo com três características gerais, que são: negociações das partes interessadas; adoção de um regime de *rolling rule* e, por fim, a característica de transparência.

Em relação à primeira característica, as partes se reúnem para negociar um plano de correção do problema. Outras partes interessadas podem ingressar. Os grupos que reivindicam interesses significativos serão admitidos para as negociações, mesmo se eles não forem concebidos como partes formais. Grupos, cuja participação é considerada importante para o sucesso da reforma, podem ser convidados. As negociações podem ser supervisionadas por um mestre especial ou mediador nomeado pelo tribunal. Esses funcionários extrajudiciais, juntos com consultores técnicos recrutados pelo juiz ou pelas partes, vão ajudar as partes a falar uns com os outros de uma forma organizada, definindo uma agenda e as regras básicas para a discussão, auxiliando na coleta de informações[49].

As negociações são deliberativas. Os atores se encontram face a face, e defendem suas posições com razões. Eles são orientados a ouvirem uns aos outros com boa fé devendo permanecer aberto à aprendizagem.

O objetivo da negociação é o consenso. Os interessados devem estar abertos à real possibilidade de que, dentro das restrições impostas por determinação da responsabilidade, possam chegar a um acordo visando à reparação do problema. O mestre ou o mediador visam a um consenso entre as partes. Em última análise, o consenso pode não se materializar. O mestre pode ter que retornar para o embate com múltiplas propostas, ou com uma proposta amparada nas fundamentações das partes interessadas. A busca pelo consenso desempenha um papel importante, mesmo quando este não puder ser alcançado. Ela obsta o encerramento antecipado de um diálogo, reforçando o compromisso de abertura e de respeito mútuo[50].

[48] Ibid. p.1.067.
[49] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p. 1.067-1.068
[50] Ibid. p.1.068.

Na prática, a extensão em que a deliberação ocorre na formulação de uma reparação varia consideravelmente. Réus hostis podem resistir a lidar com os autores, mesmo que tal resistência aumente potencialmente o risco do tribunal rejeitar suas propostas. Alguns mestres, por vezes, preferem se encontrar com as partes interessadas e, em seguida, tentar elaborar um plano aceitável por conta própria, ao invés de incentivar as negociações diretas. No entanto, as negociações diretas, com ou sem mestres, são mais utilizadas. Na prisão da Califórnia, em um caso médico, as partes concordaram em não procurar um mestre ou outro intermediário porque queriam lidar uns com os outros, sem qualquer intermediação[51].

Em segundo lugar, a intervenção toma a forma de um regime de *rolling rule*, onde as regras que emergem da negociação corretiva são provisórias. Elas incorporam um processo de reavaliação e revisão contínua com a participação dos interessados[52].

As partes interessadas reconhecem que não podem efetivamente elaborar um regime de regras fixas. Mesmo com o processo judicial, em busca da averiguação dos fatos, estes tem informação limitada. Desta forma, não podem expressar plenamente suas intenções, pois, inevitavelmente, deixariam lacunas e ambigüidades, não podendo antecipar todas as contingências futuras.

A resposta a este problema é concentrar-se em normas de resultados que permitem margem de manobra para aqueles sujeitos às disposições normativas. Entretanto, essa abordagem tem desvantagens que devem ser reconhecidas. Primeiro, ela pode criar uma desobrigação das partes interessadas da responsabilidade de esclarecerem seus entendimentos tanto quanto possível. Além disso, adia a tarefa de especificação de situações em que as pessoas regidas pelas normas têm interesses divergentes. Na época da negociação inicial, alguns interessados terão uma noção geral de seu próprio interesse nas normas. Contudo, para muitas partes interessadas, haverá uma boa dose de incerteza sobre como as normas combinarão com os interesses públicos. À medida que ocorre a implementação dos direitos, atores particulares irão desenvolver interesses em interpretações particulares de normas gerais. Por exemplo, funcionários públicos, cujo desempenho está sendo avaliado, irão desenvolver interpretações mais consistentes com relação ao seu desempenho[53].

[51] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p. 1.068-1.069.
[52] Ibid. p.1.069.
[53] Ibid. p.. 1.069.

Espera-se que a aplicação das normas sofra constante reavaliação e revisão. As partes interessadas continuarão a ser envolvidas nos processos de monitoramento e avaliação. Na medida em que qualquer uma delas vier a acreditar que as normas já não captam as expectativas apropriadas, estas podem ser revisitadas e revisadas por meio do processo de avaliação. Por exemplo, se os resultados dos testes educacionais são altos porque os professores têm diminuído, de forma inadequada, o modo de cobrança, o teste deve ser revisto ou o modo de avaliação deve ser alterado[54].

No Texas, por exemplo, foram relatados progressos significativos com relação ao projeto "*teach to the test*"[55]. O teste de avaliação, adotado pela primeira vez no âmbito do sistema de escola pública de responsabilidade, enfatizou a memorização de uma forma que incentivou os professores a se concentrarem na instrução que tinham pouco uso. Alguns professores que haviam perdido toda a esperança nas aptidões dos seus alunos ficaram surpresos ao descobrirem que eles poderiam ser ensinados a fazer as provas. Quando as queixas sobre a metodologia *"teach to the test"* surgiram, a colaboração entre professores e administradores produziu um regime de teste novo que incidiu menos em pedagogia algorítmica e mais na aprendizagem conceitual[56].

O terceiro elemento do modelo é a transparência. No mínimo, este elemento reafirma a exigência de que as políticas e normas de funcionamento dos regimes rolling-*rule* devem ser explícitas e públicas. Mais ambiciosamente, transparência significa que medidas e procedimentos para avaliação do cumprimento devem ser estabelecidos, e que estes procedimentos e seus resultados devem se tornar públicos[57].

Transparência é tanto um elemento de responsabilidade quanto um dispositivo de aprendizagem. Este elemento objetiva uma facilitação das práticas de comparação. Por exemplo, ao analisar o nível de desempenho, o tribunal e as partes podem vislumbrar os desempenhos de unidades comparáveis. Uma vez que os pioneiros forem identificados, os retardatários devem ser capazes de aprender com as práticas dos pioneiros. Assim, os retardatários devem receber sanções, assistência de reparação, ou ambos[58].

A necessidade de transparência é evidente, mas a transparência requer processos que não são amplamente encontrados e que são, por muitas vezes, conquistados com

[54] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p. 1.070.
[55] Ensinar para a prova. (*Tradução livre*)
[56] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p. 1.070.
[57] Ibid. p. 1.071.
[58] Ibid . p. 1.072

dificuldade. Os obstáculos são tanto a nível político quanto técnico. Organizações de todos os tipos, muitas vezes, resistem à transparência. O regime de educação do Texas, parcialmente nacionalizada pelo *Child Left Behind Act*[59] é uma exceção importante: ele determina que os dados de desempenho da escola e do distrito devem estar à disposição do público[60].

Além desta disponibilização pública, as comparações disciplinadas exigem que os dados de desempenho sejam formulados de uma maneira que permitam a avaliação comparativa.

Comparações disciplinadas também podem gerar recompensas intangíveis na forma de respeito e prestígio para alto desempenho das instituições. Quanto ao mau desempenho, o truque é equilibrar reparação e apoio, perda de controle e punição definitiva.

Os gestores da administração pública frequentemente afirmam que o desempenho inadequado da administração é resultado de uma insuficiência de recursos. Em certos casos, a falta de recursos pode justificar essas alegações. Onde tais alegações forem fundamentadas, um direcionamento de recursos pode ser a resposta. No modelo experimentalista, quando o desempenho é injustificado, ocorre o aumento das sanções interventivas ou punitivas[61].

O modelo experimentalista fixa grande parte da sua esperança nos efeitos da transparência. Ao expor o mau desempenho torna possível, assim, que se apareçam os problemas para refletir acerca das soluções, inclusive extrajudiciais como demonstrado.

As reformas propostas pelo modelo experimentalista vêm oferecendo uma notável inovação no modo de gestão das burocracias públicas, superando diversos entraves do modelo gerencialista. O modelo experimentalista surgiu como uma crítica por parte de seus principais proponentes, Sabel e Simon.

Segundo esses autores, como a principal dificuldade do setor público é o delineamento de metas de desempenho, deve permitir a construção de mecanismos por meio dos quais os envolvidos interajam, descobrindo conjuntamente tudo o que precisa ser elaborado e a melhor forma possível de se executar.

[59]Lei da Criança deixada pra trás. *(Tradução livre).*
[60] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Op. Cit. p.1.072.
[61]Ibid. p. 1.072-1.073.

Assim, este modelo de gestão requer instituições experimentalistas, que compreendam a necessidade do caráter provisório de suas metas. A aprendizagem social ocorre através de um questionamento constante sobre a execução, revendo, recorrentemente, suas normas e estruturas.

Em suma, o modelo experimentalista demonstra três relevantes vantagens em relação ao modelo gerencialista tradicional, quais sejam: a possibilidade de precisão e monitoramento de resultados; o monitoramento do desempenho inserido nos contextos de realização de tarefas por parte de que gerencia, criando meios para a compreensão sistêmica de cada problema a ser superado, permitindo a detecção dos problemas que obstam o cumprimento das leis; e, como terceira vantagem, a transparência nos mecanismos de revisão qualitativa do desempenho.

Desta forma, o modelo experimentalista norte americano apresenta uma variedade de aplicações, contando com a participação direta dos cidadãos para a consubstanciação dos direitos sociais.

Conclusão

Pôde-se verificar que está ocorrendo diversas transformações no processo e na dogmática processual para se adequar aos novos litígios e reivindicações de uma sociedade complexa e plural como a nossa. O litígio é parte imanente de uma sociedade como a nossa em que se encontram interesses contrapostos por todos os lados. O Estado e a sociedade precisam saber lidar com as reivindicações individuais já que a pessoa humana é o centro do Direito e pelo qual este ganha legitimidade.

Um processo só é democrático se se tornar um espaço de discussão pública. E para se tornar um espaço de discussão pública é preciso que se redimensionem alguns de seus institutos. E, quiçá, a dogmática processual precisa se readequar às novas formas de litigiosidade, dando um enfoque para os atores processuais.

A concretização dos direitos fundamentais prometidos em todas as constituições democráticas dependerá, essencialmente, da forma com que se encare o processo. Um processo que apenas o Estado aplique de forma unilateral o Direito acaba caindo no erro do paternalismo. Para que se evite esse equívoco do Estado de bem-estar social é necessário que possam os indivíduos exercer a liberdade e a manifestação de suas opiniões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre e NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*; nº 100, jan/jun de 2010, Edição em Homenagem ao Professor Orlando Magalhães Carvalho; Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, p. 57-83.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado.* Curitiba: Juruá, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade.* Trad. Elcio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e Estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In:

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck(org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Trad. Luis Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.*6ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da esfera pública*. 2ª Ed. Trad. Flavio R. Kohte. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos.* 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social y como ciencia. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 57-86, jan./jun. 2009.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade.* Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil.* Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo.* n. 199, p. 41-82, 2011.

NUNES, Dierle; THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *DESTABILIZATION RIGHTS: HOW PUBLIC LAW LITIGATION SUCCEEDS*. 2004. p. 1.062. Disponível em <http://www2.law.columbia.edu/sabel/DestabilizationRightsWestlaw.doc>. Acessado em <05/03/2012>.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

COISA JULGADA VIOLADORA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: OS IMPACTOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

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 em português: O estudo em tela se baseia em análises gerais acerca da coisa julgada inconstitucional e da jurisdição constitucional, a fim de, posteriormente, estabelecer uma relação entre estas. Dessa forma, tornar-se-á viável investigar a possibilidade de incidência da jurisdição constitucional posteriormente à formação de coisa soberanamente julgada, notadamente em casos de sentenças inconstitucionais desde a sua origem. Em síntese, o que se pretende é realizar um embate entre a preservação da integridade constitucional e a segurança jurídica, de forma a aferir se é possível, em nome da supremacia da Constituição Federal, violar a coisa julgada previamente formada.

Palavras-Chave: coisa julgada inconstitucional, jurisdição constitucional, coisa soberanamente julgada, integridade constitucional, segurança jurídica.

Abstract: The study is elaborated based on general analysis regarding unconstitutional res judicata and constitutional jurisdiction, in order to, in a subsequent moment, establish a relation between those institutes. In doing so, it is practicable to investigate the possibility of incidence of constitutional jurisdiction set at a moment subsequent to the formation of the res judicata, specifically in situations where facing unconstitutional judicial decisions in its origin. In short, the aim of this study is to undertake a collision between the constitutional integrity preservation and legal certainty, in order to assess if it is possible, in the name of the Federal Constitution supremacy, to violate the previously established res judicata.

Keywords: unconstitutional res judicata, constitutional jurisdiction, constitutional integrity, legal certainty.

1. Introdução

Em outras oportunidades, fora destacada a notória e importante repercussão que a relativização da coisa julgada gera não somente no meio jurídico, mas também entre os jurisdicionados[1]. No âmago de satisfazer seus interesses a qualquer custo, os cidadãos acabam por enxergar a relativização da coisa julgada como uma espécie de "luz no fim do túnel". Logo, mais uma vez, valendo-me das palavras de Willian Couto Gonçalves, que muito bem destaca o fascínio causado pela coisa julgada, há que se reiterar que o estudo da coisa julgada é um dos temas mais polêmicos e intrigantes do Direito Processual[2].

Em decorrência das complexidades inerentes ao estudo do instituto da coisa julgada, inúmeras são as questões que gravitam em torno do tema em apreço. Nada obstante, a preocupação central deste ensaio não é analisar a tese relativista de forma ampla, mas sim, voltar os olhos para a relativização nos casos em que ocorre a formação da coisa julgada inconstitucional, analisando, inclusive, a forma como o assunto vem sendo tratado pela jurisprudência, notadamente junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) no exercício da jurisdição constitucional.

Logo, o que se pretende fazer, em um primeiro plano, é analisar aspectos gerais ínsitos à tese da coisa julgada inconstitucional para, em um segundo momento, analisar o assunto à luz da jurisdição constitucional, de forma a verificar o comportamento do STF diante da tese da relativização da coisa julgada violadora da Constituição Federal.

Cumpre ressaltar, ainda, que quando se elenca como objeto de análise o estudo da relativização, não se está incluindo a hipótese de desconsideração da coisa julgada provocada pelo manejo de ações rescisórias. Portanto, o campo de observação se restringe à possibilidade de "mitigação" da rigidez da coisa julgada posteriormente à formação da

---

[1] *"O estudo da coisa julgada, sem dúvidas, sempre assumiu importância fulcral no cenário jurídico mundial. Hodiernamente, o interesse pelo instituto da coisa julgada vem ganhando novos contornos, fazendo com que a doutrina passe a centrar foco na possibilidade de desconstituição das sentenças transitadas em julgado. E a questão relativista vem ganhando tanto espaço na atualidade que passou a ser enxergada como uma espécie de ―luz no fim do túnel‖ para a resolução dos problemas do Judiciário, notadamente a falta de comprometimento dos juízes com a busca da tão festejada verdade real, em detrimento da verdade meramente formal".* (GONÇALVES, Fabiana. *Coisa Julgada: a fragilidade escondida por detrás do dogma.* Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_8a_edicao.pdf. Acesso: 11.07.2012).

[2] Ainda, continua o autor: *"Provavelmente é o tema sobre o qual mais tenham escrito os juristas em todos os tempos. Sua inegável importância transcende os limites do direito processual para refletir-se nos demais domínios do direito como um das questões hoje considerada até mesmo constitucional, enquanto garantia inscrita nos textos de nossas cartas políticas (art.5º, XXXVI, de nossa atual Constituição)".* (GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p.163).

coisa soberanamente julgada, ou seja, após o transcurso do tempo legalmente previsto para a propositura das ações rescisórias.

Lógico que não se está negando que a ação rescisória é mecanismo capaz de atenuar a blindagem conferida pela coisa julgada. Entretanto, nesse caso, há expressa autorização legal para tanto, tendo o legislador criado um mecanismo para atacar as sentenças já transitadas quando estas forem inquinadas de determinados vícios previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Nada obstante, urge salientar a existência de autores que chegam a afirmar que a norma da lei ordinária que autoriza o manejo da ação rescisória para modificação da coisa julgada é, aparentemente, inconstitucional[3]. No entanto, ressalte-se que a discussão acerca da constitucionalidade (ou não) da lei que cria as ações rescisórias, em específico, não nos interessará nesse estudo.

Como se não bastassem todas as polêmicas oriundas da tese relativista, o fato de que a jurisdição constitucional também é capaz de proporcionar calorosos debates na atualidade, fazendo com que algumas discussões se corporifiquem. Nessa esteira, surge a seguinte indagação: *qual o limite das decisões judiciais e até que ponto a falta de comprometimento dos juízes ao longo do processo decisório é capaz de gerar insatisfações oriundas de decisões equivocadas, discricionárias ou até mesmo inconstitucionais?*

Ou seja, se interpretar, de fato, constitui ato de vontade, conforme outrora afirmara o ministro Marco Aurélio[4], quais devem ser os limites da atividade interpretativa dos juízes? Ora, se a interpretação é discricionária, consoante muitos nos fazem crer, será que não deveria haver uma preocupação primária do Poder Judiciário, especialmente do STF, em coadunar as decisões judiciais emanadas com a Constituição Federal?

Ora, não devem pairar dúvidas a respeito da necessidade de imposição de limites aos juízes. Portanto, a Constituição Federal precisa e deve ser um norte a guiar a atuação

---

[3] *"A coisa julgada não pode ser modificada nem por emenda constitucional (CF 1º caput e 60 § 4º I e IV), nem pela lei (CF 5º, XXXVI). A fortiori, não poderia ser modificada por outra decisão do Poder Judiciário. Portanto, a norma da lei ordinária, que autoriza a modificação da coisa julgada pela ação rescisória (CPC 485), seria, aparentemente, inconstitucional. Entretanto, vemos a previsão legal da ação rescisória como conseqüência da incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença com os vícios arrolados em numerus clausus pelo CPC 485".* (NERY JUNIOR, Nelson Nery. Coisa julgada e o estado democrático de direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Revista Forense*, v.100, n. 375. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 141).

[4] Em entrevista concedida à revista Dinheiro Rural, o ministro Marco Aurélio afirmou: *"é claro que haverá sempre dúvidas porque a lei é morta. Quem vivifica a lei é o intérprete e o ato de interpretar é, acima de tudo, um ato de vontade que pode acontecer de formas diferentes".* (Entrevista disponível em: http://www.terra.com.br/revistadinheirorural/edicoes/61/artigo156948-2.htm#. Acesso: 24.11.2011).

dos magistrados, de forma a obstar a tomada de decisões meramente discricionárias. E, havendo violação, cabe à jurisdição constitucional nos remeter a uma resposta correta. Assim, evidente o acerto de Lenio Streck ao aduzir que os juízes possuem obrigação moral de justificar as suas decisões, afirmando, ainda, que uma decisão adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos). Além disso, destaca o autor que a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história[5].

Mas, a grande dúvida que se põe aqui, e esta dúvida integra a pauta de reflexões do estudo ora apresentado, é: qual o limite temporal da atuação da jurisdição constitucional? Ou seja, é possível haver exercício da jurisdição constitucional após a formação de coisa soberanamente julgada? Em suma, o que se pretende com o estudo ora apresentado é aferir se a constitucionalidade das decisões é tão importante a ponto de justificar uma possível relativização da coisa julgada. Ou seja, caberia a relativização de determinada decisão inconstitucional transitada em julgado em detrimento da segurança jurídica?

2. Breves comentários acerca da coisa julgada inconstitucional

Preliminarmente, há que se destacar que parte da doutrina relativista defende a possibilidade de desconsideração da coisa julgada em caso de cometimentos de injustiças graves[6]. Ocorre que, o grande problema existente no discurso daqueles que defendem a possibilidade de relativização da coisa julgada em caso de cometimento de injustiças extremas, reside no fato de o conceito de injustiça ser deveras amplo, o que faria com que a simples alegação de injustiça pudesse ser apta a autorizar a revisão de uma decisão já transitada em julgado. Com vistas a solucionar tal problema, surgiu uma nova doutrina que, de forma menos ampla, passou a defender a possibilidade de se desconsiderar a coisa julgada.

Pode-se afirmar, portanto, que tal posicionamento seria uma espécie de posição "intermediária", esposando a tese de que seria possível mitigar a rigidez da coisa julgada

[5] STRECK, Lenio. O positivismo discricionarista e a Crise do Direito no Brasil: A Resposta Correta (Adequada a Constituição) como um Direito Fundamental do Cidadão. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. *Temas sobre direitos humanos.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 95.

[6] Cândido Rangel Dinamarco chega a afirmar que não ficam imunizadas as sentenças que transgridam frontalmente o valor justiça, pois não se legitima que, para evitar a perenização dos conflitos, perenizem as inconstitucionalidades de extrema gravidade ou injustiças insuportáveis e manifestas. (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil* - Volume III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 315).

sempre que esta fosse atentatória à Constituição Federal. Dessa forma, é inegável que, ao defender a possibilidade de revisão das decisões já transitadas em julgado somente em casos de ofensas graves à Constituição, impede-se, de certa forma, que a relativização seja levada a uma liberdade total, utilizando-se a relativização como um verdadeiro instrumento de controle de constitucionalidade, de modo a impedir a estabilização de decisões inconstitucionais.

Registre-se, desde já, que a utilização da expressão coisa julgada inconstitucional ao longo deste estudo somente alcança a inconstitucionalidade originária de determinada decisão (ou seja, quando esta já nasce inconstitucional), não sendo feita menção à inconstitucionalidade superveniente, isto é, aquela que nasce *a posteriori* em virtude da declaração ulterior por parte dos órgãos competentes para tanto. Dessa forma, o que importará, nesse momento, será a má compreensão e interpretação da Constituição (bem como a má fundamentação das decisões emanadas pelo Poder Judiciário) por parte dos juízes, e não o problema da má formulação das leis, questão esta que diz respeito ao Poder Legislativo.

Dito isto, antes de apresentar os entendimentos mais importantes dos autores que defendem a possibilidade de relativização das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, há que se tecer uma observação terminológica atinente à utilização da expressão "coisa julgada inconstitucional", termo este que, conforme defende José Carlos Barbosa Moreira, não é tecnicamente correto, já que o que de fato pode vir a ser inconstitucional não é a coisa julgada propriamente dita, mas determinada sentença transitada em julgado[7]. Realizada essa observação preliminar, passemos à análise dos argumentos mais relevantes existentes.

Nesse passo, cumpre destacar que o autor que merece maior destaque no estudo da coisa julgada inconstitucional é o jurista português Paulo Otero, que afirmara que os atos jurisdicionais violadores de direitos constitucionais, praticados por um juiz no exercício de suas funções, se assumem como verdadeiras decisões jurídicas inconstitucionais. Acontece que, de acordo com o autor português, toda atividade jurídica deve se encontrar subordinada ao princípio da constitucionalidade[8].

[7] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A coisa julgada inconstitucional. In: *Temas de direito processual.* Nona Série. São Paulo: 2007, p. 252.

[8] NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 10.

Humberto Theodoro Júnior, em artigo conjunto com Juliana Cordeiro de Faria, faz ressurgir a discussão anteriormente proposta por Paulo Otero, notadamente no que tange à possibilidade de se impedir que decisões atentatórias à Constituição sejam eternizadas. Nessa linha, assinalam que a coisa julgada não pode suplantar a lei (entenda-se lei infraconstitucional e norma constitucional), sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a Constituição. Assim, prosseguem os autores, se a lei não é imune aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, também não deveria se falar em imunidade da coisa julgada[9].

Destaque-se, ainda, que Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, ao contrário do que alguns autores defendem, afirmam que a incompatibilidade de uma sentença com a Constituição não seria causa de inexistência, mas de invalidade. Assim, foge-se da ideia de que uma decisão inconstitucional sequer seria apta a formar coisa julgada, afirmando-se que o ato decisório ofensivo a algum mandamento constitucional não deixará de existir como sentença, mas se imporá a necessidade de sua invalidação[10].

Nessa esteira, simpático à ideia de relativização em casos de afronta à Constituição, Alexandre Câmara chega a afirmar que a relativização se impõe, muito embora entenda que esta não deve existir diante de mera alegação de injustiça da sentença. Assim, apregoa o autor que não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada (ou é injusta) para que se admita o reexame do que ficou decidido, pois, estar-se-ia aniquilando o instituto da coisa julgada. Mas, por outro lado, Câmara entende que, no caso de se ter algum fundamento inconstitucional, seria possível reapreciar o que ficou decidido por uma sentença transitada em julgado. Dito de outra maneira, apenas no caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado seria possível relativiza-se a coisa julgada[11].

É notório, portanto, que os autores defensores da possibilidade de relativização em casos de inconstitucionalidade de determinada sentença criticam veementemente a

[9] THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). Op. cit. p. 104.
[10] E afirmam os autores: *"Uma decisão que viole diretamente à constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer, que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando os requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe".* (Idem, p. 35).
[11] CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDDIER JUNIOR, Fredie (Coord.) *Relativização da coisa julgada*. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 31.

insindicabilidade das decisões judiciais, sob o argumento de que as decisões emanadas pelo Judiciário também devem se submeter à Constituição, sob pena de se tornar o Poder Judiciário um poder público "mais igual do que os outros", consoante afirma Paulo Otero. Assim, segundo o autor, as sentenças dos tribunais são obrigatórias para as entidades privadas, desde que não violem preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias referenciadas pelo artigo 17 da Constituição[12].

3. O papel da jurisdição constitucional e o problema da discricionariedade

Em recente entrevista, o ministro Gilmar Mendes, ao tratar do tema jurisdição constitucional, afirmou que se trata de atividade jurisdicional incumbida de dirimir as controvérsias constitucionais, seja no controle concentrado, seja no controle difuso. No nosso sistema, de acordo com o ilustre ministro, qualquer juiz ou tribunal exerce em parte a jurisdição constitucional, enquanto o Supremo a exerce de forma superlativa, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso[13].

No entanto, o que Gilmar Mendes se esquecera de mencionar é que, se todos os textos jurídico-normativos do sistema jurídico somente podem ser considerados como válidos se interpretados em conformidade com a Constituição (e se a compreensão é condição de possibilidade para a interpretação), e se isto nem sempre ocorre na devida medida, então é possível dizer que nem sempre há compreensão[14]. Assim sendo, a verdade é que, muito embora ninguém negue que a Constituição deva servir de parâmetro para nortear a interpretação dos magistrados, na prática, muitas vezes, ocorrem violações veladas (e, por vezes, nem tão veladas assim).

Conforme bem ressaltado por Lenio Streck, a Constituição estatui limitações explícitas ao governo nacional e aos estados, institucionalizando a separação de poderes de tal maneira que um controla o outro, e o Judiciário aparece como salvaguarda para

---

[12] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.* Lisboa: LEX, 1993, p. 165.

[13] Ainda, continuou Gilmar Mendes afirmando que: *"Evidente que o Supremo exerce funções outras que não de jurisdição puramente constitucional. Quando decide, por exemplo, atividade de jurisdição administrativa, às vezes mandado de segurança, em que discute meras questões administrativas e não de alçada constitucional ou mesmo fora de debate constitucional alguns temas da jurisdição criminal, isso não tem necessariamente a ver com jurisdição constitucional".* (Entrevista disponível em: http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii. Acesso: 24.11.2011).

[14] STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

eventuais rupturas, em particular através do *judicial review*[15]. Sem embargo, o que se vê na prática é um Judiciário que, por vezes, em vez de exercer seu papel de salvaguarda, é o primeiro a violar as disposições constitucionais. E o problema não para por aí: em muitos casos, decisões violadoras da Constituição Federal transitam em julgado, o que nos faz questionar se seria possível, após o prazo previsto para o manejo da ação rescisória, requerer uma revisão da mesma, sob o fundamento de haver inconstitucionalidade. Dessa forma, há que se indagar: o papel da jurisdição constitucional transcenderia os limites da coisa julgada?

Independentemente da resposta a que se chegue, fato é que não se pode negar a importância do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. Não se pode olvidar, portanto, que o constitucionalismo seria não só uma conquista e um legado do passado, mas o legado mais importante do século XX (e ainda será no século XXI)[16]. E, considerando a importância desse legado, a sua preservação se torna imperiosa. Por esse motivo, devemos sim prestar contas à Constituição e é exatamente para isso que serve a jurisdição constitucional: para garantir que essa prestação de contas ocorrerá.

Mas a verdade é que, embora seja sabido que essa prestação de contas deve ocorrer (e isso inclui as decisões dos juízes, que igualmente devem prestar contas à Constituição Federal), a todo tempo, setores do pensamento jurídico-político apresentam teses que têm como pretexto um problema particular do cotidiano para, no fundo, desconstituir a Constituição[17]. Todavia, apesar de diariamente nos depararmos com inequívocas e contundentes violações constitucionais (perpetradas por todos os poderes, incluindo o Judiciário, que deveria salvaguardar a higidez constitucional), não se pode olvidar que a Constituição Federal deve permanecer sendo o norte de todo o sistema jurídico.

Nessa toada, conforme brilhantemente esposado na obra *Ulisses e o Canto das Sereias*, as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o

[15] Idem, p. 95.
[16] *"Mas a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação do seu texto. A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional".* (Idem, p. 99).
[17] *"Essas propostas vão desde mini-constituintes para efetuar uma duvidosa reforma política, até à construção de um ambiente doutrinário no interior do qual se convive pacificamente com a degradação dos (pré)compromissos estabelecidos pelo constituinte de 1988 através de uma irresponsável defesa de bons ativismos judiciais para resolver problemas que a realidade imediata apresenta".* (BARRETTO, Vicente de Paulo, STRECK, Lenio, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Ulisses e o canto das sereias*. Disponível em: http://blogwilliamdouglas.blogspot.com/2011/05/ulisses-e-o-canto-das-sereias.html. Acesso: 24.11.2011).

corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas) e isso é de fundamental importância[18]. Assim, a jurisdição constitucional funcionaria como garantidora das correntes de Ulisses, impedindo que a discricionariedade sepulte os valores constitucionalmente consagrados.

Entretanto, diante da realidade e em tempos de enfrentamento entre o neoconstitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos), destaca Lenio Streck, é importante discutir o seguinte problema metodológico: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição[19]. Com o aumento de todas essas tensões, parece inegável que o papel da jurisdição constitucional venha a ser questionado[20].

Todos esses questionamentos ganham ainda mais corpo quando se verifica a existência de discricionariedades interpretativas por parte de juízes, por vezes incapazes de alcançar respostas corretas e constitucionalmente adequadas. E o pior é o respaldo que o próprio STF, que deveria ser o principal responsável pela preservação das "correntes de Ulisses", confere a tais posturas ao afirmar que *"interpretar é um ato de vontade"*[21]. Não se está aqui defendendo que ao juiz incumbe tão somente a tarefa de concretizar a vontade da lei, assim como Giuseppe Chiovenda outrora afirmara[22] (consagrando-se, com isso, o brocado de Montesquieu no sentido de que o juiz é a boca da lei[23]). Nesse aspecto, há que se concordar que é absurdo insistir contra o reconhecimento do caráter vago e poroso dos conceitos legais ou da pré-compreensão de cada juiz, em que este tenha de se ater

[18] Idem.
[19] STRECK, Lenio. *Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 1103 - 1153.
[20] Nesse sentido, Lenio Streck afirma que "*a resposta exsurgirá de uma opção paradigmática: fundamentar/justificar discursos ou compreender (fenomenologicamente) Enfim, a escolhe entre consenso e verdade e todas as conseqüência daí exsurgentes*. *(...) Diante dessa verdadeira revolução copernicana que atravessou o direito a partir do segundo pós-guerra, as diversas teorias jusfilosóficas tinham (e ainda têm) como objetivo primordial buscar respostas para a seguinte pergunta: como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes)?".* (Idem).
[21] STRECK, Lenio, BARRETTO, Vicente de Paulo, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. cit.
[22] CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002, p. 08.
[23] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis* (tradução de Cristina Murachco), livro XI, cap.6. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.179.

estritamente ao que diz a lei[24]. Por outro lado, não é possível aceitar a arbitrariedade interpretativa que vai além dos limites constitucionalmente impostos.

O problema é que muitos ainda colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido. E, nesse contexto, "filosofia da consciência" e "discricionariedade judicial" são faces da mesma moeda. Há, em contrapartida, juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei. De todo modo, mesmo hoje, em plena era da tão festejada invasão da filosofia pela linguagem, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate "formalismo-realismo" (isso quando não ocorre a mixagem entre as posturas). Ainda, em muitos casos, opta-se pela "vontade do legislador" quando as opções acima não são suficientes, o que acaba gerando decisionismos e arbitrariedades - cada um interpreta como melhor lhe convém[25].

Em síntese, toda essa discricionariedade inerente à atuação dos juízes gera arbitrariedades e, em muitos casos, viola-se a própria Constituição sob o pretexto do "livre convencimento motivado". Não basta, nessa esteira, que o juiz entenda como quiser e decida como melhor lhe aprouver e motive essa decisão de forma a respaldar seu entendimento. A motivação deve, mais do que elencar argumentos que corroborem as decisões, demonstrar a conformidade destas decisões com a Constituição Federal. Se permitirmos que a discricionariedade invada o sistema jurídico brasileiro, toda a luta contra o positivismo normativista terá sido em vão[26].

4. Coisa julgada inconstitucional: qual o limite da jurisdição constitucional?

O grande problema que põe em risco a estabilidade das "correntes de Ulisses" na atualidade, sem dúvidas, é a discricionariedade que permeia as decisões dos juízes, fazendo com que uma mesma questão seja decidida de determinada maneira em um dado momento e, em outro momento, a mesma questão seja decidida de forma diversa (e, por vezes, isso

[24] HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 292.

[25] STRECK, Lenio. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 24.11.2011.

[26] Sobre o tema, Lenio Streck apregoa que *"(...) o constitucionalismo - nesta sua versão social, compromissória (e dirigente) - não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas".* (Idem).

ocorre em um mesmo tribunal), como se fosse possível a existência de várias respostas corretas para uma só pretensão.

No que tange ao tema políticas públicas, por exemplo, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), no dia 03 de março de 2010, ao julgar a Apelação Cível 2009.001.27726, em demanda na qual o autor pretendia a criação de rede de saneamento básico que abastecesse a sua residência, entendeu que se impõe a atuação do Judiciário para corrigir o atuar inconstitucional do poder público, que prioriza a construção de obras nababescas - ao invés de cuidar do meio ambiente, saúde e dignidade de sua população -, condenando-o a promover a rede de saneamento no prazo de 24 (vinte e quatro meses)[27].

Curioso notar, por outro lado, que, aproximadamente 02 (dois) meses antes da referida decisão, mais precisamente em 19 de janeiro de 2010, esse mesmo Tribunal de Justiça (9ª Câmara Cível) entendera, em questão idêntica, pela impossibilidade de se condenar o poder público a instalar rede de saneamento básico, afirmando que seria totalmente irrazoável proceder desse modo, seja pela ofensa à separação de poderes, seja pelo evidente prejuízo que decisões isoladas poderiam acarretar para uma área que demanda políticas públicas articuladas. Nessa esteira, acolher tal pedido equivaleria a substituir-se ao chefe do Executivo, na medida em que cabe a este (já que a Carta Magna não confere poderes administrativos aos magistrados) a definição de prioridades na alocação de recursos públicos, sobretudo na realização de obras públicas[28].

Ora, é de se causar absoluta estranheza que um mesmíssimo tema submetido a um mesmo tribunal possa obter respostas diametralmente opostas, sendo que em ambas as linhas de argumentação se invoca um suposto respaldo na Constituição Federal. Por isso, consoante doutrina de Lenio Streck, é possível sim que uma interpretação seja correta e outra incorreta (ou, se quiser, adequada ou inadequada em relação à Constituição). Por isso, afirma o autor, ao contrário do que se diz, não interpretamos para depois compreender - na verdade, compreendemos para depois interpretar[29]. Por esse motivo, é equivocado o

[27] "Vale dizer, quando o regime democrático falha, já que os administradores eleitos fazem escolhas alocativas nitidamente em desacordo com os preceitos constitucionais, deve o judiciário corrigir a ofensa a regra constitucional. Esta é a hipótese vertente". (AC 2009.001.27726. Relator: Des. Valéria Dacheux. Julgamento em: 03.11.10, publicado no DJ de 23.11.10. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 24.11.11).
[28] AC 2009.001.50693. Relator: Des. Marcos Alcino Torres. Julgamento em: 19.01.10, publicado no DJ de 26.02.10. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 24.11.11
[29] STRECK, Lenio. Op. cit. p. 94.

entendimento de Eros Grau no sentido de que nem mesmo o juiz Hércules seria capaz de encontrar a única resposta verdadeira a determinada questão[30].

Nessa linha, pode-se afirmar que é justamente por existir uma única resposta correta e constitucionalmente adequada que, em tantos casos, nos deparamos com decisões flagrantemente inconstitucionais sendo proferidas diariamente pelos juízes e tribunais[31]. E pior: assistimos algumas destas decisões transitando em julgado e formando coisa soberanamente julgada após o transcurso do prazo das rescisórias. E esse é o ponto central do presente trabalho: o que fazer com as inconstitucionalidades transitadas em julgado que não mais podem ser corrigidas por intermédio das ações rescisórias? É possível o exercício da jurisdição constitucional nesses casos?

Trata-se, em verdade, de uma questão extremamente controvertida e sensível, pois, embora seja inegável a soberania constitucional, falar em relativização da coisa julgada em casos de inconstitucionalidades é extremamente problemático, pois inúmeras variáveis precisam ser levadas em consideração. No intróito do presente ensaio, foram expostos alguns argumentos favoráveis à tese relativizadora por inconstitucionalidades, permitindo-se, a qualquer tempo o exercício da jurisdição constitucional para a "correção" de sentenças atentatórias aos valores constitucionais. Em contrapartida, não são raros os autores que se opõem a esse entendimento.

Portanto, considerável parcela da doutrina, não obstante as críticas formuladas a respeito da intangibilidade da coisa julgada em caso de cometimento de inconstitucionalidade, permanece irredutível na defesa da impossibilidade de sua desconsideração, colocando a defesa da segurança jurídica em patamar superior à própria supremacia constitucional. É nesse sentido que Marinoni, ao exercer sua defesa em prol da segurança jurídica e, parafraseando Sócrates, indaga: *"crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?"*[32].

Nelson Nery Jr., por sua vez, filiando-se a esse mesmo posicionamento, defende ter sido uma opção do próprio constituinte originário a proteção da coisa julgada, o que

[30] E prossegue Eros Grau: *"Interpretação é convencional, não existe uma realidade objetiva com a qual possamos confrontar a interpretação". (*GRAU, Eros. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In: *Direto Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 287).

[31] Nessa linha, Lenio Streck afirma ser possível sim afirmar que uma interpretação é correta e outra é incorreta. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006, p. 194).

[32] MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 63.

obstaria o exercício da jurisdição constitucional posteriormente ao transito em julgado das sentenças, ainda que estas fossem eivadas de inconstitucionalidades[33].

Em suma, para aqueles que entendem pela impossibilidade de desconsideração da coisa julgada, ainda que em casos de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, a relativização escancaria as portas do Judiciário, permitindo a eternização das demandas, visto que a certeza acerca da titularidade de determinado bem da vida poderia ser alvo de novas deliberações após o transito em julgado. Cumpre destacar, ainda, que aqueles que defendem a manutenção da coisa julgada de forma rígida não desconsideram o fato de que os juízes possam vir a cometer inconstitucionalidades. Sem embargo, a inconstitucionalidade de determinada decisão, de acordo com a doutrina "não relativista", não constituiria argumento suficiente para respaldar o afastamento da coisa julgada.

Observe-se, dessa maneira, que a questão em apreço está longe de ser pacífica. Embora seja inegável que a Constituição Federal deva ser respeitada e que os seus valores constituem norte para a atuação dos juízes, há que se questionar se o exercício da jurisdição constitucional transcende a formação da coisa soberanamente julgada.

De fato, o ideal seria que as decisões proferidas passassem a ser bem fundamentadas e justificadas, de forma a garantir uma "resposta correta-adequada-à-Constituição"[34]. Nessa toada, não existiria nada mais absurdo do que os embargos de declaração que, conforme acentua Streck, demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico: como é possível que se considere normal a não fundamentação de uma decisão?[35]. Da mesma forma, indaga-se: admitir a relativização da coisa julgada inconstitucional não seria uma irracionalidade? Até porque, entender pela possibilidade de relativização nesses casos, além de incentivar a falta de comprometimento dos juízes com a elaboração de respostas adequadas à Constituição Federal (já que posteriormente haveria possibilidade de correção), seria apta a abalar a segurança jurídica de todo um sistema.

Por fim, deve ser destacada a última decisão relevante proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em análise. Nesse sentido, cumpre destacar que, em sede de Recurso Extraordinário, através de decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso

[33] NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 288.
[34] STRECK, Lenio. Op. cit. p. 96.
[35] Idem.

de Mello[36], o STF entendeu pela prevalência da coisa julgada, ainda que em casos de afronta à Constituição Federal. Confira-se a ementa do julgado sob referência:

> EMENTA: COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA "*RES JUDICATA*". "*TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT*". CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.
> - 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 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.

Em face de tal decisão, foi proferido Agravo Regimental. No entanto, o mesmo tivera provimento negado (por decisão unânime). Dessa forma, de acordo com o relator, a coisa julgada constitui atributo específico da jurisdição, recebendo da própria Constituição Federal especial proteção destinada a preservar a inalterabilidade dos pronunciamentos emanados pelos juízes e tribunais, criando desse modo, situação de certeza, de estabilidade e de segurança para as relações jurídicas. Ratifica-se, portanto, o caráter constitucional da

[36] RE nº. 594.350, rel. Celso de Mello, j. em 25.05.2010, DJU de 11.06.2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644260. Acesso: 15.10.2011.

coisa julgada, exaltando-se a sua intangibilidade, exaltando, ainda, o perigo de que o relativismo contamine todo o sistema, "escancarando as portas do Judiciário"[37].

Embora no caso sob análise não tenha sido feita referência expressa a decisões que sejam, desde a sua origem, inconstitucionais, é importante verificar que a ementa faz alusão a sentenças fundadas em leis que posteriormente tenham sido declaradas inconstitucionais (aquilo que Leonardo Greco chama de declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior[38]). Por uma questão de coerência, a fundamentação também é válida para os casos de sentenças que nasçam inconstitucionais, devendo-se, de acordo com entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, ser respeitado o prazo da ação rescisória para se postular quaisquer alterações, sob pena de ofensa à coisa soberanamente julgada[39].

5. Conclusão

Em síntese, impende destacar que o estudo em tela pautou-se em análises gerais acerca da coisa julgada inconstitucional e da jurisdição constitucional, a fim de, posteriormente, estabelecer uma relação entre estas, de forma a investigar a possibilidade de atuação da jurisdição constitucional posteriormente à formação da coisa soberanamente julgada, notadamente em casos de sentenças originariamente inconstitucionais, ou seja, aquelas que já nascem inconstitucionais em decorrência da inobservância dos ditames impostos pela Constituição Federal pelos seus juízos prolatores.

Premissa que não se pode desconsiderar (e que não foi desconsiderada ao longo da consecução do presente trabalho) refere-se ao fato de que a Constituição Federal deve ser vista como um norte para as atuações dos magistrados. Com isso, é muito simplista afirmar que as sentenças são atos das mentes dos juízes, constituindo meras declarações de

---

[37] Ademais, evidencia-se que *"a necessária observância da autoridade da coisa julgada representa expressivo consectário da ordem constitucional, que consagra, dentre vários princípios que dela resultam, aquele concernente à segurança jurídica. É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já fez consignar a advertência que põe em destaque a essencialidade de amparo e tutela das relações jurídicas definidas por decisão transitada em julgado"*. (Idem).

[38] GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior.* Rio de Janeiro, Cadernos da Pós-Graduação nº. 06 da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

[39] Há que se ressaltar que o entendimento do STF em ações relativas à filiação segue fundamentação completamente diversa. Embora não constitua objeto deste estudo, merece especial atenção as decisões proferidas no paradigmático Resp nº. 226.436/PR e no recente RE nº. 363.889.

vontades[40]. Ocorre que não há como se negar que devem ser impostos limites a tais vontades, de forma a obstar a convivência com uma enxurrada de decisões discricionárias. E é justamente a inobservância de tais limites que, em muitos casos, gera decisões inconstitucionais.

As "correntes de Ulisses", mencionadas ao longo deste estudo, servem exatamente para evitar a liberdade total por parte daqueles que possuem a árdua tarefa de decidir as questões postas sob o crivo do Judiciário. E isso corrobora a ideia de que não se deve primeiro decidir para depois fundamentar[41]. Por outro lado, é inegável que comumente os magistrados se equivocam e "decidem para depois fundamentar".

No entanto, não bastassem tais problemas, a questão se agrava ainda mais quando decisões eivadas de inconstitucionalidade formam coisa soberanamente julgada, não sendo mais passível sequer a utilização das ações rescisórias. Diante disso, questiona-se: é possível se valer da jurisdição constitucional nesses casos? E esse foi o ponto nodal do trabalho: não se quis buscar respostas absolutas, posto que o tema é dotado de grande complexidade. A intenção, por outro lado, foi compartilhar as questões mais relevantes sobre o assunto em foco, expondo os argumentos contrários e os favoráveis ao manejo da jurisdição constitucional após a formação de coisa julgada inconstitucional, trazendo, ainda, a última decisão proferida pelo STF sobre a temática em apreço.

Sendo assim, ciente de que não existe fórmula mágica para resolver por inteiro a equação[42], a dúvida persiste: a jurisdição constitucional pode ser exercida posteriormente à formação da coisa soberanamente julgada?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AC 2009.001.50693. Relator: Des. Marcos Alcino Torres. Julgamento em: 19.01.10, publicado no DJ de 26.02.10. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 24.11.11.

[40] ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*, 2 ed. Milano: Giufrrè, 1962, p. 53.
[41] *"Por isso o equívoco de quem diz que, primeiro decide e, só depois, 'fundamenta'. O contraponto a esse equívoco - presente no imaginário dos juristas - atravessa o presente texto em toda a sua dimensão: não compreendemos porque interpretamos; na verdade, interpretamos porque compreendemos! E isso ocorre exatamente porque é impossível separar a interpretação da aplicação. Daí, a insistência: interpretar é aplicar/concretizar".* STRECK, Lenio. Op. cit. p. 1153.
[42] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 07.

AC 2009.001.27726. Relator: Des. Valéria Dacheux. Julgamento em: 03.11.10, publicado no DJ de 23.11.10. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 24.11.11.

BARRETTO, Vicente de Paulo, STRECK, Lenio, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Ulisses e o canto das sereias*. Disponível em: http://blogwilliamdouglas.blogspot.com/2011/05/ulisses-e-o-canto-das-sereias.html. Acesso: 24.11.2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDDIER JUNIOR, Fredie (Coord.) *Relativização da coisa julgada*. Bahia: JusPodivm, 2008.

CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002.

Entrevista fornecida pelo ministro Gilmar Mendes. Disponível em: http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii. Acesso: 24.11.2011.

Entrevista fornecida pelo ministro Marco Aurélio Bezerra de Mello. Disponível em: http://www.terra.com.br/revistadinheirorural/edicoes/61/artigo156948-2.htm#. Acesso: 24.11.2011.

GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

GRAU, Eros. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In: *Direto Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Rio de Janeiro, Cadernos da Pós-Graduação nº. 06 da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis* (tradução de Cristina Murachco), livro XI, cap.6. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A coisa julgada inconstitucional. In: *Temas de direito processual.* Nona Série. São Paulo: 2007.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 07.

NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson Nery. Coisa julgada e o estado democrático de direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Revista Forense*, v.100, n. 375. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.* Lisboa: LEX, 1993.
DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil* - Volume III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 315.

RE nº. 594.350, rel. Celso de Mello, j. em 25.05.2010, DJU de 11.06.2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644260. Acesso: 15.10.2011.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*, 2 ed. Milano: Giufrrè, 1962.

STRECK, Lenio. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 24.11.2011.

_____. *Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

_____. O positivismo discricionarista e a Crise do Direito no Brasil: A Resposta Correta (Adequada a Constituição) como um Direito Fundamental do Cidadão. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. *Temas sobre direitos humanos.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 95.

_____. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND JUDICIAL ACTIVISM

Gabriela Soares Balestero

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogada, Professora Universitária da Faculdade São Lourenço.

Resumo: A finalidade deste artigo é o estudo das provas no Projeto de Lei nº 8046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados no seu art. 358, cáput, a respeito da possibilidade do juiz inverter o ônus da prova e impor a uma das partes que possuir melhores condições de produzí-la. Tal dispositivo poderá gerar abuso em sua aplicação, o ativismo judicial. Portanto, o presente estudo possui três objetivos específicos analisados no âmbito do Novo Código de Processo Civil, ou seja, a análise da distribuição de modo diverso do ônus da prova a critério do julgador**;** a necessidade de uma reformulação processual sob uma perspectiva democrática e a construção do provimento Jurisdicional pelos sujeitos do processo em simétrica paridade de armas.

Palavras – chave: Inversão do ônus da prova; ativismo judicial; participação das partes.

Abstract: The purpose of this paper is the study of the proofs in the Bill n. 8046/2010 pending in the House of Representatives. The article 358, *caput*, of the Bill n. 8046/2010, said about the possibility of the judge to reverse the burden of proof and impose a party to have better conditions to produce it. This article may generate abuse in its application, the judicial activism. Therefore, this study has three specific goals: the analysis of the distribution of the burden of proof at the discretion of the judge; the need of the procedural reform in a democratic perspective and the construction of the judicial provision by the subjects of the process in symmetric parity weapons.

Keywords: Reversal of the burden of proof; judicial ativism; participation of the parties.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as diversas inovações trazidas com o Projeto de Lei nº 8046/2010, do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, será analisada a questão da possibilidade de inversão do ônus da prova pelo julgador e sua imposição a uma das partes nos termos do art. 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados

Por conta disso, art. 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 deixa ao magistrado a tarefa de inverter o ônus da prova e impor à parte a sua produção, há o risco da ocorrência de abusos na aplicação do dispositivo ao caso concreto, podendo gerar decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro[1].

Será estudada a importância das partes na construção do provimento jurisdicional, consoante a teoria fazzalariana, baseando-se principalmente na concepção procedimental de Habermas, na qual é proposto um modelo processual democrático, baseado em uma estrutura policêntrica, na qual todos os sujeitos participam do processo em paridade de armas.

Nesse passo, pretende-se discutir quais seriam os limites do Poder Judiciário na tomada de decisões de maneira que o provimento Jurisdicional seja construído de maneira democrática e em que ponto o art. 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010, do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, valoriza o contraditório e a intersubjetividade entre as partes na construção do provimento jurisdicional.

Um modelo democrático de processo deve seguir a perspectiva da teoria do direito de Jürgen Habermas e teoria processualista de Élio Fazzalari, na qual o processo é um procedimento em contraditório em que há a participação simétrica entre todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento Jurisdicional.

Eis o objetivo deste artigo.

[1] Situação essa que infelizmente tende a permanecer com o Novo Código de Processo Civil com a ampliação dos poderes do magistrado.

2. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

No Anteprojeto de Novo Código Civil apresentado pela comissão de juristas ao Senado afirma literalmente que o desafio da comissão de juristas é resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere[2]. O mais alarmante é o seguinte questionamento apresentado pela comissão: Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Ou seja, o objetivo principal da comissão é a diminuição dos recursos e a quebra das solenidades.[3] No Senado o anteprojeto se transformou no PL 166/2010 e atualmente o projeto de lei tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 8046/2010.

Dentre as diversas proposições do Novo Código de Processo Civil impunham em dotar o processo e a *fortiori*, o Poder Judiciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas e milhares de processos, mas antes, de obstar a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem e de todas as épocas e continentes, mercê de propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade, o sonho de justiça. Assim, Tereza Arruda Alvim Wambier afirma:

[2] É o que explica, com a clareza que lhe é peculiar, BARBOSA MOREIRA: "Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (MOREIRA, Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181).

[3] "Ainda que a Comissão possua nomes do mais alto quilate, como o Prof. Dr. Humberto Theodoro Jr.,as idéias que afloraram na Comissão e que foram rapidamente compiladas no anteprojeto não tiveram chance da devida discussão e amadurecimento. Não apenas não houve um debate profundo com a comunidade acadêmica e profissional, como mesmo dentro da Comissão é impossível que, em poucos meses, tantas inovações (e são muitas) tenham tido a devida conformação, a fim de se obter dispositivos que atendam às necessidades de mudança e atualização, mas que também componha um sistema que funcione e que preserve os princípios constitucionais, principalmente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa." (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo.* Pouso Alegre: Jornal A Tribuna, ano V, edição n. 237, p. 6)

> Por outro lado, os problemas do processo civil brasileiro não emergem só a lei, mas também da lei. Ocorre que a alteração da lei, por si só, não é milagrosa. A lei gera melhoras nos resultados, na exata medida em que é responsável pelo problema. Disto não podemos nos esquecer.
> Neste sentido, um novo CPC jamais poderá ser aguardado como solução milagrosa para as inúmeras questões que nos preocupam há muito tempo. Ele será, sim, se bem feito, bem compreendido e bem aplicado, um dos muitos meios voltados a pavimentar uma via de acesso seguro para um modelo mais eficiente de prestação jurisdicional. Milagres são operados por seres humanos, não pela lei.[4]

O art. 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 traz a possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do julgador: "Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo à parte qu estiver em melhores condições de produzí-la.

Consoante Sidnei Amendoeira Jr., "a prova é um instituto de direito processual já que visa atuar sobre o convencimento do juiz (verdadeiro destinatário da prova)"[5]. Contudo, mesmo se a prova for requerida *ex officio* pelo juiz ela deve ser produzida em contraditório e é esse o ponto que será analisado.

O atual Código de Processo Civil em seu artigo 333 do atual dispõe que o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Tal disposição está prevista no Projeto do Novo Código Civil no artigo 357 na qual: o ônus da prova, *ressalvados os poderes do juiz,* incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No estudo em tela discute-se o art. 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 traz a possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do julgador.

---

[4] WAMBIER**,** Tereza Arruda Alvim. O Novo Código de Processo Civil. In *Reforma do CPC, por um renovado processo civil*. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 29.

[5] AMENDOEIRA JR, Sidnei. Direito Constitucional à prova e suas limitações. In *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais.* Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 315.

Primeiramente, verifica-se que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem norma expressa a respeito da inversão do ônus da prova, constante e seu art. 6º, inc. VIII; São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

O Código de Defesa do Consumidor expõe, evidencia a regra processual, ou seja, constatando-se a presença de verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, o juiz deverá inverter o ônus da prova. Desta forma, para ocorrer a inversão do ônus da prova é necessário a presença de um dos requisitos ali encontrados ou de ambos. Assim, o julgador verificando a ocorrência dessas hipóteses determinará a inversão do ônus da prova.

O artigo 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 dispõe que, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que tiver melhores condições de produzi-la..

Desta forma, a inversão do ônus da prova na redação do Novo Código de Processo Civil, deixa um leque extremamente aberto de possibilidades ao julgador para distribuir o ônus da prova e de impor à parte que tiver melhores condições de produzi-los, pois, diferentemente do que ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, não há a previsão de requisitos para a sua concessão deixando a cargo da discricionariedade do decisor, sendo, portanto, tal situação extremamente perigosa.

O instituto da inversão do ônus da prova, sem a presença de qualquer critério para a sua imposição a uma das partes, poderá, não somente ser um instrumento a disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas também ser foco de abuso, de decisões arbitrárias e ativistas.

Portanto, os critérios de inversão do ônus da prova devem ser disciplinados pelo legislador de maneira específica e não deixando a cargo do julgador.

Um aspecto interessante é constatar que na proposta inicial da comissão dos juristas previa a inclusão na Parte Geral de um dispositivo enumerando todos os poderes do magistrado, excluindo-os do livro próprio do processo de conhecimento. Contudo, nas

proposições aprovadas verificou-se que na verdade tenta-se ampliar o poder do magistrado na condução do processo, ou seja, houve uma inversão da proposta inicial.

È necessário limitar os poderes do magistrado no caso em foco, uma vez que é conferida ao magistrado a possibilidade de distribuir o ônus da prova e impor à parte, de maneira a permitir que as partes envolvidas possam decidir sobre a própria produção da prova e elas mesmas informarem nos autos se elas estão aptas ou não a produzir aquela prova, pois é imprescindível, no caso concreto, a valorização do contraditório como garantia de uma participação mais efetiva das partes e dos interessados na construção do provimento jurisdicional.

Por mais que as matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado sejam sempre submetidas ao crivo do contraditório, segundo o anteprojeto apresentado, caberá ao magistrado a palavra final[6], de maneira que ao enumerar as hipóteses de atuação do magistrado e incentivar o contraditório, uma participação mais ampla e efetiva dos interessados no processo, dotando todas as decisões produzidas no curso do processo de legitimidade, será evitado o decisionismo, o solipsismo metódico do julgador, identificando realmente o processo como um procedimento em contraditório.

> O procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento e uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto.[7]

Além disso, a atividade de preparação para a construção de um provimento jurisdicional deve envolver atos do próprio autor do provimento e de outros sujeitos processuais que concorrem para a sua formação.

---

[6] "Afinal, corre-se, assim, sempre o risco de se atribuir ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado Democrático de Direito: seria a Corte Constitucional quem deveria zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de "direitos" e de realização da democracia." (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o "desvio" hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada "nova configuração" da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República***.** In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 51.)

[7] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.

Portanto, percebe-se que apesar da proposta inicial da comissão de juristas apresentar como objetivos do Novo Código de Processo Civil o fornecimento de agilidade à Justiça[8] e a ampliação a proteção os direitos fundamentais garantindo o exercício do contraditório, o projeto do Novo Código de Processo Civil possui algumas contradições[9], como ocorre com a distribuição do ônus da prova pelo julgador mediante critérios de razoabilidade do decisor, pois ao mesmo tempo em que tenta-se reforçar a cognição, redefinir o princípio do contraditório, é ampliado próprio papel do magistrado como gestor do julgamento do caso concreto, não apresentando um equilíbrio em tais papéis.

> Outro aspecto importante é que a mera reforma legislativa não possui o condão de obter resultados úteis, fazendo-se necessária a implementação de uma política pública de democratização processual que imponha verdadeira reforma do Poder Judiciário, de suas rotinas, entre outras intervenções.
> A partir dessas premissas serão feitas considerações pontuais acerca do primeiro relatório apresentado pela Comissão de Reforma, divulgado em 15 de dezembro de 2009, do qual destaco a proposta de reforço do contraditório e de uma efetiva fase preparatória. Tal sugestão, que já vem sendo delineada por parcela da doutrina brasileira há algum tempo, se acolhida, poderá resultar em celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.[10]

O princípio do contraditório não deve ser analisado apenas como uma garantia formal de bilateralidade e sim como uma possibilidade de influência das partes sobre o desenvolvimento do processo e a comparticipação na formação das decisões judiciais de

[8] "O Anteprojeto foi feito em tempo recorde, talvez inspirado na própria idéia de 'economia processual' que vem animando as reformas do atual e do anteprojeto do novo CPC: quanto à este, há proposta de eliminação de parte dos recursos hoje existentes; de parte dos casos de intervenção de terceiros e da reconvenção (que entrará na contestação como "pedido contraposto", como já se faz no procedimento sumário); extinção de alguns procedimentos especiais e a unificação do procedimento comum, acabando-se com a distinção entre sumário e ordinário. A meta é que o anteprojeto seja apreciado (apenas) pelo colégio de líderes no Senado e da mesma forma na Câmara para ainda ser sancionado esse ano. Essa pressa, no entanto, não nos parece um bom sinal."(BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo.* Pouso Alegre: Jornal A Tribuna, ano V, edição n. 237, p. 6.)

[9] "O Código de Processo Civil necessita de reformas urgentes. A Comissão foi instituída pelo Senado em momento oportuno, para que os operadores do direito disponham posteriormente de um grande e adequado mecanismo para processar as demandas judiciais. Mas os juristas correm o risco de apresentar ao povo brasileiro um trabalho que poderá cair na vala do insucesso, se não se sentarem à mesa de discussão com técnicos dispondo do direito de voz e voto, e que sejam altamente graduados cientificamente nas áreas de Administração, Economia, Informática, Contabilidade e Sociologia." (MADALENA**,** Pedro. *Novo CPC Sucesso em risco***.** In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 34.)

[10] NUNES**,** Dierle. *Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição.* In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 39

maneira que elas sejam racionais e mais justas, reduzindo a possibilidade de decisões surpresa.

Segundo Alexandre Bahia e Dierle Nunes "ação, jurisdição e processo devem ser repensados desde uma perspectiva mais ampla: processual e constitucional"[11].

> Quanto às partes, perante a situação legitimante, que permite a indicação de quem pode estar em juízo, para, em determinado processo, participar, em contraditório, da formação do provimento, através da participação no *iter* procedimental, deve ser considerado que, além do autor e do réu, há os litisconsortes, e os intervenientes.[12]

Nesse passo haveria, portanto, um dever de consulta pelo juiz as partes envolvidas no processo para que elas decidam sobre a distribuição do ônus da prova e não o julgador, de forma a haver um incentivo ao debate garantindo a igualdade de chances e de armas pelas partes.

> Na busca de eficiência do sistema processual faz-se necessário o reforço da cognição de primeiro grau, de maneira a ampliar o debate entre os sujeitos do processo (comparticipação) e, com tal medida, melhorar a qualidade das decisões judiciais. Tal aprimoramento implicará na diminuição de recursos e/ou redução das taxas de reforma dos provimentos judiciais.[13]

Portanto, pode-se concluir que a distribuição do ônus da prova conforme previsto no artigo 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 possui uma atuação restrita e condicionada à discricionariedade do decisor, e dificultando a efetividade do contraditório. Esse ponto é nebuloso e ao mesmo tempo perigoso, contradizendo todo o objetivo da reforma em especial a valorização da cognição e a busca por decisões de maior qualidade.

> Tal concepção significa que não se pode mais acreditar que o contraditório circunscreve-se ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição)

[11] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo Constitucional Contemporâneo. In Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 3.
[12] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 148.
[13] NUNES**,** Dierle. *Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição.* In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 39

> para a fundamentação do provimento, ou seja, afasta-se a idéia de que a participação das partes no processo é meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial.
> Decorreria deste princípio um dever de consulta às partes pelo juiz, impondo-se o fomento do debate preventivo e a submissão e todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório, ficando, assim, assegurada a igualdade de chances e de armas.[14]

É necessário, portanto, uma reforma processual que incentive o debate preventivo e assegure realmente a participação das partes na construção[15] do provimento jurisdicional com maior qualidade.

2. A NECESIDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROCESSUAL COM A MUDANÇA DO PAPEL DO DECISOR

A deficiência estatal na realização de políticas públicas e do legislativo na elaboração de leis que realmente acompanhem a mobilidade social e tecnológica, proporcionou a derrocada dos ideais dos Estados sociais e a busca incessante pelo Poder Judiciário na esperança da implementação das atividades essenciais da sociedade. Portanto, verifica-se, por exemplo, a judicialização da política[16], da saúde. Dierle Nunes e Alexandre Bahia contextualizam resumidamente:

> Isso é particularmente preocupante em um momento, como o que se vivencia, no qual, diante da inércia do Legislativo, reivindicações políticas cada vez mais "batem às portas" do Judiciário, o que aumenta seu papel no jogo político (e, com isso, expõem-no ao debate político). Com isso, ao invés de luta pelo acesso (tal qual vinha ocorrendo nas últimas décadas), verifica-se hoje no Brasil (como de resto, na América Latina) movimento contrário de reformas tendendo à restrição, seja a Tribunais Superiores, seja mesmo às instâncias ordinárias; reformas estas motivadas, no mais das vezes, por razões de natureza econômica

[14] NUNES**,** Dierle. *Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição***.** In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 39

[15] "O conceito de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes permite que se deduza que os atos dos sujeitos do processo, das partes, do juiz e dos auxiliares, são mutuamente implicados, o que decorre da própria estrutura do procedimento e da essência do contraditório." (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 152.)

[16] "Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjön Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial Power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. " (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.179.)

> (nem sempre coincidentes com as garantias constitucionais do processo).[17]

Isso gera uma expectativa da sociedade que o Poder Judiciário traga uma resposta para todos os problemas nacionais, figurando a concepção neoliberal de produtividade, em especial, após a Emenda Constitucional n° 45, que inseriu na Constituição Federal Brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual, sendo esse o objetivo principal das propostas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. Nesse passo, a produtividade judicial passa a predominar e os julgamentos em massa, as ações repetitivas, as súmulas vinculantes, são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos do que em análises criteriosas do caso concreto.

Ademais, as teorias de Bülow do processo como relação jurídica entre as partes subordinadas ao juiz reduziram o processo a um instrumento para que o magistrado atue de maneira solipsista na tomada de decisões no caso concreto.

Nesse sentido, ao invés do magistrado julgar de acordo com a contribuição trazida pelas partes, por todos os envolvidos no processo, construindo uma decisão mais adequada do ponto de vista constitucional para aquele caso concreto, o julgador se assujeita à coisa[18]. O processo passa a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz. Portanto, o arbítrio judicial é o perigo na atual redação do artigo 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 (Novo Código de Processo Civil).

> É nessa linha que, *v.g.*, José Roberto dos Santos Bedaque, importante e prestigiado processualista, procura resolver o problema da efetividade do processo a partir de uma espécie de "delegação" em favor do julgador, com poderes para reduzir as formalidades que impedem a realização do direito material em conflito. E isso é feito a partir de um novo princípio processual – decorrente do "princípio da instrumentalidade das formas" – denominado *princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual.* Por este "princípio" se reconhece "ao julgador a capacidade para, *com*

[17] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo Constitucional Contemporâneo. In Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 24.
[18] STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46.

> *sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma"*. Mais ainda, deve *"ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo ás necessidades verificadas na situação concreta."* Em sua – refira-se – sofisticada tese, embora demonstre preocupação em afastá-la da discricionariedade. Bedaque termina por sufragar as teses hartianas e kelsenianas, quando admite que as fórmulas legislativas abertas favorecem essa atuação judicial.[19]

Tal fenômeno apelidado de ativismo judicial é sintetizado pela afirmação de Streck: "Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da 'ideologia do caso concreto', circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado..."[20].

> O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são "resolvidos" no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir *"teses"* jurídicas..! Como que a repetir a lenda do "leito de Procusto", as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por "pilhas". Por isso, a repergunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em que?
>
> O que ocorreu é que voltamos a *um lugar de onde nunca saímos:* o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma "autônoma razão teórica" e quando ela não é "suficiente", delegamos tudo para a razão prática ...! E o que é a "razão prática"? Na verdade, nem precisamos buscar auxílio na hermenêutica para falar sobre ela. Basta ver o que diz Habermas, na abertura de seu *Fakticitat und Geltung*: substituo a razão prática (eivada de solipsismo) pela razão comunicativa...! Claro que não concordo com a solução dada por Habermas, por razões já explicitadas em *Verdade e Consenso*. Mas é inegável que ele tem razão quando ataca de forma contundente o solipsismo.[21]

[19] STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38.
[20] STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p110/111.
[21] STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

Segundo Marcelo Cattoni[22] "ao tomar suas decisões, também, é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições. Afinal, do procedimento que prepara a decisão final, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os destinatários desse provimento jurisdicional." Como bem ressalta Dierle Nunes e Alexandre Bahia a partir do momento em que o processo é visto como um processo constitucional, toda justiça, ou seja, juiz, tribunal é constitucional[23].

> Juízes e tribunais, desse modo, não estão autorizados a desprezar os procedimentos comuns definidos pelas leis do processo, para, em nome de princípios genéricos da Constituição, proceder de maneira livre e autoritária, sujeitando os litigantes a ritos, obrigações, deveres e sujeições contrários aos ditames das leis processuais e materiais vigentes.[24]

Surge então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da Jurisprudência e da doutrina[25].

Conforme Daniel Sarmento "muitas vezes o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo.* E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais."[26]Em sentido semelhante Dierle Nunes:

---

[22] CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001, p. 160.

[23] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo Constitucional Contemporâneo. In Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 7.

[24] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Hermenêutica e Processo.* In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 260/261.

[25] "Uma Ordem Constitucional, como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, exige, portanto, dos operadores jurídicos, maior "consciência hermenêntica" e responsabilidade ética e política para sua implementação – algo que, infelizmente, e muitas vezes, falta a doutrinadores e a tribunais no País." (CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001, p. 160.)

[26] **"**É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isso ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas". (SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36/37.)

> A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual.[27]

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador[28] para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões. Portanto, a ampliação dos poderes do magistrado com o projeto do novo Código de Processo Civil ainda traz intrinsecamente o discurso do neoliberalismo processual, reduzindo o processo a uma mera burocracia e centrado na figura do juiz.

> Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a idéia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como formalismo que cria embaraços e protela o auferimento de direitos pelo cliente consumidor da prestação de serviços judiciários.[29]

Como afirma Paulo Bonavides: "Sem participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos."[30].

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões.

---

[27] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá Editora, 2008, p 195.

[28] "Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual." (NUNES, Dierle José. *Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático.* In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 349-362.)

[29] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.210.

[30] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal do Estado Social***,** Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 2-3.

Para Dierle José Coelho Nunes "o processo não pode ser, nesse contexto, enxergado como um mal a ser resolvido, eis que este constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões."[31]

É necessário, portanto, um Poder Judiciário que se preocupe em democratizar o processo, pois a atividade jurisdicional deve ser movida pelo discurso e pela participação efetiva dos interessados, ou seja, as decisões devem ser pautadas a partir das pretensões argüidas pelas partes em meio ao processo.

Consoante o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves "o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento."[32].

> Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os "interessados", em contraditório, colhemos a essência do "processo": que é, exatamente, um procedimento, ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os "interessados", isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.[33]

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, de maneira a haver um processo pautado em um procedimento democrático e discursivo

> Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de

[31] NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo***.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.
[32] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102.
[33] FAZZALARI**,** Elio. *Instituições de Direito Processual.* Campinas: Bookseller, 1.ed., 2006, p. 33.

> reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. [34]

Em um processo encarado sob uma perspectiva democrática há a construção do provimento Jurisdicional pelas partes em simétrica paridade de armas, sendo, necessário, portanto, o afastamento do decisionismo do julgador e a implantação da comparticipação na formação das decisões.

Seguindo Aroldo Plínio Gonçalves **"**o controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância."[35].

> A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.[36]

O juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, respeitando e assegurando às partes a participação na formação das decisões, ou seja, na produção do provimento Jurisdicional.

> Certo é que o Jurista não pode desenvolver o seu dever se ignora as outras componentes – morais, sociais, políticas, econômicas – da comunidade; mas também os cultores destas últimas não podem operar nos setores de sua competência se não conhecem o papel que o direito tem na sociedade. É necessário, portanto, a consciência das *rationes distinguendi* da Jurisprudência e das outras "ciências sociais"; do fato de que cada uma delas tem formatado e utilizado – nem poderia ser de outra forma: não é lícito, também, o processo da história – instrumentos próprios para colher a realidade do próprio ponto de vista. Em suma, é contemplada a complementaridade das diversas abordagens; não é admitido, ao contrário, sincretismo de métodos.[37]

Nesse passo, o procedimento seria uma seqüência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado, cuja formação todos concorreram,

[34] Ibidem, p. 119/120.
[35] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.
[36] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.
[37] FAZZALARI, Elio Fazzalari. *Instituições de Direito Processual.* Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 75.

havendo uma combinação[38], na qual haveriam conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo.

Por essa visão conclui-se que não existe entre os sujeitos processuais uma submissão das partes ao juiz e sim uma interdependência, sendo inaceitável, portanto, o esquema de relação jurídico processual.

> Não se podem mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o "modelo constitucional de processo" e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas. *Inaugura-se uma concepção garantística do processo* em contraponto e superação com sua concepção publicística e socializadora.[39]

Fazzalari[40], ao adaptar o procedimentalismo democrático discursivo de Habermas ao processo, entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento Jurisdicional.

> Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos *"interessados"* (aqueles que aspiram a emanação do ato final – *"interessados"* em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os *"contra – interessados"*) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o "contraditório", faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* "procedimento" é possível extrair a *species "processo"*."[41]

Porém, infelizmente essa não a realidade atualmente vista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, na qual há a concentração excessiva de todo o poder

[38] Ibidem, p. 91.
[39] NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo***.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.
[40] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 207.
[41] FAZZALARI, Elio Fazzalari. *Instituições de Direito Processual.* Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 94.

decisório nas mãos do Judiciário diante da postura solipsista do magistrado na tomada de decisões, tornando-as cada vez mais arbitrárias.

> O direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é um dicionário recheado de conceitos [...] As tentativas de "aprisionar" o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante.[42]

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando a decisões arbitrárias do julgador.

Esse é um ponto que deveria ser repensado pelo Congresso Nacional ao analisar o Projeto do Novo Código de Processo Civil, pois a mera alteração legislativa não tem o condão de resolver todos os problemas do direito processual como demora e baixa eficiência, sem uma preocupação de repensar o contraditório e redimensionar a própria estrutura do Poder Judiciário.

3. POR UM PROCESSO CONSTITUCIONAL

A teoria do processo como um procedimento em contraditório possui, em sua essência, viés democrático com forte influência de Habermas, na qual o Direito funcionaria como um mediador, um instrumento[43], entre a facticidade e as pretensões de validade, como mecanismo de integração social.

---

[42] STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

[43] "Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, chamado por Habermas de 'poder comunicativo', que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito." (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas.* Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12.)

Ademais, para Habermas haveria duas ações estratégicas: a integração sistêmica correspondente à economia, dinheiro e poder e a integração social que são as ações comunicativas, orientadas pelo consenso social, composta por outros elementos como os valores, a moral, a ética.

No âmbito da Jurisdição, Habermas – apoiado em Klaus Günther - divide a teoria do discurso em discursos de fundamentação ou de justificação das normas jurídicas e discursos de aplicação. No caso, o Poder Judiciário não pode fazer discursos de justificação, ou seja, criar a norma jurídica, diante da ausência de uma participação efetiva dos interessados na construção do provimento, de maneira a tornar legítimo, apenas podendo fazer discursos de aplicação da norma.

> Assim, descrendo na viabilidade de princípios morais consensuais ou neutros, dedutíveis pela razão e suscetíveis de fundar um ativismo judicial em termos consistentes com a democracia, Ely propõe a limitação do *judicial review (judicial self – restraint)* a questões relativas à preservação da integridade do próprio regime democrático. Isto é: o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, incluindo a *conteudização* de princípios e direitos, tarefa reservada, nos Estados democráticos, aos agentes políticos investidos pelo voto popular; sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo *(input)*, desprovido de qualquer pretensão de alcançar o seu resultado substantivo *(outcome)*. Para Erly, "apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade atribuindo aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia."[44]

Busca-se a preservação das liberdades de maneira a preservar abertos os canais de participação política de forma a proporcionar o bom funcionamento do regime democrático.

O processo baseado na comparticipação das partes na construção do provimento jurisdicional está lastreado nos princípios constitucionais, havendo a possibilidade para que todos os interessados, venham por intermédio do debate endoprocessual, participar da formação da decisão pelo magistrado. Consoante Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

[44] BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro; Renovar, 2004, p. 102.

> A postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permitem o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa (com o uso de jargões de fundamentação desprovidos de maior significado quando de sua aplicação, *v.g.*, "proporcionalidade", "supremacia do interesse público", "dignidade da pessoa humana"), como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarístico da cabeça de alguém.[45]

Segundo Rafael Lazzarotto Simioni[46] na teoria de Habermas, a normatividade do direito é fruto da legitimidade e os problemas de eficácia do direito, ou seja, da própria realização do direito, estariam atrelados à questão da legitimidade. Nesse sentido, sendo os cidadãos ao mesmo tempo destinatários e autores do direito passariam a assumir a responsabilidade individual pelo seu cumprimento.

Nesse passo, a legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo paradigma para o direito, denominado 'procedimentalismo', na qual o direito gerado através do discurso democrático pode transformar a realidade, de maneira a diminuir as tensões sociais que existem.

Portanto, Jürgen Habermas[47] atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Sua teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito que se pressupõem a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

Habermas apresenta a democracia como o núcleo de um sistema de direitos fundamentais, havendo a institucionalização democrática dos direitos, em que os cidadãos

---

[45] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo Constitucional Contemporâneo. In Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 15.

[46] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas.* Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12/13.

[47] "Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre fadicidade e validade." (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora 2007, p. 5.)

aparecem não somente como destinatários das leis, mas também, consoante Rousseau, como seus autores. Portanto, como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional.

> No paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estadual, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos.[48]

Nesse passo, Habermas tenta equilibrar e compatibilizar a soberania popular e os direitos humanos, aos direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade humana, constituinte do chamado mínimo existencial.

Adaptando a teoria habermasiana ao processo, o princípio da democracia proporcionaria a abertura de um campo de discussões na quais abrangeria vários tipos de discursos seja morais, éticos, pragmáticos, incluindo as negociações, de maneira a modelar as normas jurídicas. Portanto, o princípio da democracia fixa os parâmetros e legitima a produção do próprio direito. [49] É necessário o uso do espaço discursivo instaurado pelo processo para a problematização e formação de todos os provimentos, ou seja, a comparticipação das partes, uma vez que o contraditório:

---

[48] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.217.

[49] "A jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de Direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no princípio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por isso, nem um órgão colegiado e muito menos um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O Poder Jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A jurisdição não pode, portanto, submeter a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda legitimação do direito e do Estado de Direito. Até porque a legislação implícita, criada pela jurisdição, coloca em risco a racionalidade o exercício do direito e sobrecarrega a base de legitimação do Poder Judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas do direito possuam, as decisões jurídicas provocam conseqüência para sociedade, que não podem ser legitimadas por discursos técnicos de especialistas na interpretação direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das políticas públicas não é monopólio da jurisdição. Como se vê, na teoria o discurso de Habermas, o poder jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia política dos cidadãos. E é exatamente as condições para o exercício dessa autonomia política, como gênese do processo democrático que a jurisdição tem que proteger". (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 212/213.)

> mais que a simples garantia de dizer e contradizer,é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde haver o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.[50]

A ampliação do contraditório na verdade constituiria uma garantia ao princípio da não surpresa[51], pois impõe o debate[52] acerca de todas as questões envolvidas no processo antes da tomada de decisão pelo juiz.

> Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva comparticipativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270)[53]

Para Habermas[54] "Essa legitimidade democrática, na modernidade, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade."

---

[50] CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001, p. 194.

[51] "Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente, dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos, em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório como garantia da influência e de não – surpresa." (NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo.* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 27.)

[52] "Não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, eis que só as peculiaridades do caso concreto (não de uma massa de casos), definidas endoprocessualmente, conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado." (NUNES, Dierle José. *Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático.* In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 356.)

[53] NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo***.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 211.

[54] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional"* . Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora. 2007, p. 5.

O espaço público para que haja a comparticipação e a discussão de maneira democrática é o processo que deve ser estruturado em uma perspectiva comparticipativa e policêntrica apresentando condições comunicativas para que todos os envolvidos participem da formação de provimentos justos e legítimos, e não embasado no protagonismo judicial.

> A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.[55]

Essa releitura processual se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito na qual se busca a prevalência da soberania popular em todos os campos. O prof. Dierle José Coelho Nunes apresenta um modelo de como seria a comparticipação na construção do provimento jurisdicional, na qual haveria um procedimento bifásico: a primeira fase seria preparatória e a segunda fase seria de discussão.[56]

A percepção democrática do direito visa a que todos os interessados possam influenciar na formação das decisões refutando, portanto a possibilidade de decisões solipsistas dos magistrados.

Nesse sentido, cabe uma análise mais aprofundada do Congresso Nacional no que tange a adoção da possibilidade da inversão do ônus da prova pelo julgador da forma que está prevista no artigo 358 do Projeto do Novo Código Civil na Câmara dos Deputados, na qual há a concentração de poderes na figura do juiz.

---

[55] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.

[56] "Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada, poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios comparticipativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como *lócus* de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes. Tal fase poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais. Na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena. Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexeqüíveis), ocorria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa." (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 243/244.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, nota-se que o anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado pretendeu dar efetividade ao princípio constitucional da celeridade processual, trazendo algumas mudanças importantes. Entretanto, a ampliação dos poderes do magistrado colide com o um dos objetivos da reforma que é a valorização do contraditório, equilibrando a atuação das partes e o papel do julgador.

A situação pode ser observada no art. 358, cáput, do Projeto de Lei nº 8046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados vez que dá ao decisor a possibilidade de distribuir (inverter) o ônus da prova em meio ao processo e impor a uma das partes que possuir melhores condições de produzí-la, não existindo previsão de requisitos mínimos legais. Tal dispositivo poderá gerar abuso em sua aplicação, o ativismo judicial, de maneira a ampliar o solipsismo metódico do julgador.

Percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões para que sejam abertos espaços discursivos que proporcionem o debate endoprocessual, a comparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, dentro de uma fase discursiva que deve ser valorizada no novo Código de Processo Civil

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas sobre argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos.

Ademais, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, diante da necessidade da participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, de forma que os cidadãos interessados se sintam mais próximos da Justiça, afastando, portanto, a idéia de que o juiz é o único portador da cognição para a elaboração das decisões judiciais.

Infelizmente, com a abertura dada ao magistrado no artigo 358 do Projeto de Lei nº 8046/2010 constata-se a possibilidade da ocorrência de abuso com tal poder dado ao juiz, havendo no caso o predomínio da assimetria, ou seja, as partes e os interventores estão submetidas ao juiz/decisor, em uma relação processual baseada na hierarquia. Com a concepção procedimental baseada em Jürgen Habermas e em Élio Fazzalari, busca-se uma reconstrução processual mais democrática.

Propõe-se um modelo democrático de processo em que predomina o policentrismo, ou seja, uma participação legítima e simétrica de todos os sujeitos participantes do processo, sem qualquer grau de hierarquia.

É nesse sentido que o Novo Código de Processo Civil deve se pautar em garantir um processo constitucional democrático que permita que o cidadão seja autodestinatário dos provimentos, tendo que vista que a decisão não deve ser apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente.

Portanto, incumbiria às partes envolvidas no processo decidirem pela distribuição do ônus da prova (e impor a uma das partes que possuir melhores condições de produzí-la) e ao legislador disciplinar quais seriam as hipóteses dessa distribuição e não deixar a cargo do julgador, conforme apresentado no art. 358, cáput, no Projeto de Lei nº 8046/2010.

Por fim, o instituto da inversão do ônus da prova nos moldes apresentados no art. 358, cáput, no Projeto de Lei nº 8046/2010, será mais um instrumento a ser manejado discricionariamente pelo julgador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMENDOEIRA JR, Sidnei. Direito Constitucional à prova e suas limitações. In *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais.* Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 311-328.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular?* Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 665/671.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo***.** Pouso Alegre: Jornal A Tribuna, ano V, edição n. 237, p. 6.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal do Estado Social***,** Rio de Janeiro, Forense, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição***.** Coimbra: Almedina, 2001.

CATTONI**,** Marcelo. *Direito Processual Constitucional***.** Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo***.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI**,** Elio. *Instituições de Direito Processual.* Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRINOVER**,** Ada Pellegrini Grinover. A Reforma do Código de Processo Civil**.** In *Reforma do CPC, por um renovado processo civil.* Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre a facticidade e a validade.* 2. ed. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Hermenêutica e Processo.* In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 233 - 263.

OLIVEIRA**,** Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.

PEREIRA**,** Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADALENA**,** Pedro. *Novo CPC Sucesso em risco***.** In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex.

MOREIRA, Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo.* Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

NUNES, Dierle José. *Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático.* In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 349-362.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático***.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NUNES**,** Dierle José Coelho. *Reforma total do Código de Processo Civil. Breves considerações sobre o primeiro relatório da Comissão de Juristas do Senado para elaboração de novo CPC.* Jus Navegandi, Teresina, ano 14, n.2408, 3 fev.2010. Disponível em: <http: //jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=142298>. Acesso em: 28 abr.2010.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. *In Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 1-31.

NUNES**,** Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo.* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 13 – 29.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o "desvio" hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada "nova configuração" da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República.* In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p.39 – 53.

ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no Projeto do Novo Código de Processo Civil: primeiras reflexões. *In Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a.4, v.VII, jul/dez 2010, p.5-31.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça.* São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa:* a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008

STRECK**,** Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Luiz. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional.* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *O Novo Código de Processo Civil***.** In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex,

GRINOVER**,** Ada Pellegrini Grinover. *A Reforma do Código de Processo Civil.* In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 31.

ACESSO À JUSTIÇA E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Guilherme Luis Quaresma Batista Santos

Mestre em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor jurídico atuante na cidade do Rio de Janeiro, RJ.

Resumo: Em um sistema democrático, garantias fundamentais como o acesso isonômico à Justiça devem ser preservadas pelo Estado, por meio de seus Poderes (em especial, o Judiciário) e suas instituições (no caso, a Jurisdição). Este artigo questiona, porém, até onde os denominados "meios alternativos de resolução de conflitos" têm auxiliado neste processo de Acesso à Justiça por grande parte da sociedade.

Abstract: In a democratic system, fundamental guarantees such as isonomic access to justice must be preserved by the State, through its branches (such as the Judiciary, in particular) and its institutions, (for instance, the Jurisdiction). This article questions, however, even where the named "alternative dispute resolutions" have being aided in this process of Access to Justice by large part of society.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Jurisdição. Igualdade. Acesso à Justiça. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. Arbitragem. Conciliação. Mediação.

Keywords: Civil Procedural Law. Jurisdiction. Equality. Access to Justice. Alternative Dispute Resolutions. Arbitration. Conciliation. Mediation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Jurisdição e garantia efetiva de igualdade de acesso à Justiça; 3. As barreiras para um efetivo e equânime acesso à Justiça; 4. soluções para as dificuldades de acesso à justiça: as "ondas renovatórias" definidas por Cappelletti e Garth; 5. Meios alternativos de resolução de conflitos; 6. Podem os meios alternativos de resolução de conflitos ser uma forma efetiva de se garantir o acesso isonômico à Justiça? 7. Conclusões; Referências bibliográficas

"...[U]na democrazia in cui non ci sia questa uguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto una uguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere alla vita della società, di portare il loro miglior contributo, in cui tutte le forze spirituali di tutti i cittadini siano messe a contribuire a questo cammino, a questo progresso continuo di tutta la società."

Piero Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione.* Milão, 26 de janeiro de 1955.

1. Introdução

Trata-se de um artigo, guardado por alguns meses, que teve como origem alguns dos questionamentos feitos em sala de aula pelo Prof. Helcio Alves de Assumpção, a quem dedico este trabalho.

A arbitragem e a mediação extrajudicial são tidas por muitos, em especial por escritórios, associações e advogados em suas palestras, como um meio rápido, confidencial e seguro de solução de controvérsias, em alternância aos Poderes Judiciários dos Estados.

Por exemplo, do início do Prefácio às regras de meios alternativos de resolução de conflitos da Câmara Internacional de Comércio (*ICC ADR Rules*), defende-se que o acordo amigável entre as partes contratantes é a solução desejável para disputas e diferenças empresariais.

Será, contudo, que estes meios seriam hábeis para a solução de todo e qualquer conflito? Ou a limitação do escopo de aplicação de tais meios impediria até que eles pudessem ser caracterizados como se fossem verdadeiras meios alternativos de acesso à Justiça?

2. Jurisdição e garantia efetiva de igualdade de acesso à Justiça

Desde os primórdios da humanidade, os diversos grupos sociais que viveram sob a Terra tiveram que buscar formas de solucionar os diversos conflitos que a vida em sociedade sempre acarretou aos seus indivíduos.

Deste modo, ao longo da Antiguidade, verificou-se que a Justiça (*i.e.*, a atividade decisória para a resolução de conflitos) fora confiada a determinados estratos sociais, como

aos homens mais antigos ou aos mais sábios daquele grupo social, ou a determinada classe, como a dos sacerdotes, naquelas sociedades onde a Justiça era compreendida como uma dádiva oriunda dos deuses ou mesmo como uma divindade, como eram a *Thêmis* da mitologia grega, a *Maat* da mitologia egípcia[1] e a *Justitia* romana.

Contudo, é somente no final do século III d.C. que se observa em Roma a origem de uma Justiça oficial ou de uma função estatal que seria posteriormente denominada pela Ciência Jurídica de *Jurisdição,* função esta que visa a composição de litígios ou a proteção de interesses particulares.[2] Este modelo de Justiça oficial, apesar das mudanças que inevitavelmente sofreu ao longo de quase 1.700 anos de existência, irradiaria, nos séculos seguintes, a toda sociedade europeia ocidental, bem como às sociedades de suas áreas de influência, de modo a predominar até os dias de hoje como a forma, por excelência, de solução de conflitos entre as pessoas, tanto físicas, como também jurídicas.

Das modificações que a Jurisdição sofreu ao longo destes séculos, a mais importante, para o presente estudo, é a que ocorreu após as Revoluções Liberais do final do século XVIII, não apenas em França, mas em outras nações do Ocidente.

Foi nesta época, caracterizada em famosa obra literária de *Charles Dickens* como a que foi "*o melhor dos tempos, foi o pior dos tempos,* (...) *foi a estação da Luz, foi a estação da Escuridão*",[3] que se vislumbra, ao lado de manifestações populares sangrentas, uma grande inovação, a luta por um "*ideal de igualdade*", que, segundo *Mauro Cappelletti*, "*tão profundamente modificou os sistemas de governo do Ocidente desde o fim do Século XVIII*".[4]

É desse ideal revolucionário de igualdade que surge "*o ideal do Estado de Direito (Rechtsstaat), onde a lei tem caráter geral e o princípio básico é o de que todos são iguais*

[1] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011. p. 21.
[2] Neste sentido, cite-se GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. p. 65; e TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo, "Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro". *A Arbitragem na Era da Globalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 22. Este último doutrinador explica, assim, a formação da *jurisdição*: "*Os romanos ... somente no final do século III d.C., já no período pós-clássico, imperial, quando da chamada* cognitio extraordinaria *(ou* extra ordinem*), viriam a estabelecer a Justiça oficial, e com ela o juiz estatal, o que se deu no momento em que o magistrado romano, alto funcionário, mas até então sem poder jurisdicional, houve por bem chamar a si a responsabilidade de solucionar o litígio entre as partes em nome do Estado, missão que até então era exercida por um terceiro, particular, árbitro portanto, escolhido pelo próprios contendores ou por indicação do magistrado.*".
[3] *A Tale of Two Cities*. Cox & Wyman Ltd. Reading, UK, 1994. p. 18. Tradução livre do original em inglês.
[4] "Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça". *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 74, ano 19, abril-junho/1994. p. 95.

perante a lei".[5]

Um regime democrático, cujo poder provém da vontade popular, e, portanto, "*tenha uma preocupação com sua própria legitimidade tem em alta consideração a ideia de igualdade e os problemas que dela decorrem* (...) *e atuam de modo que suas ações estejam impregnadas com a ideia de isonomia*";[6] entretanto, é de se ter em mente que "*o conceito de igualdade que presidiu os primórdios do Estado liberal não pôde ser o mesmo que aquele que constitui o Estado Social*".[7]

Realmente, a igualdade defendida nas Revoluções Liberais, que influenciaria permanentemente tanto as sociedades ocidentais, como também os Estados nelas constituídos e seus instrumentos e instituições (como o Direito e, mais especificamente em nosso estudo, o Processo) ao longo do século XIX e a primeira metade do século XX, não bastava e, diante de sua insuficiência, sofreria modificações. Isto porque, tal como pregada pelo Liberalismo, a igualdade entre os indivíduos se mostrava ser uma *igualdade formal*, longe da realidade; uma igualdade proclamada pelas Declarações Liberais que ignorava as reais condições de exercício (e até de compreensão) dos direitos e garantias pelas pessoas.

Encontra-se reflexo desta época nas grandes codificações promulgadas nesta época, em especial o *Code Civil* Napoleônico e o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemão, que serviriam de inspiração para os demais códigos civis dos Estados ocidentais regidos por sistemas jurídicos de origem romano-germânica (*Civil Law systems*). Tal reflexo se mostra como um legado, ainda presente de forma mitigada "*na prática de nossos tribunais, individualita, tecnicista, elitista e conservador*".[8]

Isto é, segundo *Paulo César Pinheiro Carneiro*, este modelo se mostrava (e, em nossa opinião, ainda se mostra de certo modo até hoje em dia) *individualista*, uma vez que se encontrava preso a um paradigma de igualdade formal, liberal, sem qualquer compromisso maior com o efetivo acesso das camadas mais pobres e das coletividades; *tecnicista*, porque eivado de uma visão eminentemente prática, sem maior preocupação com as finalidades sociais e políticas que deveriam informar a sua atuação como instrumento ético para realizar justiça; *elitizado*, de modo a se mostrar um processo caro, distante, misterioso e desconhecido; e *conservador*, tendo em vista que se encontra

[5] *Idem*, pág. 96.
[6] ROSA, André Vicente Pires. "Igualdade". *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 456.
[7] *Idem, ibidem*.
[8] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 5.

encastelado, longe da realidade das ruas e da sociedade, estagnado no tempo e longe da efetividade adequada.

Todas essas observações levaram, ao longo do século XX, a duas espécies de respostas pelas sociedades diante do conteúdo meramente formal da isonomia defendida pelos Estados Liberais.

Uma das formas de reação, segundo *Mauro Cappelletti*, foi a completa negação deste ideal de Estado de Direito e de suas liberdades, o que acarretou "*resultados trágicos, nomeadamente os regimes totalitários de muitos países, inclusive a Alemanha, a Itália e a Espanha*" e também "*os regimes do chamado socialismo real, na Europa do leste e alhures, baseados na ideia de que as liberdades individuais eram desvaliosas e só os 'direitos sociais' deveriam ser promovidos"*.[9]

Por outro lado, a outra forma de resposta encontrada não foi o repúdio do *Rechtsstaat* e de suas liberdades, "*mas antes na complementação destas pelos 'novos direitos sociais'* (...) *tornando a pobreza relevante, sim, para o direito*".[10]

Surge, assim, a base político-filosófica para a discussão acerca do Acesso à Justiça, movimento político-judiciário que busca tornar mais isonômico o acesso à Justiça a todas as pessoas (inclusive aquelas cuja cidadania é limitada não apenas politicamente, mas mormente econômica e materialmente).

Conforme *Cappelletti*, esta "*filosofia do acesso à Justiça reflete exatamente essa [segunda] resposta, isto é, a tentativa de adicionar uma dimensão 'social' ao Estudo do Direito, de passar do Rechtsstaat ao sozialer Rechtsstaat*".[11]

Assim, um Estado como o brasileiro que se declara, em sua Constituição, ser um verdadeiro Estado Democrático de Direito, assume para si e também para seus cidadãos (que o constituem) o dever de garantir isonomia às pessoas que nele residem, cidadãos ou não, não apenas formal, mas também substancialmente. E este dever se estende a todas as suas instituições e funções, inclusive à função jurisdicional, garantindo o pleno e efetivo acesso à Justiça a todos ou, pelo menos, diante das diversas impossibilidades de se atingir esta meta, ao maior número possível de pessoas.

3. As barreiras para um efetivo e equânime acesso à Justiça

[9] *Idem*, p. 96.
[10] *Idem, ibidem.* Grifo original.
[11] *Idem, ibidem.* Grifo original.

Vem da década de 1970 o interesse doutrinário pelo que foi denominado, pelo Projeto de Florença, de movimento de *Acesso à Justiça*.

O Projeto de Florença foi um projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford (*Ford Foundation*) e dirigido por *Mauro Cappelletti*, professor da Universidade de Florença, na Itália, e então diretor do Instituto Florentino de Estudos Jurídicos Comparados, e por *Bryant G. Garth*, à época professor e posteriormente reitor da Universidade de Bloomington (*Indiana University School of Law – Bloomington*, EUA) e diretor emérito da *American Bar Foundation* (ABF).

Este Projeto, ao longo da década de 1970, contou com a pesquisa de inúmeros professores e acadêmicos ao redor do globo e buscou descobrir causas e soluções aos diversos obstáculos que as pessoas (físicas e jurídicas) encontravam para ter o devido acesso à justiça, não necessariamente a órgãos do Poder Judiciário, mas a uma solução justa a seus litígios.

De seus relatórios, cujo ensaio introdutório foi traduzido ao nosso vernáculo por *Ellen Gracie Northfleet*,[12] foram diagnosticados e apontados obstáculos e barreiras que devem ser transpostos.

O primeiro deles é a *barreira econômica*[13] ou a dos custos e também do tempo do processo.

O relatório de Florença foi bastante claro diante da constatação válida até os dias atuais de que, em qualquer parte do mundo, "*qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros*."[14]

A barreira se mostra maior quando se trata de causas de pequeno valor econômico, uma vez que estas são mais prejudicadas pelos custos de uma demanda judicial, os quais, não raro, "*podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.*"[15]

Além disso, dentre os obstáculos econômicos, há o problema do tempo de solução de uma demanda, até porque a demora para que se dê uma solução definitiva ao litígio acarreta, inevitavelmente, aos efeitos relatados por *Cappelletti* e *Garth* como devastadores:

[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Reimpr. Porto Alegre, Fabris, 2002.
[13] Definição cunhada por *Leonardo Greco* em suas *Instituições, op. cit.*, p. 18.
[14] *Acesso à Justiça. op. cit.* p. 18.
[15] *Idem*, p. 19.

"*aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito*."[16] Outrossim, a demora abala a credibilidade do Judiciário perante a sociedade no exercício de sua função jurisdicional, uma vez que acabam os conflitos se perpetuando ao longo do tempo, dificultando a pacificação social. De fato, um aparato judiciário "*que não cumpre suas funções dentro de 'um prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível*".[17]

A *barreira geográfica - i.e.*, os obstáculos quanto aos interesses coletivos, direitos espalhados de forma difusa pelos membros da sociedade – se apresenta pelas dificuldades de o indivíduo, sozinho, poder defender direitos pertencentes a todo um grupo ou coletividade, tornando a sua "*posição análoga à do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é antieconômica.*"[18]

Leonardo Greco bem denominou esta barreira como geográfica, pois, segundo o relatório de Florença, ela se relaciona justamente sobre o que *Cappelletti* e *Garth* denominaram como *"a questão da reunião"*,[19] ou seja, pelo fato de as pessoas (ou grupos) afetadas pelo litígio ou violação de direitos se encontrarem dispersas, carentes *"da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum*";[20] contudo, mesmo que seja possível a reunião de pessoas, reconhece o Relatório que, apesar da impossibilidade de se confiar todos os conflitos sociais para órgãos do Estado (que, muitas vezes, é o próprio infrator), é difícil "*mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental*".[21]

Por fim, o acesso à Justiça pelas pessoas tem sido obstaculizado também pela *barreira burocrática*, que se relaciona diretamente à possibilidade das partes de irem a Juízo. Enquanto que algumas pessoas e entes, privados ou públicos, são "litigantes experientes", já acostumados ou bem preparados (não apenas intelectual ou tecnicamente, mas mormente economicamente) para o litígio no campo judicial, a maioria das pessoas físicas ou das empresas (no Brasil, de pequeno e médio porte) nunca esteve perante um magistrado ou mesmo dentro do prédio de um Tribunal, de modo que, na feliz expressão

[16] *Idem*, p. 20
[17] *Idem*, p. 20-21.
[18] *Idem*, p. 27.
[19] *Idem, ibidem.*
[20] *Idem, ibidem.*
[21] *Idem*, p. 28.

norte-americana, muitas vezes vão ao litígio judicial ter o seu dia na Corte ("*to have his/her day on Court*"), defendendo os seus direitos, às vezes, no único processo de suas vidas.

Também há, nesta classe de barreira, obstáculos definidos por *Humberto Dalla Bernardina de Pinho* como *institucionais, i.e.*, pontos de resistência ao método de solução de litígio adotado bastante fortes, como a falta de informações sobre o procedimento, ausência (completa ou parcial) de normatização sobre o tema e a "*percepção social da figura da autoridade para a solução do conflito.*"[22]

As dificuldades pessoais tratadas nesse conjunto de obstáculos para o acesso à Justiça não se limitam, entretanto, às dificuldades financeiras como na possibilidade de contratação de bons profissionais ou de produção de provas dispendiosas, nem a obstáculos institucionais; ao contrário, alcança também "*as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através do nosso aparelho judiciário*".[23]

São, portanto, barreiras não somente emocionais (como nos litígios de trato contínuo, por exemplo, as causas familiares ou de vizinhança,), mas também de informação ou intelectuais, diante da constatação, no nosso dia a dia, que parte da população ainda não conhece os seus direitos, nem sabe como ter acesso efetivo a eles.

É de fácil constatação que esse conjunto de barreiras (econômicas, burocráticas e geográficas) não se encontra de forma isolada; de fato, ao buscar a solução para uma dessas dificuldades, não se pode olvidar das demais, visto que, como bem concluiu o Relatório, elas são "*inter-relacionadas, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro*".[24]

Também de é fácil constatação que "*os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres*",[25] de modo que as soluções à falta ou insuficiência de acesso à Justiça devem (ou deveriam) atender prioritariamente a estas pessoas, carentes não apenas de bens materiais, mas mormente de informações a respeito de seus próprios direitos e da forma a ter efetivo acesso a estes.

[22]PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Mediação: A Descoberta de um Velho Aliado na Solução de Conflitos.* Disponível em: < http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf >. p. 10.
[23] *Acesso... op. cit.* p. 22. Grifo original.
[24] *Idem*, p. 27.
[25] *Idem*, p. 28.

4. Soluções para as dificuldades de acesso à Justiça: as "ondas renovatórias" definidas por Cappelletti e Garth.

Diante da constatação de um quadro de uma mera isonomia formal no processo e a necessidade de mudança deste paradigma para uma igualdade substancial, onde as partes pudessem ter efetivo acesso à Justiça, ou melhor, a uma conclusão justa de seus conflitos, as sociedades ocidentais têm desenvolvido, desde a segunda metade do século passado (séc. XX), soluções para esse problema.

O Relatório do Projeto de Florença, ao analisar as diversas propostas pesquisadas nos diversos ordenamentos jurídicos, percebeu a ocorrência de três posicionamentos que "*emergiram mais ou menos em sequência cronológica*".[26] Estes posicionamentos foram denominados, naquele estudo, de "ondas renovatórias" ou "ondas de acesso à Justiça".

A primeira onda foi a da *assistência judiciária para os pobres*, ou melhor, para os hipossuficientes, tanto econômica, como institucionalmente, pois muitas vezes a pessoa que sofre a privação de acesso à Justiça tem os meios para arcar com um profissional habilitado e com os custos da demanda, mas não tem a informação necessária acerca de seus direitos, nem de como pode lutar por eles.

Aliás, falando em lutar por direito, *Rudolf von Ihering*, em conhecida obra, escreveu que "*quando um indivíduo é lesado nos seus direitos, deve perguntar-se se ele os sustentará, se resistirá ao seu adversário e, por consequência se ele lutará, ou se efetivamente, para escapar à luta, abandonará, cobardemente, o seu direito*."[27]

Ora, nos padrões liberais do século XIX, época na qual viveu aquele nobre jurista germânico, tal afirmativa era válida, até porque todos, independentemente de suas reais condições materiais, eram tidos como se fossem iguais perante a Lei; ignorava-se, no entanto, se a pessoa realmente tinha oportunidade de entender a alternativa que lhe seria proposta e, por conseguinte, de poder escolher (ou melhor, de poder saber como escolher) a melhor opção entre lutar pelo seu direito ou se resignar com a situação fática.

É exatamente isso que visou a *primeira onda*: dar uma efetiva *paridade de armas* (*Waffengleichheit*), com o intuito de municiar o litigante mais fraco de informações

[26] *Op.cit.*, p. 31.
[27] *A Luta pelo Direito*. Tradução de João de Vasconcelos. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pág. 13.

acessíveis e de instrumentos hábeis, de modo que ele possa saber efetivamente o que lhe está sendo demandado e responder, com certeza, em defesa de seus direitos e interesses. Trata-se da garantia de um efetivo processo justo (como denominado pelo direito comunitário europeu)[28] ou de um efetivo devido processo às partes de acordo com a lei (devido processo legal).

Já a *segunda onda* se caracterizou como o incentivo à *representação dos direitos difusos*. Tais direitos, de interesse de toda a sociedade ou de determinado grupo, não são necessariamente direitos unicamente dos pobres, mas de pessoas pertencentes de todo o grupo social as quais, individualmente, não teriam como patrocinar ou arcar com os custos de um processo para reclamar quantias que lhe seriam irrisórias, mas que, coletivamente, geraria um enorme prejuízo espalhado por toda a sociedade. Também alcançam a hipótese de certos processos para defender direitos os quais, isoladamente, as pessoas não teriam condições processuais ou fáticas de patrociná-los, como, *exempli gratia,* direitos em prol do meio-ambiente ou de grupos de consumidores.

Para tanto, nesta segunda onda renovatória, as legislações tiveram que se adaptar e trazer novas soluções para a defesa destes direitos, tendo em vista que "*a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos*".[29]

Deste modo, diante da natureza comum destes litígios, o processo é obrigado a abandonar o seu protótipo tradicional de solução individualista de conflitos para poder alcançar os litígios coletivos, que envolvem um grande número de pessoas ou, às vezes, quase a totalidade da coletividade.

Transpõe-se, pois, no dizer de *Kazuo Watanabe*,[30] de uma *estrutura atômica*, fragmentada, para uma *estrutura molecular do litígio*, na qual a matéria litigiosa atinge os mais diversos indivíduos da mesma sociedade.

Contudo, não bastava apenas garantir assistência jurídica aos mais necessitados, nem dirimir os conflitos de caráter coletivo. Faltava ampliar a noção de acesso à Justiça, de modo que ela pudesse ser acessada por todos e por intermédio de outros instrumentos.

---

[28] Conforme NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 88. Alega, porém, o autor que por "processo justo" se compreenderia apenas as garantias processual do devido processo legal (*procedural due process of law*), tendo ele estendido, contudo, a sua compreensão também às garantias materiais ou substanciais do processo (*substantiva due process of law*).

[29] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (orgs). *Acesso à Justiça*. *op. cit.* p. 49.

[30] "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 1992, n. 67, p. 15 *apud* DIDIER JR., Fredie; *et* ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 35-36.

Deste modo, o Relatório de Florença diagnosticou a ocorrência de uma *terceira onda*, mais recente, de *enfoque de acesso à justiça*, na qual "*inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo*".[31]

Em outras palavras, *Mauro Cappelletti* posteriormente, em simpósio jurídico realizado em 1992, definiu esta terceira onda como a que visa vencer um *obstáculo processual, id est*, a constatação de que, "*em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento*".[32]

Deste modo, para *Cappelletti*, a terceira onda do movimento de acesso à justiça "*enfatiza a importância dos métodos alternativos de solução de litígios*", uma vez que isto reflete toda a filosofia de igualdade de oportunidade de acesso a todos a uma decisão justa, "*na medida em que tais alternativas possam ajudar a tornar a Justiça equitativa e mais acessível*".[33, 34]

5. Meios alternativos de resolução de conflitos

Pois bem, o que seriam estes "meios alternativos de resolução de conflitos", defendidos como os instrumentos, por excelência, desta terceira onda renovatória de acesso à justiça?

Antes de responder a esta pergunta, deve-se ter em mente que, por mais que o Estado se esforce a torná-la efetiva, a Jurisdição nunca alcançará a total e completa *efetividade* diante de todos os conflitos de interesses.

E o que seria efetividade? Para *José Carlos Barbosa Moreira*, apesar de as

[31] *Acesso à Justiça*. *op. cit.* p. 31.
[32] *Os métodos alternativos... op. cit.* p. 84.
[33] *Idem*, p. 96-97.
[34] Não se pode deixar de lembrar que, posteriormente ao Relatório de Florença, o próprio professor *Cappelletti*, escreveu, em 1984, um artigo intitulado "*Acesso à Justiça e Estado-Providência*" (*apud* PINHA, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação e a Necessidade de sua Sistematização no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: < http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/A MEDIAÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA SISTEMATIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.pdf >. p. 2) no qual reconheceu a existência de uma "quarta onda renovatória", a de efetividade do direito processual, tendo em vista que a jurisdição, "*embora seja fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito*" (CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès a la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29); contudo, em nossa opinião, o conteúdo desta quarta onda já teria sido abarcado na terceira onda, que tem, justamente o *enfoque do acesso à Justiça*, como definido naquele Relatório. Registre-se, todavia, neste estudo a existência desta opinião posterior de *Mauro Cappelletti* para informação do leitor.

doutrinas se digladiaram acerca do que seria o conceito de efetividade, ela pode ser caracterizada pela presença dos seguintes elementos, *in verbis*:

> a) *o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) 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 quanto 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*. [35]

Realmente, apesar dos esforços desprendidos para um maior acesso à justiça a todos, mostra-se impossível que o Poder Judiciário de qualquer Estado tenha a capacidade de promover a composição de todos os litígios sociais.

Deste modo, juntamente com a Jurisdição, também foram desenvolvidos e aperfeiçoados, ao longo da história, na Europa Ocidental e em seus posteriores territórios de influência, diversos mecanismos com o intuito de resolver os problemas das partes conflitantes sem ter que levá-los necessariamente à apreciação do Judiciário por diversas razões, como a necessidade de se manter a confidencialidade das informações, a de se buscar ou confiar em julgadores com um saber técnico especializado, a de se necessitar de uma solução eficiente, urgente ou rápida ao litígio, entre outras necessidades.

A estes mecanismos alternativos, foi dada nos Estados Unidos da América a

[35] "Notas sobre o problema da efetividade do processo." *Temas de Direito Processual. Terceira Série*. São Paulo, Saraiva, 1984. pp. 27/28.

denominação, na década de 1970, de *Alternative Dispute Resolutions* (ADR),[36] que foi traduzida na década de 1980 na Europa Ocidental como Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos (MASC) ou Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC); entretanto, estes métodos já tiveram anteriormente na doutrina outras denominações. Por exemplo, *Francesco Carnelutti*, em suas *Instituições*, dedicou-lhes o "livro terceiro", no qual os denominou de "*equivalentes do processo civil*".[37]

Veja-se, portanto, que, apesar destas recentes denominações, estes meios alternativos já eram conhecidos pela própria Ciência Jurídica há tempos, não havendo nenhuma novidade em sua existência ou mesmo em sua recente grande recente divulgação ocorrida nas últimas décadas.

Desde a Antiguidade, já há notícias de soluções distintas à moderna jurisdição para a solução de conflitos. Na história do povo hebreu, no Antigo Testamento bíblico, é conhecida de todos a história do Rei Salomão que foi chamado para mediar (e, ao não resolver a disputa, sentenciar com seu poder de soberano) a disputa da guarda de um bebê por duas mulheres.[38]

Já na Grécia Clássica, *Kimberlee K. Kovach*, da Universidade do Texas, assinala que havia uma arbitragem pública com um mecanismo prévio de mediação, na qual, antes de um terceiro neutro e imparcial dar uma decisão final, ele consultava as partes e as persuadia a alcançar um acordo.[39] Segundo *Luiz Olavo Baptista*, a regra na Grécia Antiga era o julgamento pelo povo na ágora, sendo a arbitragem uma alternativa, limitada a questões de direito privado.[40]

Mesmo com o fortalecimento do Estado e o monopólio da Justiça pelos governantes no período final do Império Romano, berço da Jurisdição como é entendida nos dias de hoje pela Ciência Jurídica Ocidental, tais mecanismos sempre existiram,[41] alguns deles antes mesmo do surgimento da Justiça Pública, como, *exempli gratia*, a auto-tutela e a arbitragem, na roupagem romana de Justiça Privada.

Na Idade Média, também sempre coexistiram outras formas de solução de conflitos ao lado da Justiça dos soberanos, principalmente dentre os comerciantes (o que daria base

[36] CICOGNA; RAGO; *et* GIUDICE. *Manuale dele Tecniche di Mediazione nella Nuova Conciliazione.* Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2010. p. 23.
[37] *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. I. p. 109.
[38] Vide na Bíblia o Primeiro Livro de Reis, capítulo 3, versículos 16 ao 28 (I Reis 3, 16-28).
[39] *Mediation.* St. Paul, MN: Thomson-West, 2003. p. 17.
[40] BAPTISTA. *Arbitragem Comercial e Internacional*. *op. cit.* p. 22.
[41] TEIXEIRA. "A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro". loc. cit. p. 22)

à *lex mercatoria* e aos costumes mercantis) e as pessoas que não tinham acesso à Justiça do senhor das terras.

Também neste período, situações extremas, como a escassez de água em algumas épocas do ano, também foram a gênese de cortes privadas de solução de litígios, algumas existentes até hoje (e reconhecidas, até mesmo, pelos Estados), como as cortes andaluzes, criadas durante o período de dominação muçulmana, do *Tribunal das Águas de Valência*[42] e o *Conselho de Homens Bons de Murcia*, cuja existência como *tribunais consuetudinários* foi declarada pela Constituição Democrática Espanhola de 1978.[43]

Já em período mais recente, em especial no Brasil Imperial, tais métodos, em especial a arbitragem, foram usados, inclusive obrigatoriamente, durante certo período. Conforme pesquisa feita por *Julia Renata S. Ivantes da Fonseca*,[44] durante o Império Brasileiro, no século XIX, o Código Comercial de 1850 previa originariamente um juízo arbitral obrigatório em lides oriundas de locação mercantil (art. 245) e nas alusivas à liquidação de sociedade comercial (art. 294); entretanto, esse juízo arbitral obrigatório foi revogado 16 anos depois, com a Lei n.º 1.350 e, no ano seguinte (1867), o juízo arbitral tornou-se expressamente facultativo nos termos do Decreto n.º 3.900 nas causas comerciais.

Além disso, neste mesmo período, a Constituição Imperial de 1824 já previa expressamente, nos seus arts. 160 e 161, a possibilidade de se recorrer a árbitros e à reconciliação para solução de certos litígios.[45]

Aliás, até no início da República, o próprio Estado brasileiro se utilizava, no plano internacional, da arbitragem (quando não era, ele mesmo, convidado como árbitro de

[42] Ao leitor que quiser se aprofundar sobre o tema, recomenda-se a visita ao sítio *internet* do Tribunal das Águas de Valência, em castelhano < http://hispagua.cedex.es/cultura_agua/textos/Tribunal_Aguas_Valencia/Porta da.html >, no qual há, inclusive, um estudo jurídico sobre as vantagens daquela corte consuetudinária em apresentar os princípios processuais de concentração, oralidade, rapidez e economia processual.

[43] Em seu art. 125, no original: *Artículo 125. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la*
Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

[44] Parte de sua pesquisa foi feita e exposta em sua monografia de pós-graduação, *Decisões proferidas em procedimentos arbitrais e os tribunais cíveis brasileiros*, apresentada junto à PUC-Rio e não publicada.

[45] *Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.*
Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. (Redação do texto constitucional com a grafia original).

causas de outras nações) para resolver questões sensíveis como as de fronteiras[46] e de indenização por atos de agentes estatais a estrangeiros.[47]

Isto se passou não apenas no Brasil, mas também em outros ordenamentos jurídicos nacionais, como no italiano, no qual institutos como a conciliação já se encontravam presentes na codificação pré-unificada, inclusive de forma judicial, e era "*largamente aplicada na prática, ao menos até a primeira década do século passado, um instituto que de resto foi objeto, no passado, de importantes reflexões doutrinárias*".[48]

Ora, se nas décadas seguintes, os meios alternativos de resolução de conflitos ficariam relegados a segundo plano na prática e na doutrina, por diversos motivos (em especial, no Brasil, por falta de credibilidade e de certeza de sua execução nos Tribunais), isto não significa que os métodos hoje postos à disposição seriam recentes ou inovadores, pois, como bem escreveu *Cláudio Vianna de Lima*, quando surge a notícia de um "novo" mecanismo ou de um novo procedimento, "*no comum das vezes, se reapresenta como algo novo, aparentemente inédito, em plena moda. (...) Sabe-se, no entanto, que não há nada de novo sob a face do sol:* Nil novi sub sole."[49]

Isto é verdade. No fundo, todos os mecanismos ditos como "novos" cujo uso foi propagado e estimulado desde a década de 1970 podem ser resumidos em duas amplas espécies há muito conhecidas pelo Direito: na *arbitragem* e na *conciliação* (ou *mediação*).

Apesar de hoje a expressão "meios alternativos de resolução de conflitos" não se caracterizar como um campo simples ou homogêneo, *Michele Taruffo* conseguiu reuni-los nestes dois tipos fundamentais de MARC, uma espécie de *summa divisio* (como ele mesmo denominou) entre a *conciliação* e a *arbitragem* que, segundo o professor da Universidade de Pávia, já existia nos ordenamentos processuais modernos (*i.e.*, aqueles que surgiriam com as codificações processuais do final do século XVIII e as produzidas ao longo do século XIX), mesmo que hoje cada uma destas categorias se fragmente em diversas

[46] Como, *exempli gratia*, a da Guiana Essequiba, em 1904, que delimitou a fronteira entre o atual estado de Roraima e a então denominada Guiana Britânica

[47] Cite-se, aqui, do *Projeto Avalon* da Universidade de Yale a existência, dentre os documentos escolhidos como os mais importantes do século XX, de um protocolo diplomático firmado entre os EUA e o Brasil para submeter à arbitragem a questão do sr. George C. Benner e outros, de 06 de setembro de 1902, acerca da indenização da embarcação "James A. Simpson" por danos causados pela abertura de fogo por soldados brasileiros. Vide no endereço *internet* < http://avalon.law.yale.edu/20th_century/brazil05.asp >.

[48] MARINARI, Marcelo. "La Nuova Disciplina della Mediazione nelle Controversie Civile". in GENOVESE, Francesco Antonio; RISOLO, Chiara Ilaria (orgs.). *La Riforma del Processo Civile.* Milão: Giuffrè, 2010. p. 508. Tradução livre do italiano.

[49] LIMA, Cláudio Vianna de. "A Arbitragem no Tempo. O Tempo na Arbitragem". *A Arbitragem na Era da Globalização*. o*p. cit.* p. 5.

técnicas e mecanismos.[50]

Deste modo, pode-se definir genericamente por *mediação* (termo oriundo da expressão *mediation*, largamente adotada nos Estados Unidos) ou *conciliação* (termo usado nos países da Europa Continental) o procedimento voluntariamente aceito pelas partes (mesmo que a controvérsia tenha tido origem no Judiciário) no qual as duas partes concordam e se dispõem a obter, por intermédio do diálogo, uma solução comum ao conflito, com o auxílio (ativo ou passivo) de um terceiro neutro e imparcial que aja como mediador ou conciliador das partes.

Já a *arbitragem* é conhecida como a forma de solução de litígio onde as partes escolhem um árbitro ou um painel de árbitros, neutro e imparcial, ao qual as partes lhe transferem o efetivo poder de decidir a lide.[51] A arbitragem se diferencia, pois, da conciliação, pois naquela há uma característica de substitutividade, tendo em vista que há a transferência para uma pessoa alheia à lide (*i.e.*, o árbitro) do poder de decidi-la, o que não ocorre com o conciliador. Também se diferencia da Jurisdição, pois a arbitragem, conforme *Carnelutti*, não tem caráter público, mesmo que o seu laudo (ou sentença arbitral) possa adquiri-lo *a posteriori* mediante procedimento judicial próprio, previsto no ordenamento.[52]

Como vimos, conciliação e arbitragem nada têm de novo. Qual seria, portanto, a origem do atual movimento de propagação do uso destes equivalentes à jurisdição?

A doutrina jurídica, em geral, aponta a origem deste movimento, nas palavras de *Elisabetta Silvestri*, em "*uma conferência que aconteceu em 1976 para celebrar o septuagésimo aniversário do discurso pronunciado por Roscoe Pound, um dos 'founding fathers'* ('pais fundadores') *do direito americano, ante a* American Bar Association, *sobre o tema* 'The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice'",[53] *i.e.*, no vernáculo, "As Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça.

Segundo *Kimberlee K. Kovach*, a *Pound Conference* foi considerada como o início

[50] *Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 128.
[51] É válida a definição de arbitragem proposta por *Carlos Alberto Carmona*: "*meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial*" (*Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31).
[52] *Instituiciones... op. cit.* p. 116.
[53] "Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversais". *Jueces para la Democracia* – información y debate. Espanha. n.º 37, marzo/2000. Disponível em < http://dialnet.unirioja. es/servlet/dcfichero_articulo?codigo=174811&orden=88145 >. p. 48. Tradução livre do castelhano.

do *Modern Mediation Moviment*[54] e, logo após a sua realização, diagnosticou-se nos EUA o surgimento de dois resultados distintos, porém notáveis.

O primeiro, consistiu no estabelecimento do três primeiros "Neighborhood Justice Centers"[55] que logo se multiplicariam naquele país. E o segundo, nos esforços de prover o sistema judicial norte-americano de opções de MASC, inclusive a mediação/conciliação, resultado este que foi denominado por *Frank E. A. Sander* de criação de um "*multi-door courthouse*", "*onde aos cidadãos seria concedido um número de opções para a resolução de conflitos ao invés do [processo] contencioso*".[56]

Ao longo dos mais de trinta anos que se passaram da realização desta Conferência, esse modelo norte-americano de busca por meios alternativos de resolução de conflitos foi, aos poucos, sendo importado e mesclado aos demais ordenamentos, inclusive o brasileiro, sendo considerado como uma forma efetiva de melhorar o acesso a Justiça a todas as pessoas, sob a ideia de que o uso dos MARC favoreceria a composição amigável entre as partes e o fortalecimento do que *Mauro Cappelletti* denominou de uma "Justiça coexistencial", sem disputas ou paradigmas de vencedor-perdedor, de certo-errado ou de disputa por posições,[57] uma vez que as pessoas resolveriam os litígios de forma consensual, tendo em mente a duração das relações sociais.

É de se perguntar, porém, se a redescoberta destas "novas alternativas" teria realmente colaborado com o que o próprio *Cappelletti* definira como "*a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população*."[58]

6. Podem os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos ser uma forma efetiva de se garantir o acesso isonômico à Justiça?

Ao contrário do que se pode pensar, deve-se ter em mente que, como bem ressaltou *Humberto Dalla,* os meios alternativos de resolução de conflitos não vieram tomar o lugar

[54] *Op. cit.* p. 23.
[55] Traduzidos ao português em *Acesso à Justiça. op. cit.*, como "Centros Vicinais de Justiça" (p. 114).
[56] *Idem*, p. 21.
[57] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to Yes.* 2nd ed. New York: Penguin, 1991. pp. 40ss.
[58] "Os Métodos Alternativos...", *op. cit.* p. 88.

da jurisdição; ao contrário, eles "*vêm demonstrar, exatamente, que deve haver uma forma de solução para cada tipo e natureza de litígio que se apresenta*".[59]

Assim, reconhece-se que, para algumas situações, o aparato estatal não teria a efetividade exigida para alcançar a melhor solução possível ao litígio.

Mas, se hoje em dia, a Jurisdição ainda é, sem dúvida, o principal meio de acesso à Justiça, de que forma os seus meios alternativos podem se caracterizar como uma forma efetiva de garantia a um acesso isonômico das pessoas à Justiça?

Segundo *Ada Pellegrini Grinover,* tais meios alternativos teriam a função social de pacificação que, "*em via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido*".[60] Como dito acima, os MARC buscariam garantir o acesso isonômico à Justiça ao velar por uma *Justiça coexistencial*, sem os paradigmas de vencedor e vencido, uma Justiça informal que "*compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo*".[61]

Deste modo, consegue-se limitar a aplicação dos MARC a certos casos nos quais haja foco especial na coexistência das partes, como em relações pessoais e empresariais contínuas e de longa duração; contudo, seria utópico pensar ou defender que tais "equivalentes ao processo" pudessem substituir a jurisdição estatal em todos os casos.[62]

O procedimento de conciliação (e também, *mutatis mutandis*, o de arbitragem), como muito bem ponderou *Humberto Dalla*, é um processo artesanal,[63] que demora para ser bem feito. É um procedimento individual, que deveria ser feito cuidadosamente caso a caso, um verdadeiro artesanato que demora, exige dedicação, análise de todas as reclamações e questões ressaltadas pelas partes e até a cessão por estas de posições para a obtenção do melhor resultado.

Infelizmente, diante de tais características, é de se constatar em nossa realidade que o modelo atual de meios alternativos de resolução de conflitos continua afastado, em grande parte, do que tem sido defendido e proposto como acesso isonômico à Justiça.

---

[59] *Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos: Algumas considerações introdutórias*. Disponível em: <*http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm*>. p. 1.
[60] "A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo". *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990. p. 221.
[61] *Idem, ibidem.*
[62] Aliás, *Francesco Carnelutti*, em 1941 (*Instituiciones... op. cit.*), já afirmara expressamente que "*o processo arbitral não pode ser empregado para a composição de qualquer lide*" (p. 118).
[63] *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. op. cit*. p. 9

Hoje, tanto no Brasil, como nos demais ordenamentos jurídicos ocidentais, a arbitragem se limita a solucionar controvérsias no campo empresarial e quando há valores elevados em jogo.[64]

E, talvez, isto tenha ocorrido desde a gênese deste movimento, como escreveu *Elisabetta Silvestri* ao expor de forma bastante crítica os verdadeiros anseios que, segundo ela, inspiraram a *Pound Conference, in verbis*:

> Oficialmente, a proposta de criar uma alternativa ao processo tinha a sua origem no nobre intento de assegurar a estratos cada vez mais amplos da população formas adequadas de tutela, uma tutela que a chamada justiça formal, com seus atrasos, elevados custos e acentuado tecnicismo, não poderia garantir mais que a uma elite de sujeitos. Na realidade, com esta instância democrática conviviam outras duas inconfessadas inspirações de significado radicalmente oposto. Em efeito, de um lado se propunha a intenção de liberar os Tribunais do fastio produzido pelo incessante aumento das causas de modesto valor econômico, muitas vezes repetitivas e por isso consideradas tão pouco úteis para favorecer o progresso da ciência jurídica como para merecer o epíteto de *garbage cases*. Do outro, se perseguia o objetivo de frear o ativismo dos juízes subtraendo a sua intervenção, muitas vezes considerada demasiadamente progressista e desestabilizadora, questões de grande ressonância social e política, como as relativas aos direitos civis, a tutela do consumidor, a proteção do meio ambiente. [65]

Taruffo faz coro e critica o uso destes meios pelos legisladores para acobertar a crise dos Poderes Judiciários locais, o que ele considera ser a "razão prática" de seu incentivo indiscriminado, pois, "*dado que a Justiça do Estado não funciona, o legislador trata de desviar a maior quantidade possível de controvérsias para fora dos canais jurisdicionais, a fim de reduzir a carga laboral dos juízes e permitir às partes encontrar 'alguma' solução a seus problemas*".[66]

De fato, em nossa realidade, os meios alternativos têm sido eficientes praticamente nos mesmos ramos e casos para os quais já serviam antes mesmo do último quartel do século XX, ou seja, a um pequeno grupo de empresas e de pessoas que nunca foram alienadas do acesso à Justiça; ao contrário, trata-se de grupo seleto de pessoas, empresas,

[64] CICOGNA *et al. Manuale... op. cit.* p. 32.
[65] "Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversais". *op. cit.* p. 48.
[66] *Páginas... op. cit.* p. 115.

corporações e até Estados que, tendo conhecimento e fundos, continuaram, após a Conferência Pound, a se utilizar destes antigos métodos alternativos para solucionarem conflitos pontuais e específicos, os quais, muitas vezes, eram interessantes que fossem mantidos fora do Judiciário, por diversos motivos, como, *exempli gratia*, o desejo de manter o sigilo de certas informações ou de buscar uma decisão que contasse com julgadores de notória formação ou especialização técnica.

Por outro lado, as tentativas de se implantar à força a conciliação às partes, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis (Lei n.º 9.099/1995, arts. 21 e seguintes)[67] e nas audiências de conciliação do rito sumário (art. 277, CPC),[68] faz com que as tentativas de conciliação se tornem mais um ritual ou apenas mais uma burocracia, como se fosse uma sala de espera obrigatória para o julgamento da causa.

Já as tentativas de se implantar a arbitragem como "meio de solução de conflitos" e, outrossim, de alívio à sobrecarga de processos a cargo do Poder Judiciário,[69] em especial nos Juizados Especiais, não obteve sucesso, apesar da previsão legal no art. 24 da Lei n.º 9.099/1995.[70, 71] Segundo *Carlos Alberto Carmona*, na maior parte dos Estados federados

[67] *Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.*
Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.
Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

[68] *Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.*
§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.
§ 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença.
§ 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir.
§ 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário.
§ 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.
(Redação vigente após a promulgação da Lei n.º 9.245/1995)

[69] CARMONA. *Op. cit.* p. 2.

[70] *Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.*
§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.
§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

[71] É interessante notar que a figura do juiz leigo, em alguns estados, como nos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, que deveria ser facultativa e escolhida pela partes, tornou-se uma figura obrigatória, substitutiva do juiz togado, sem a prévia anuência das partes.

brasileiros, as partes não se socorreram (ou, talvez, não tiveram condições de se socorrer) da arbitragem para resolver suas causas, de modo que a arbitragem no Brasil passou a ser usada, a partir da nova lei, em contratos de cunho comercial ou societário.[72]

A situação se agrava diante da tão alegada falta de tempo pelos órgãos do Poder Judiciário para lidar devidamente com todas as audiências obrigatórias, do despreparo de grande parte dos conciliadores (os quais não contam, em sua maioria, com uma base mínima de negociação ou de psicologia forense) e a grande quantidade de processos que se acumula à espera de um julgamento.

Outrossim, os meios alternativos de resolução de conflitos não são aplicáveis em todas as situações, principalmente naquelas em que haja a hipossuficiência de alguma das partes, não apenas material, mas também intelectual, o que acarretaria em uma desigualdade.

Neste sentido, analisando a mudança legislativa em Portugal na parte de execuções cíveis, percebe-se a previsão, a partir do Decreto-Lei n.º 226/2008, de uma arbitragem institucionalizada, a ser exercida em "*centros de arbitragem voluntária com competência para a resolução de litígios resultantes do processo de execução e para a realização das diligências de execução previstas na lei.*" (Artigo 11º do Decreto-Lei n.º 226);[73] todavia, tal previsão (da qual não se há notícia de sua efetiva implantação), deve ser vista com cautela, visto que, como alertado por *Virgínio da Costa Ribeiro*, algumas das recentes mudanças na execução civil portuguesa tiveram, como consequência, beneficiar grande parte dos bancos e instituições financeira lusitanas, como, *v.g.*, as regras de competência

[72] *Idem*, p. 3.

[73] CAPÍTULO VII - Arbitragem institucionalizada no âmbito da acção executiva
Artigo 11.º - Arbitragens institucionalizadas
Pode ser autorizada a criação de centros de arbitragem voluntária com competência para a resolução de litígios resultantes do processo de execução e para a realização das diligências de execução previstas na lei.
Artigo 12.º - Compromisso arbitral
1 — A submissão de processos de execução aos centros de arbitragem previstos no artigo anterior depende da celebração de convenção de arbitragem em conformidade com os requisitos estabelecidos na legislação que regula a arbitragem voluntária.
2 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, nos casos de celebração de cláusula compromissória, qualquer das partes pode revogar a convenção de arbitragem no prazo de 10 dias após a formação do título executivo.
(...)
Artigo 17.º - Fiscalização
A actividade dos centros de arbitragem é fiscalizada por uma comissão criada para o efeito, presidida por um juiz conselheiro, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.
Artigo 18.º - Apoio em casos de sobreendividamento
Os centros de arbitragem criados ao abrigo do artigo 11.º asseguram uma ligação efectiva a sistemas de apoio a situações de sobreendividamento reconhecidos nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

territorial e o alargamento do rol de títulos executivos extrajudiciais na reforma processual de 1995/96.[74]

Há garantias processuais fundamentais que devem ser respeitadas, mesmo no âmbito da conciliação e da arbitragem, oriundas das garantias a um devido processo legal (ou de um processo justo) e a um efetivo contraditório entre as partes, com o intuito de se conceder uma efetiva paridade material ou substancial de armas às partes desiguais.

E, como afirma *Michele Taruffo*, normalmente estes métodos alternativos não apresentam capacidade de eliminar ou, ao menos, de reduzir as consequências da desigualdade que frequentemente existe entre as partes de uma controvérsia judicial.[75]

É por isso que os diversos sistemas judiciais buscam proteger os indivíduos mais fracos ou incapazes utilizando-se de diversas técnicas legislativas, sendo a principal delas a de tornar certos direitos indisponíveis, com o intuito de proteger o sujeito mais fraco da relação litigiosa *de si próprio*, tendo em vista evitar que eles, por culpa de sua fragilidade, acabem por dispor de determinados direitos importantes para a sua dignidade como pessoa humana.

Neste ponto, é fácil perceber que os métodos alternativos entram em choque com direitos e garantias tidas como fundamentais, uma vez que naqueles meios pressupõe-se "*que o acordo entre as partes se alcance precisamente na medida em que elas disponham de seus próprios direitos (e nem os tomem sequer em consideração)*."[76]

É nesse sentido que a Lei de Arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307/1996) expressamente limita, em seu primeiro artigo, a instauração de procedimentos arbitrais apenas para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, *i.e.*, "*as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem*".[77]

Ora, bem concluiu *Michele Taruffo* que, se as alternativas nem sempre são os instrumentos adequados para a tutela real de direitos (mormente da maioria da população), dever-se-á pensar em uma "*alternativa das alternativas*", qual seja, o próprio processo judicial que "*é tradicional, estrutural e institucionalmente o método fundamental para a*

[74] RIBEIRO, Virgínio da Costa. As Funções do Agente de Execução. Almedina: Coimbra, 2011. p. 15-17
[75] Páginas... op. cit. p. 117.
[76] *Idem*. p. 118.
[77] CARMONA. *Op. cit.* p. 39.

resolução das controvérsias."[78] Tanto é verdade que "*o complexo assunto da elaboração e aplicação das garantias constitucionais do processo, desde o acesso à justiça ou o 'processo justo', até a obrigação de motivação das sentenças, é o testemunho mais importante do papel central que se assinala ao processo jurisdicional no sistema dos direitos e de sua proteção*".[79]

Deste modo, por mais vantajoso possa um meio alternativo aparentar ser, ele nunca substituirá a Jurisdição na defesa de garantias fundamentais. É verdade que, como foi ressaltado, há algumas décadas, por *Francesco Carnelutti*, "*a economia de tempo e de dinheiro pode se compensar com uma menor garantia de justiça da composição*"; todavia, também lecionava o clássico mestre processualista que o meio alternativo (ou equivalente, como ele o denominava) somente seria reconhecido se o resultado desta compensação estivesse dentro dos limites aceitáveis.[80]

Aliás, somente poderá haver economia de tempo e de dinheiro se as partes tiverem tais recursos para despenderem. E esta é a grande questão posta linhas atrás: como é que estes meios alternativos poderiam ser utilizados por parcela significativa da população a fim de garantir, com economia efetiva de custos (justamente, a primeira barreira apresentada pelo Relatório de Florença que, por causa da carência material, impede que a maioria da população tenha efetivamente acesso à Justiça), um canal efetivo (e, principalmente, sem violação a garantias fundamentais) de acesso à justiça?

Este é o grande desafio a ser resolvido em um Estado Democrático de Direito. *Não se pode*, em prol de princípios como o acesso à justiça ou outros que ultimamente andam em voga na processualística e na política judiciária não somente aqui no Brasil, mas em outros países, como o da celeridade, *sacrificar garantias que são fundamentais para a manutenção da dignidade da pessoa humana*, justamente diante da hipossuficiência, por diversas origens e causas, de grande parte da população.

Deste modo, o acesso à Justiça somente será efetivamente alcançado quando a sociedade buscar meios de solução de seus conflitos que não causem diminuição ou até mesmo desconsideração das garantias fundamentais.

Não se deve também se preocupar com o acesso a justiça a quem já tem meios de alcançá-la.

[78] *Páginas... Op. cit.* p. 119. Sublinhado original do autor.
[79] *Idem, ibidem*.
[80] *Instituiciones... op. cit.* p. 110.

Ao invés de se formular variações de métodos que, no passado, somente serviam a interesses de pessoas, físicas e jurídicas, que não sofriam qualquer limitação material ou formal no exercício de seus direitos (inclusive no de ação), deve o foco se direcionar àqueles que, efetivamente, se encontram hoje alienados do acesso ao Judiciário estatal.

Neste ponto, algumas iniciativas louváveis podem ser citadas como exemplo de que é possível fazer um "uso alternativo" destes métodos e, assim, conceder a pessoas técnica e economicamente hipossuficientes o devido acesso à solução de seus litígios.

No Núcleo de Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, diante da constatação da possibilidade de se utilizar de técnicas de conciliação em determinados casos de pessoas hipossuficientes que se dirigiam para o Escritório Modelo daquela instituição, criou-se em 2007, junto com a Faculdade de Psicologia, um *Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos*.[81]

Este Grupo, formado por acadêmicos e profissionais de Psicologia e de Direito, atua no Núcleo de Prática Jurídica daquela universidade, promovendo aos casos direcionados ao Núcleo sessões voluntárias de mediação em uma fase pré-contenciosa, visando reduzir o desgaste e o tempo experimentados pelos jurisdicionados em um processo judicial litigioso.

Todo o procedimento é voluntário, realizado com a concordância de ambos os litigantes e é gratuito, sendo, porém, oferecido a pessoas hipossuficientes, que recebam até quatro salários-mínimos.

Outro exemplo de aplicação de um método alternativo que aparentemente tem atingido o objetivo de acesso à Justiça a pessoas excluídas desse acesso é desenvolvido pelo projeto denominado *Balcão de Direitos*.[82]

Este projeto, desenvolvido pela Organização Não-Governamental (ONG) Viva Rio originariamente na favela da Rocinha, a maior comunidade carente do município do Rio de Janeiro (e da América Latina), situada em sua Zona Sul, e hoje estendido, após um período de paralisação por falta de recursos, para o Morro da Providência, no Centro, e para o Complexo de favelas do Morro do Alemão, na Zona Norte carioca, busca não apenas promover a consciência pelos moradores destas regiões de seus direitos, como também

[81] Maiores informações podem ser obtidas no sítio internet do Grupo em < http://www.jur.puc-rio.br/npj_gimec.html >

[82] Cuja página internet se encontra em < http://www.iser.org.br/site/projetos/balcao-direitos > e também é tratada no artigo *Mediação de conflitos: limites e possibilidades no contexto de uma favela carioca*, de *Rafaela Selem Moreira*, em < http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Moreira_n30.pdf >.

mediar eventuais conflitos.

A favela da Rocinha, estudada pelo sociólogo português *Boaventura de Sousa Santos* sob o fantasioso nome de *Pasárgada*, desde a sua origem foi considerada uma parte da cidade marginalizada, onde o Estado não exercia total ou parcialmente seus deveres e funções, entre as quais a de pacificar os conflitos sociais.

Quando a jurisdição é ausente, "[s]e a justiça, num país como o Brasil, começa a fechar as suas portas, a deixar os cidadãos do lado de fora", bem expôs Leonardo Greco que a natural reação é que "eles vão buscar outros meios de solução de conflitos, que podem até ser meios à margem da lei, contrários à lei ou por ela ignorados, voltando aos tempos primitivos, com o uso da força".[83]

Felizmente, mesmo diante da ausência do Estado e a dificuldade de acesso ao Poder Judiciário pelos moradores daquela comunidade, bem como o notório controle parcial pelo tráfico de drogas dos destinos destas comunidades, existente até pouco tempo atrás, que impedia o acesso da população a serviços públicos básicos, algumas lideranças comunitárias não sucumbiram ao uso de meios ilícitos para a solução dos conflitos e solicitaram àquela ONG a criação do projeto, o qual tem, como finalidade:

> ...ser um instrumento a serviço da Segurança Pública na cidade do Rio de Janeiro através da promoção da dignidade da pessoa humana, utilizando, para esse fim, serviços de assessoria jurídica gratuita dentro das comunidades, pacificação de disputas através do uso da mediação e "treinamento para a cidadania" sobre temas em direito (por meio de cursos e palestras ministrados especialmente para líderes comunitários que, pelo perfil comunicativo, capazes seriam de multiplicar esse conhecimento e tirar dúvidas de outros moradores quando por eles procurados). [84]

Há, pois, esperança que os meios alternativos de resolução de conflitos venham a ser utilizados efetivamente como meios efetivos de acesso à Justiça (ou melhor, como instrumento de garantia de acesso aos direitos) por aqueles que se encontram substancialmente impedidos de ter efetivo acesso isonômico a uma decisão justa, e que não sejam usados somente como método de elitização de conflitos ou mesmo como política legislativa de diminuição, a qualquer custo, do número de processos judiciais diante da busca de uma efetividade meramente estatística do Poder Judiciário.

[83] *Instituições... loc. cit.* p. 66.
[84] MOREIRA, Rafaela Selem. *Mediação de conflitos... op. cit*. p. 223.

Para tanto, é válida a citação de *Calamandrei* feita na epígrafe deste artigo. No exercício da cidadania, as pessoas deveriam buscar uma democracia que não fosse meramente formal; porém, para tanto, todos deveriam fazer sua melhor contribuição, inclusive no plano jurídico, preparando o ordenamento com instrumentos alternativos eficientes e disponíveis isonomicamente a todas as pessoas a fim de auxiliar a jurisdição estatal (e não substituí-la) na função de pacificação social, sem se abrir mão das garantias fundamentais obtidas a preço muito alto pelas sociedades ao longo de sua História.

7. Conclusões

Os Poderes Judiciários nacionais das sociedades ocidentais, sem exceção, têm passado por momentos de provação e de busca de melhores resultados para se atender às demandas de suas sociedades.

Na Europa e nas Américas, verificam-se mudanças de paradigmas, inclusive nos países do *Common Law*, onde, por exemplo, a Inglaterra, após o diagnóstico dos problemas de seu Judiciário no Relatório do Lorde Wolff, introduziu em seu ordenamento em 1999 as *Civil Procedure Rules*, normas processuais escritas com o intuito de organizar a Jurisdição Civil e facilitar o acesso à Justiça pelos jurisdicionados britânicos.

Entretanto, mesmo diante da necessidade de mudanças, de quebra de alguns paradigmas e de busca de melhorias nos ordenamentos processuais das nações ocidentais, seria falaciosa a pretensão de fazer dos denominados "meios alternativos de resolução de conflitos" um remédio para este momento de crise.

Se, como visto, há conflitos os quais a jurisdição estatal não é a melhor instância de solução, isto não concede autorização aos legisladores para impedirem o acesso das partes à jurisdição, nem para lhes imporem a obrigação de se submeterem a outros meios, como a conciliação compulsória.

A práxis judiciária de nossos dias tem mostrado que as audiências de conciliação obrigatórias muitas vezes não alcançam a sua finalidade, por diversos fatores, inclusive por falta de uma cultura de conciliação, inclusive dentro do próprio Poder Judiciário.

Aliás, historicamente, isto tem ocorrido em outros ordenamentos, em especial o austríaco, cujo *Zivilprocessordnung* de 1895, tido como código-modelo de oralidade que, consoante *Mauro Cappelletti*, "*desde os primeiros anos de* [*sua*] *entrada em vigor* (...) *as*

estatísticas judiciais demonstraram um melhoramento radical e surpreendente na duração dos processos civis",[85] sofreu com a paulatina desvalorização deste princípio e dos valores democráticos nele inseridos, tendo os sistemas processuais de tradição romano-germânica, como um todo, não conseguido "*desvencilhar-se da preponderância da forma escrita*",[86] pondo as suas pioneiras audiências de conciliação em xeque.

Mesmo hoje em dia, na Itália, tem-se questionado a eficácia da nova lei (o Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010, por delegação do art. 60 da Lei n.º 69, de 18 de junho de 2009) que impôs a conciliação obrigatória em determinados casos, mormente pelo fato que esta reforma foi feita, como escreveu bem recentemente *Michele Taruffo*, apenas como "*um necessário e formidável instrumento para melhorar a infelicíssima posição da Itália*"[87] dentro do que ele denomina de "competição mundial" de menor duração do processo, na qual hoje ela ocupa a última posição na Europa (o que é motivo de diversas condenações pela Corte Comunitária de Estrasburgo por violação da cláusula de razoável duração do processo prevista no art. 6º da Declaração Europeia de Direitos do Homem) e, segundo *ranking* do Banco Mundial, está na 157ª posição (de 181 países considerados) no mundo.[88]

Ora, conforme já escrevera o jurista inglês *Jeremy Bentham* em 1828, citado por *Elisabetta Silvestri*, o dever do legislador é de corrigir o processo, e não de buscar expedientes para se passar por cima dele,[89] ainda mais quando tais expedientes afrontarem garantias fundamentais, mormente em face dos hipossuficientes de toda espécie, material ou intelectualmente.

Permitir que uma pessoa pudesse abrir mão de garantias ou que elas lhe fossem apenas formalmente reconhecidas, como é o caso da isonomia, acabaria por esvaziar o regime democrático e a efetiva participação de seus cidadãos a um mero aspecto formal, impedindo-os, como dito por *Calamandrei* no seu discurso citado na epígrafe, de participarem efetivamente na vida em sociedade e de lhe trazerem a sua melhor contribuição.

---

[85] *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil.* Buenos Aires: EJEA, 1972. p. 55. Tradução livre nossa.
[86] GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I. p. 296.
[87] "Le Ultime Riforme della Giustizia Civile". *Il Processo Civile Riformato*. Bologna: Zanichelli editore, 2010. p. 19.
[88] *Idem*, p. 1.
[89] BENTHAM. *De l'organization judiciaire et de la législation*. apud SILVESTRI. "Observaciones en materia..." *loc. cit.* p. 55. Texto em francês na citação: "*Le devoir du législateur est de corriger la procédure, et non de chercher des expédients pour s'en passer.*"

Como bem expôs *Leonardo Greco*, a ideia de acesso à justiça está umbilicalmente vinculada às ideias de cidadania e de acesso a direitos fundamentais, as quais, "*nas sociedades contemporâneas, depende*[m] *de inúmeros pressupostos, vários deles extrajurídicos*", como o direito a uma educação básica, a condições mínimas de sobrevivência e de existência condignas, ao associativismo, a responsabilidade e transparência do Estado, a um Judiciário eficiente, a aconselhamento jurídico aos pobres, e a um tribunal imparcial, previamente instituído ou reconhecido como competente.[90]

Deste modo, para que os meios alternativos de resolução de conflitos sejam meios efetivos de acesso à Justiça, devem eles passar por uma releitura, por uma busca de um verdadeiro "uso alternativo" para que, como canta certo artista de nosso tempo, estes métodos "*te*[nha]*m que ir até onde o povo está*".[91]

Não se trata, como dito acima, de se abrir mão da jurisdição, mas de facilitar o seu acesso, por meio de projetos que, como os citados no capítulo anterior, busquem a conciliação de partes que não teriam como arcar com os custos de uma mediação ou arbitragem tradicional e que, falhando a tentativa de composição amigável do conflito, as orientam e informam sobre os seus direitos e como fazer para buscá-los.

A jurisdição só se tornará eficiente com a busca de instrumentos também eficientes, usados em conjunto com o devido treinamento por parte de seus operadores, inclusive magistrados e advogados. Como bem ressaltado por *Michele Taruffo*, o problema da eficácia da jurisdição não se resolve com uma fuga do próprio Poder Judiciário,[92] mas com a busca de soluções dentro do próprio sistema com o intuito de tornar efetivas as garantias dos jurisdicionados de verem a pacificação de seus litígios, da melhor forma possível. Em outras palavras, o intuito de tornar efetivo o direito deles terem acesso a algum meio lícito e eficaz pelo qual eles tenham Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

[90] *Instituições... Loc. cit.* p. 12.
[91] NASCIMENTO, Milton; BRANT, Fernando. "Nos Bailes da Vida". *Caçador de Mim.* Rio de Janeiro: BMG Ariola, 1981. 1 disco sonoro *long-play*, 33rpm, estéreo.
[92] *Páginas... Loc. cit.* p. 120.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Discorso sulla Costituzione*. Disponível em: < http://novo.direitoprocessual.org.br/fileManager/Discorso_sulla_Costituzione.pdf >.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre, Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.

_____. "Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça". *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 74, ano 19, abril-junho/94, pp. 82/97.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. I.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CICOGNA, Michelangelo; RAGO, Gianfranco di; GIUDICE, Giovanni Nicola. *Manuale dele Tecniche di Mediazione nella Nuova Conciliazione.* Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to Yes*: Negotiating agreement without giving in. 2nd ed. New York: Penguin, 1991.

FONSECA, Julia Renata Simões Ivantes da. *Decisões proferidas em procedimentos arbitrais e os tribunais cíveis brasileiros.* 2008. Monografia (Especialização em Direito de Empresas). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Brasil. Não publicada.

GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *A Arbitragem na Era da Globalização.* 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

GENOVESE, Francesco Antonio; RISOLO, Chiara Ilaria (orgs.). *La Riforma del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2010.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Introdução ao Direito Processual Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

_____. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de João de Vasconcelos. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KOVACH, Kimberlee K. *Mediation*. St. Paul, MN: Thomson-West, 2003

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, Rafaela Selem. *Mediação de conflitos*: limites e possibilidades no contexto de uma favela carioca. Disponível em: < http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Moreira_n30.pdf >

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação e a Necessidade de sua Sistematização no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>.

_____. *Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos: Algumas considerações introdutórias*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>.

_____. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>.

RIBEIRO, Virgínio da Costa. *As Funções do Agente de Execução.* Almedina: Coimbra, 2011.

SILVESTRI, Elisabetta. "Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversais". Tradução ao espanhol de Perfecto Andres Ibañez. *Jueces para la Democracia* – información y debate. n.º 37, marzo/2000. Disponível em < http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcfichero_ articulo?codigo=174811&orden=88145 >.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____ (coord.). *Il Processo Civile Riformato*. Bologna: Zanichelli editore, 2010.

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

MEDIACIÓN OBLIGATORIA

UNA VERSIÓN MODERNA DEL AUTORITARISMO PROCESAL

Humberto Dalla Bernadina de Pinho

Profesor da Uerj.
Promotor de Justiça en Rio de Janeiro.

Michele Paumgartten

Estudiante de Master en Derecho.
Abogada en Rio de Janeiro

Resumen: Este artículo tiene como objetivo el de analizar críticamente la mediación obligatoria bajo la óptica del acceso a la justicia. Se inicia destacando la relevancia de la mediación en la gestión de conflictos, poniendo de manifiestos los aspectos conceptuales y procesales. Analiza las recientes decisiones y el ordenamiento jurídico de algunos países que celebran la práctica de la mediación y la repercusión que ha tenido en aquéllos países que han optado por convertir la mediación en una práctica obligatoria.

Palabras llaves: Acceso a la justicia. Mediación obligatoria. Proceso. Conflictos.

Sumario: I. Mediación obligatoria: la metamorfosis. II. Perspectivas en Europa y en América. III. Consideraciones finales. IV. Referencias bibliográficas.

I- Mediación obligatoria: la metamorfosis

La realidad actual está marcada por la utilización de la práctica mediativa. En un escenario de Juzgados obstruidos, la sociedad ha comenzado a identificar el Poder Judicial como una institución burocrática y lenta, desacreditada, contribuyendo al agravamiento de una crisis que hace algunos años ya venía revelándose, pero sin que se haya llegado a establecer ningún plan de soluciones a medio y largo plazo.

Surge entonces, con gran expectativa, la adopción de métodos alternativos o paraprocesales para la solución de las demandas. Se presenta como un antídoto contra la crisis jurisdiccional, aunque no debe limitarse exclusivamente a descongestionar los Tribunales o a promover la solución de un litigio, sino que debe encontrar su solución plena, duradera y de forma pacífica, no violenta, buscando la solución de conflicto en conjunto, reduciéndose la dependencia social de la jurisdicción.

La mediación se destaca en este escenario con vivacidad. Y llegando a ser obligatoria ha sido defendida como la solución para que el acceso a la justicia no sea sólo una quimera.

Sin embargo ¿no será que, de hecho, se repetirán los mismos errores de las últimas décadas en las que se ha sobrevalorado la búsqueda en el Poder Judicial sin dar importancia a sus límites? Sobrevalorar la mediación ¿no podría acabar transformándola, a largo plazo, en un método ineficaz para la solución de conflictos, tal y como la jurisdicción es considerada actualmente por la sociedad?

Como regla, la mediación es un procedimiento extrajudicial. Se produce antes de la búsqueda por la adjudicación. Sin embargo, nada impide que las partes, habiendo iniciado ya la etapa jurisdiccional, resuelvan retroceder en sus posiciones e intenten, una vez más, la vía conciliatoria.

Sin embargo, la forma mediante la cual la mediación se viene introduciendo en algunos ordenamientos desfigura el instituto y tiene la finalidad de servir a propósitos meramente estadísticos, y que están lejos de satisfacer las necesidades del ciudadano.

Muchos de los que están interesados en la resolución de disputas a través de la mediación, parecen no entender que esta práctica no se resume en silenciar al otro interesado en el acuerdo o hacer que el conflicto se "resuelva". Eso no permite el retorno al *estatus quo* anterior al origen del conflicto.

Corremos el riesgo simplemente de dar término a una controversia que necesitaría ser más reposada; la inducción a la pasividad en lugar de promover el diálogo; tendríamos una pacificación en lugar de la paz.

Pero, el uso de la mediación, concretamente, en la forma en como viene siendo propuesta, con un determinado plazo para concluirla, obligatoria y en casos predeterminados, ¿será el arreglo ideal para la solución efectiva de los conflictos de la sociedad?

La mediación no debe perseguirse en todos los casos independientemente de las concretas circunstancias.

En la mediación se intenta fortalecer a los que son menos poderosos a través de un equilibrio de poder, escucha más activa, generando opciones, creación de conciencia sobre disputa, negociación de soluciones, quitándose la máscara de demonio o de víctima creada

por el otro, permitiendo que cada parte elija la mejor alternativa para una solución negociada, llegando en definitiva, a un acuerdo.

Todo ese proceso tiene como esencia ser voluntario, respetando la autonomía de la voluntad de las partes, admitiéndose incluso que sea incentivada la práctica de la mediación por un juez, pero excluyendo cualquier pretensión de convertirla en obligatoria, previa o incidentalmente a la demanda judicial.

La mediación preventiva obligatoria no ha despertado mucha popularidad. Obviamente la crítica no recae sobre la utilidad de la mediación, sino en su transformación en una etapa obligatoria, como si fuera la poción mágica capaz de solucionar los problemas a los que se enfrentan los más diversos sistemas judiciales del mundo.

Los defensores de la práctica preguntan: ¿puede haber alguien a quien no le gustaría celebrar un acuerdo mutuamente beneficioso?

Lo que sucede es que no todo el mundo puede estar interesado; o puede ser que la mediación no sea realmente el mejor método a aplicar cuando se pretenda la resolución de aquel conflicto.

La campaña desarrollada por algunas autoridades dirigidas literalmente a las partes para que adopten una mediación, refleja una visión distorsionada del principio del acceso a la justicia y totalmente equivocada del instituto que, sin duda, reiteramos, es esencialmente voluntario.

La mediación es una de las formas de resolución de conflictos que puede producirse en el ámbito privado, cuando las partes optan por mediar por su propia iniciativa a través de servicios privados, pero también intrajudicial (MUÑOZ, 2009, p. 66-85), pudiendo ser realizada al inicio, durante el proceso o en la fase de ejecución, por indicación del órgano jurisdiccional o también por la voluntad de las partes. Nada obsta a su vez, a que la mediación realizada en la esfera privada tenga repercusión en el proceso judicial, posibilitada por una suspensión del proceso, por ejemplo.

Pero el punto de tensión al que actualmente se enfrenta la mediación es el relativo a su inicio. Nos parece que, sin duda, las partes deben estar ambas conformes, o no, en iniciar un procedimiento de mediación.

Es el principio de la autonomía de la voluntad, omnipresente en la práctica de la mediación, que se funda en la libertad de poder decidir si y cuándo podrá establecerse la mediación, según sus intereses y acuerdo de voluntades.

Puede parecer que exista algún beneficio al obligar a las partes a reunirse y discutir su disputa. El mejor resultado podría ser una solución mutuamente satisfactoria y voluntariamente acordada; el peor resultado sería, por otro lado, que las partes no alcancen éxito en un acuerdo y el problema seguiría hacia un Tribunal, traduciéndose en un descontento, en costes adicionales y demoras innecesarias.

Los comentarios de Bret Walker y Andrews S. Bell (2000, p. 7-8) refuerzan los argumentos negativos a la mediación obligatoria:

> Such a forced process of mediation also has the potential to erode respect for the rule of law, especially if the power to order compulsory mediation is exercised frequently. It is not difficult to suppose that the power will be exercised frequently in times of pressure on courts institutionally to 'up their productivity', whatever this is meant to mean, and on judges individually, to deliver judgments expeditiously.

Pero la realidad es que han sido elaboradas algunas propuestas en muchos países (incluyendo los países asiáticos) en los cuales los Tribunales y el Gobierno deben "forzar" (MONTELEONE, 2010, p.1-2) a los litigantes a someterse a la mediación. ¿Eso sería racional? ¿La mediación puede valer sólo cuando obligatoria?

En el sistema europeo, la política de valorización de la solución consensual de conflictos entró en el orden del día en la *European Judicial Area*, derivada a partir de la edición de la Directiva 52, de 21 de mayo de 2008 por el Parlamento Europeo, procedente de la recomendación fundamental lanzada en 1998 (98/257/CE) y en 2001 (2001/310/CE), obligando a cada Estado-miembro a reflexionar, introducir o crear textos legales que contemplen los mecanismos de solución amistosos de los conflictos, lo que engendró una serie de modificaciones significativas en los ordenamientos nacionales de muchos países-miembros.

La directiva es la primera intervención general con el propósito de promover la resolución alternativa de conflictos y consecuentemente un mejor acceso a la justicia, más simple y más rápido, consagrando la mediación en los casos civiles y comerciales como el paso necesario en el sentido de permitir el desarrollo y el funcionamiento adecuado de los procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios.

A pesar de que la norma, por ser comunitaria, tenga como foco inmediato la regulación de los conflictos transnacionales, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea entienden que la adopción de la mediación incluso en el escenario interno

de los países significaría: mayor rapidez en la solución de las controversias; un coste más bajo; la previsión de una mayor disposición de las partes implicadas en el cumplimiento espontáneo y la preservación de la relación amistosa entre los implicados.

Pero a lo que parece, a pesar de definir la mediación, la Directiva no tejió mayores límites a la práctica de la mediación, lo que habría impedido el acuerdo de los países europeos con visiones muy diferentes sobre la cuestión (MUÑOZ, 2009, p. 71).

Veamos que pasa hoy en algunos países europeos.

El Parlamento Italiano promulgó la Ley nº. 69 de 18 de junio de 2009, siguiendo el precepto del artículo 12 de la Directiva 2008/52/CE, que además de disponer sobre materias relacionadas con el desarrollo económico y las modificaciones del Código de Proceso Civil, trajo en el artículo 60 el instituto de la mediación, delegando al Gobierno y dentro del plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la citada ley, la edición de un decreto legislativo destinado a reglamentarla en el ámbito civil y comercial en el ordenamiento italiano.

Reglamentando esta Ley, el 4 de marzo de 2010 fue promulgado el Decreto Legislativo nº 28, que regula tres tipos de mediación: "mediazione facoltativa, mediazione concordata y mediazione obligatoria". (DITTRICH, 2011, p. 2)

Como se puede imaginar, el núcleo más significativo y que viene causando un mayor impacto es esta última modalidad, elevada al estatus de condición de admisibilidad del proceso judicial.

Ante esta situación, algunas asociaciones profesionales plantearon una demanda ante el Ministerio de la Justicia y el Ministerio del Desarrollo Económico apelando al TAR del Lazio que decidió en 2011, que no eran infundadas las dudas suscitadas acerca de algunas disposiciones del decreto D. L. n° 28/2010, tales como la excesiva delegación como se establece en el artículo 5º, y que la mediación como fase de pre-juicio, traduciendo la condición de admisibilidad de la acción, impide efectivamente el acceso a la justicia (VIGORITI, 2011, p. 248).

Además del TAR del Lazio, otros tribunales como el Tribunal de Génova y la Justicia de Paz de Catanzaro refuerzan aún más, en decisiones recientes, el perfil inconstitucional de la ley ante la Corte Constitucional italiana.

A la espera de oír el pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de la validez de algunas disposiciones del decreto, las asociaciones de abogados italianos viene

solicitando la no aplicación del instituto por los tribunales, argumentando que el juez, a petición de cualquiera de una de las partes puede admitir la solicitud, recusándose a aplicar el artículo 5º del decreto por ser incompatible con la Carta Europea de los Derechos del Hombre. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011, p. 443-471).

A lo que parece, el principal objetivo de la reforma es ab(usar) de la mediación para resolver una grave crisis en la justicia civil, convirtiéndose en un instrumento de disminución de la carga de trabajo de los jueces y reducción del número de procesos.

Lejos de la polémica italiana, el legislador francés y el español no han hecho de la mediación un imperativo para los que están en conflicto.

El Código de Procedimiento Civil francés ya preveía la posibilidad de realización de mediación total o parcial de litigio, haciendo hincapié en la práctica en el ámbito judicial y esbozando algunos procedimientos integrados en la norma procesal a través del Decreto 96-652 de 1996; el Código Procesal Civil español integró la práctica mediativa en materia de familia en virtud de la Ley 15/2005, permitiendo que las partes puedan solicitar la suspensión del proceso de común acuerdo, lo que a su vez, era permitido por la ley procesal durante un período máximo de 60 días, un tiempo bastante exiguo para una mediación.

Sin embargo, la Directiva Europea exige una aproximación más amplia acerca de los mecanismos de solución amistosa de los conflictos, lo que ha provocado significativas modificaciones en los ordenamientos jurídicos de los países miembros como ya se ha mencionado.

Y en esos países no fue diferente.

En cumplimiento de la Directiva, se publica el decreto 66 de 2012, pero que aún representa un avance tímido en el tratamiento de las ADRs en el país.

El decreto consagra la búsqueda de una solución amistosa del conflicto de forma convencional, a través de la mediación (que puede ser hecha por persona física o jurídica), conciliación o del proceso participativo. No les impone a las partes en cualquier fase procesal o pre-procesal.

La novedad traída por el decreto es el proceso participativo. Inspirado en el *Collaborative Law* común en países como los EEUU, Canadá, Australia, Reino Unido, las partes se lanzan a la búsqueda de un acuerdo para poner fin al litigio según los términos y las condiciones establecidas en un contrato firmado conjuntamente con la participación de

sus abogados. La comunicación no se realiza con la ayuda de un tercero neutral, sino a través de los abogados, en la forma convenida, pudiendo contar aún con el ayuda de un perito.

El decreto es reciente, pero lo que se espera es que la mediación o la conciliación convencionales, como legalmente consagradas, y la nueva herramienta revelada por el proceso participativo, puedan impulsar aún más a las partes y a los profesionales franceses a recurrir a estos medios amistosos de solución de conflictos como forma alternativa a la jurisdicción como propone la Directiva comunitaria.

España que ya había venido sufriendo severas críticas por el retraso en la transposición de la Directiva para su ordenamiento interno, se publica el 05 de marzo de 2012, el Decreto-Ley 5/2012 que finalmente regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluyendo de su ámbito de cobertura la mediación relativa a la administración pública, penal, en materia laboral y en las relaciones de consumo.

A pesar del tiempo transcurrido para la incorporación de la Directiva, es indiscutible que España ha dado un considerable paso adelante en lo que respecta a la regulación de la mediación, y acierta al preocuparse de hacer hincapié en el potencial que conlleva la instauración de la práctica de la mediación, impulsándola como alternativa a la jurisdicción o al arbitraje, consagrando la libre decisión de las partes para que se adhieran al procedimiento y a la elección del mediador.

Aunque la mediación ya había sido regulada y desarrollada en el ámbito de algunas Comunidades Autónomas, sin embargo resultaba claramente insuficiente, al faltar una norma de ámbito estatal español, hasta el punto de que la propia Ley 15/2005 recomendaba al Gobierno la elaboración de un proyecto de ley sobre mediación basándose en las directrices establecidas por la Unión Europea.

Y el Decreto 5/2012 cumple este papel.

Promueve la mediación en el ordenamiento español como un instrumento eficaz de autocomposición de conflictos, respetando la autonomía de la voluntad de las partes, tal y como se contempla en los títulos II y IV del Decreto. Destaca clara y objetivamente que la mediación es voluntaria, e incluso después de iniciarse, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento ni tampoco a concluir un acuerdo.

La ley procesal civil también ha sido cambiada para permitir la suspensión procesal si las partes desean mediar en el curso de una acción judicial (resaltando que en este caso

la suspensión tendrá la duración del tiempo de mediación) e incluso, dependiendo del objeto del litigio, permite al Tribunal que invite a las partes a participar en un procedimiento de mediación, derivándoles a una sesión informativa previa.

Además de resaltar la igualdad entre las partes, la imparcialidad de los mediadores, la neutralidad y la confidencialidad, el legislador español no impone ningún plazo límite para la realización de la mediación, limitándose a decir que el procedimiento será lo más breve posible. El legislador español acierta una vez más en el momento en que no impone un plazo para el término del procedimiento, que sabemos resulta imposible de prever, puesto que depende de la implicación emocional de las partes en el caso, o del objeto del litigio, entre otros factores. Lo deja en abierto y, por más que exija la brevedad, la mediación tendrá la duración que sea necesaria para resolver el conflicto.

El acuerdo celebrado por las partes podrá versar sobre todo o parte de las materias sometidas a la mediación, pudiendo formalizarse mediante una escritura pública para tener fuerza directiva, o bien realizarse en el curso de un proceso judicial y presentarse posteriormente a la homologación judicial, con el consiguiente sobreseimiento del proceso.

El nuevo Decreto-Ley español merece ser festejado. España promueve un importante avance en su ordenamiento procesal, dentro de un respetable nivel de transición legal, protegiendo la autonomía de la voluntad de las partes implicadas en un litigio, sin alejar sin embargo, la posibilidad de que el Tribunal pueda sugerir la mediación a las partes si así se entiende, atendidas las circunstancias del caso. Consagra coherentemente la técnica mediativa, respetando la naturaleza del instituto, sin la adopción de medidas procesales autoritarias, así como pone bien de manifiesto el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 5/2012:

> La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

El legislador británico se está dirigiendo a un horizonte semejante. Las *Civil Procedure Rules* tratan el uso de medios alternativos ante la Corte, pero de forma más amena.

Dispone la *Rule 1.4* que la Corte tiene la obligación de administrar (*manage*) activamente los casos, lo que incluye, entre otras medidas: "(e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution*".

En ese paso, como apunta Fernanda Pantoja (PINHO, 2008, p.192), la *English Court of Appeal*, en la decisión de mayo de 2004, limitó el poder de la *High Court* de imponer la posibilidad de mediación para los litigantes, bajo el argumento de que obligar a las partes que no desean mediar constituye una verdadera obstrucción al derecho de acceso a la justicia, por entender que un sistema compulsorio de mediación ofende el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege el derecho universal a un juicio justo, en tiempo razonable, por parte de un tribunal independiente e imparcial. (KIRMAYER; WESSEL, 2004, p.1)

Sin embargo, incluso sin imponer la mediación, hubo una significativa reducción del número de demandas, como apunta Chiara Besso (2010, p.14), y un considerable aumento en el número de mediaciones, de acuerdo con Neil Andrews. (2009, p.30)

Sentido inverso al inglés, siguió el legislador canadiense. En los años noventa tuvo inicio la implantación de un sistema de *case management* y de mediación obligatoria en algunas áreas escogidas en la provincia de Ontário, como parte de la reforma de la Justicia que se pretendía implementar.

Sin embargo, algunos problemas comenzaron a observarse (JACOBS, 2005, P. 1-3) y la crítica, a medida que la mediación se hacía obligatoria, resultó inevitable. La regla sería aplicada durante un período de dos años y solamente la Corte podría dispensar a las partes de participar en la mediación.

Partiendo de varios estudios comparativos entre el uso de la mediación obligatoria y de la voluntaria (JACOBS, 2005, p 1-3), y considerando que los Tribunales continuaban sobrecargados de casos pendientes de juicio, se decidió que algunos cambios eran inevitables. A partir de 2005, en un trabajo que contó con la participación de diversa asociaciones de *Alternative Dispute Resolutions* de Ontário, se estableció una nueva *Practice Direction* con el fin de hacer algunas modificaciones a la *Case Management Rule*.

Pero la regla relativa a la mediación obligatoria, aun cuando fue duramente criticada, acabó por imponerse.

En Brasil, la mediación empezó a tomar forma legislativa en 1998, pero fue en noviembre de 2010, cuando el Consejo Nacional de Justicia promulgó la Resolución nº 125, por el que se regularon las actividades de conciliación y mediación judiciales.

Ya con la Resolución 125 del CNJ en vigor, ante las perspectivas de regulación de la mediación judicial por el Nuevo Código de Proceso Civil que se desvanece, y aún, a pesar de la necesidad de tratar las cuestiones relativas a la integración entre la adjudicación y las formas autocompositivas, en agosto de 2011, fue presentado el Proyecto de Ley del Senado, con el número 517, que trabaja con conceptos más actuales y adaptados a la realidad brasileña.

Sin embargo, la cuestión más relevante, a nuestro parecer, está en la clara opción de la Comisión de Juristas por la forma facultativa, y no obligatoria de utilización de la mediación.

Conviene destacar esta cuestión, ya que en el pasado hubo una gran controversia acerca de este punto debido a uno de los aspectos más polémicos de aquella propuesta legislativa de 1998: la obligatoriedad de realización de este procedimiento en todos los procesos de conocimiento, salvo algunas excepciones dictadas por el proyecto.

Aunque la idea de imponer la mediación incidental en determinadas hipótesis sea bastante seductora, pensamos que ésta no es la mejor solución, e hizo bien el proyecto del nuevo Código de Proceso Civil al resistir a los falsos encantos de tal práctica.

Sin embargo, en América del Sur, Argentina fue uno de los países que promulgó un ordenamiento estableciendo claramente el carácter obligatorio de la mediación previa a los procesos judiciales, como requisito de admisibilidad de la demanda.

La prueba de que ese sistema se diferencia de los demás, la podemos encontrar en que durante cerca de diez años previamente a la publicación de la ley, el tema de la mediación fue objeto de discusión de toda sociedad; fue insertado en el contexto de la educación jurídica, se difundió en las escuelas, universidades y en los medios de comunicación, afectando no sólo a la formación del profesional del área jurídica, sino que también influyó en la formación social del ciudadano argentino.

Provocó una adhesión social a la práctica antes incluso de cualquier orden impuesto, confirmando la premisa de que la información y la educación son las impulsoras reales de la práctica de la mediación.

III. Consideraciones finales

Para que se cumpla el objetivo de un acceso efectivo a la justicia, más allá del mero acceso a los medios procesales, una combinación de numerosos mecanismos toma cuenta del Derecho y adquiere una importancia capital en este contexto en que las vías del Poder Judicial se encuentran obstaculizadas.

El derecho humano fundamental e imprescindible a un sistema jurídico innovador que se pretenda llevar a cabo "y no sólo proclamar el derecho de todos" (CAPPELLETTI, 1994, p. 12) debe ser el enfoque actual del proceso civil contemporáneo.

La mediación, a su vez, impregnada por la función social que se exige de los institutos jurídicos, respalda el intento de acceso a la justicia, y viene ocupando un lugar destacado en los ordenamientos jurídicos.

Junto con esta evolución, no podemos compartir la idea de una mediación o conciliación obligatoria. Es de la esencia de estos procedimientos la voluntariedad. Esta característica no puede ser nunca comprometida, incluso a pesar del argumento de que sea una forma de educar a la gente e implementar una nueva forma de política pública.

Creemos que el mejor modelo es aquel que informa las partes para que busquen una solución consensual, con todas sus fuerzas, antes de interponer una demanda judicial. No parece ser ideal la solución que preconiza sólo un sistema de mediación incidental muy bien construido, ya que de alguna manera habrá tenido que ponerse en marcha la maquinaria judicial, cuando, en muchos casos, esto podría haberse evitado.

Por otro lado, se precisa una cierta cautela para que no seamos víctimas de un bien arquitectado "golpe de marketing". La forma en cómo la mediación viene siendo introducida en algunos ordenamientos distorsiona el instituto con la finalidad de servir a propósitos meramente estadísticos, y que están lejos de satisfacer a las necesidades del ciudadano.

Cabría pensar en una instancia previa y obligatoria de conciliación, para aquellas hipótesis en las que se discuta únicamente una cuestión patrimonial, o imponer sanciones por la no aceptación de un acuerdo razonable (como el pago de las costas del proceso o de los honorarios de los abogados, incluso en caso de victoria, cuando aquel valor sea

exactamente lo que fue decidido por el magistrado en la sentencia), pueden ser soluciones válidas (REUBEN, 2007, p. 971). Son ejemplos del derecho inglés y del derecho estadounidense que merecen ser estudiados.

Pero nunca en una mediación, donde hay cuestiones emocionales profundas, muchas veces inconscientes, que requieren tiempo, maduración y mutua confianza para ser expuestas y resueltas.

Someter la admisibilidad de la acción a un intento previo y obligatorio de mediación, en un caso de gran complejidad, conllevará una de las siguientes situaciones: a) las partes harán una mediación simulada y, después de dos o tres sesiones dirán que el acuerdo es imposible, cumpliendo, de esta forma, la condición legal que les fue impuesta; b) las partes se someterán a un procedimiento superficial, y la verdadera cuestión subyacente a aquel conflicto, que funciona como motor propulsor de toda aquella litigiosidad, quedará oculta y ni siquiera se examinará; c) las partes se negarán a participar en el acto, al saber que no hay condiciones de viabilidad en el acuerdo, y el juez rechazará la petición inicial, por ausencia de condición de procedibilidad que, probablemente, va inflamar más los ánimos.

Ninguna de estas hipótesis parece estar de acuerdo con la índole pacificadora de la moderna concepción de la jurisdicción.

De ahí la importancia de un preexamen de esta expresión con el fin de que, bajo el pretexto de garantizar el acceso a la justicia, la mediación no sea reducida a la mera oferta generalizada e incondicionada de un servicio, así como ha ocurrido con la jurisdicción.

Existe el riesgo de crear un mercado de "resoluciones de conflictos", y no de mediadores, para satisfacer la demanda que se va formando. ¿Y cómo formar tan rápidamente y en larga escala a profesionales para actuar en los casos que se presentarán y que generalmente exigen experiencia y habilidades?

No nos parece razonable la premisa de que la mediación obligatoria es el único medio viable a la expansión del uso de la mediación.

La difusión del uso de la mediación, llevada a cabo en la forma descrita, es la más fácil y cómoda. Pero el ideal es que no sólo la mediación, sino también los demás métodos de resolución de disputas además de la jurisdicción, fuesen presentados en las universidades y a los operadores del Derecho y divulgados de forma general en la sociedad especialmente a través de las escuelas de formación básica.

Educar a la sociedad para resolver sus propios conflictos es una ardua tarea, especialmente cuando, por mucho que resulte frustrante la ineficacia de los servicios judiciales, es difícil romper un sistema que, a pesar de ser opresivo (BAUMAN, 2000, p. 79), resulta cómodo porque es conocido y familiar.

Sin embargo, es necesario reconocer que se está buscando una solución a la hipótesis de que la mediación sea la solución más adecuada, pero las partes la recusan en el caso de que no exista una razón admisible.

No se puede permitir que el poder judicial sea utilizado, se abuse del mismo o se le manipule por los caprichos de los litigantes que simplemente quieren luchar o llevar el conflicto a nuevas fronteras.

Somos de la opinión de que las partes deberían tener la obligación de demostrar al Tribunal que intentaron, de alguna forma, buscar una solución consensual al conflicto.

Sostenemos, como ya hemos apuntado anteriormente, una ampliación del concepto procesal del interés en actuar, acogiendo la idea de la adecuación, dentro del binomio necesidad-utilidad, como forma de racionalizar la prestación jurisdiccional y evitar la búsqueda innecesaria del Poder Judicial, o incluso del abuso del derecho de acción.

Podríamos incluso decir que se trata de una interpretación neoconstitucional del interés en actuar, que adecua esta condición para el regular ejercicio del derecho de acción a las nuevas concepciones del Estado Democrático de Derecho.

Conviene subrayar que Neil Andrews (2009, p. 273) destaca en su obra la obligación por parte de de las partes de explicar el motivo de la negativa a someterse a medios alternativos.

Pero ésta es sólo una de las facetas de esta visión. La otra, y quizás más importante, es la conciencia del propio Poder Judicial con respecto a que el cumplimiento de su papel constitucional no conduce, necesariamente, a la intervención en todo y cualquier conflicto.

Tal visión puede llevar a una dificultad de sintonía con el Principio de la Indelegabilidad de la Jurisdicción, a raíz de que el juez no puede escapar de su función de juzgar, es decir, si un ciudadano llama a las puertas del Poder Judicial, su acceso no puede ser denegado o obstaculizado, ya que está garantizado constitucionalmente.

Lo que debe aclararse es que por el hecho de que un jurisdicionado solicite la prestación por parte del Estado no significa que el Poder Judicial deba, siempre y necesariamente, ofrecer una respuesta de índole impositiva, limitándose a aplicar la ley al

caso concreto. Puede ser que el Juez considere que aquellas partes necesiten ser sometidas a una instancia conciliatoria, pacificadora, antes que a una decisión técnica.

En estas circunstancias, es evidente que la mayor preocupación del juez será la efectiva pacificación de aquel litigio, y no se conformará únicamente con dictar una sentencia, como forma de respuesta técnico-jurídica a la provocación del jurisdicionado.

Un juez garantista y pacificador. Aquí está el reto para el magistrado en tiempos del neoprocesalismo.

Tarea digna de Hércules, que sólo es posible con el uso adecuado de la mediación.

IV. Referencias bibliográficas

1. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Privatização do Processo?** *in* Temas de Direito Processual, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, pp. 7/18.
2. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2000.
3. BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual.** vol. VI, p. 248/269, jul-dez. 2010.
4. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 8046/10, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>.
5. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
6. CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. **Revista de Processo.** vol. 74, p. 82/97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
7. DITTRICH, Lotario. **Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28, del 4 marzo 2010** *in* < http://www.judicium.it>. Acesso em 20 de outubro de 2011.
8. ESPANHA. Departament de Justicía de la Generalitat de Catalunya. Ley 15/2005. Exposición de motivos. Modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Madrid, 2005. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/l15-05.htm> Acesso em 15/02/12.
9. FRANÇA. Décret n° 2012-66_du 20 janvier 2012. Relatif à la résolution amiable des différends. **Journal officiel de la République Française,** Paris, 22 janeiro 2012, n°0019, p. 1280.

10. GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos.** 2011. Tese doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
11. HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social.** Madri: Taurus. 1987.
12. HESPANHA, Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**, 2a edição, Coimbra: Almedina, 2009.
13. ITÁLIA. Decreto Legislativo, 4 marzo 2010. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. **Gazzetta Ufficiale,** Roma, 4 marzo 2010**.**
14. JACOBS, Paul. A recent comparative history of mandatory mediation vs vonluntary mediation in Ontario, Canada. **International Bar Association Mediation Newsletter.** Abril. 2005.
15. JIMÉNEZ, Daniel; FRANCO, Oscar. La mediación en España: retraso en la transposición de la directiva de mediación. In: Derecho y Noticias Jurídicas. 2011. Disponível em: <http://www.diariojuridico.com>. Acesso em : 15/02/12.
16. MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione "forzata"**. *In* Judicium, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < http://www.judicium.it.> Acesso em: 20/10/11.
17. MUÑOZ, Helena S.. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil.** vol. III, p. 66-88, jan-jun. 2009.
18. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. **DOXA**, nº 14, pp. 169-194. 1993.Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com. Acesso em 14/11/09.
19. 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.
20. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo,** 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.

21. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. **A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional**. <http://www.humbertodalla.pro.br>.
22. _____. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil.** vol 5, jan-jun.2010.
23. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. **Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
24. PINHO, Humerto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. 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.
25. REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Justice. **UCLA L. Rev**. vol. 47, p. 971. 2007
26. 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.
27. VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. **Revista de Processo**. n. 197, p. 339-355. 2011.
28. WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. **Bar News – The journal of NSW Bar Association**. p. 7-8 , spring. 2000.
29. WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.
30. WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la mediation judiciaire. **Canadian Arbitration and Mediation Journal.** n. 16, p. 9-12. 2007.

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

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES E SUA AMEAÇA APARENTE AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Irapuã Santana do Nascimento da Silva

Advogado. Especializado em Direito Processual Civil

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar, sob os enfoques princpiológico e empírico, a exigência dos Tribunais da intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões de embargos de declaração com efeitos infringentes, sob pena de nulidade, com uma projeção a respeito do novo Código de Processo Civil.

Abstract: This paper aims to examine the Courts' imposition of the adverse party to file a counterargument to appreciate the motion to modify judgment, under annulment penalty and examine the new procedure law and its consequences.

Palavras-chave: embargos – declaração – contraditórios – ampla – defesa – justiça – sociedade

Keywords: motion – modify – judgment – contradictory - wide - defense - justice – society

Sumário: I. Conceito. II. Dos Princípios processuais. III. Dos Embargos de Declaração com Efeitos Infringentes. IV. Da Inexistência de Afronta ao Contraditório e à Ampla Defesa. V. Das Consequências da Proteção Desnecessária. VI. Conclusão. VII. Bibliografia.

1. CONCEITO

O presente trabalho visa a analisar os chamados Embargos de Declaração com Efeitos Infringentes e seus efeitos práticos na vida social.

Primeiramente cabe realizar uma breve exposição de tal figura em sua acepção simples. Conforme consta no Código de Processo Civil, em seu artigo 535:

> Art. 535. 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[1].

[1] BRASIL. *Lei 5869. Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília: 1973.

Desta forma, podemos depreender que o legislador determina que tal recurso seja cabível quando seja o caso de se sanar um vício interno da decisão prolatada pelo órgão jurisdicional. É neste sentido que a doutrina majoritária define os Embargos, como podemos observar nas palavras do professor Alexandre Câmara: "*Trata-se de remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial impugnada*[2]".

Corroborando este posicionamento, trazemos a lição do mestre Moacyr Amaral dos Santos:

> Dá-se o nome de embargos de declaração ao recurso destinado a pedir ao juiz ou juízes prolatores da sentença ou do acórdão que esclareçam obscuridade, ou dúvida, eliminem contradição ou supram omissão existente no julgado[3].

Partindo da premissa que os embargos servem para sanar o teor de uma determinada decisão, observamos que, havendo qualquer vício que importe a reforma da decisão e, sendo o ato anterior plenamente válido, o processo deverá retornar tão somente ao momento de sua prolação.

2. DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

O Estado Democrático de Direito prevê princípios que instruem o Direito Processual a fim de que haja legitimidade da Tutela Jurisdicional perante seu respectivo povo, sendo imperiosa a existência de garantias constitucionalmente previstas com o fito de efetivar os direitos do ser humano.

Estas garantias têm o condão de dar segurança à sociedade, seja em relação ao Estado – evitando um regime ditatorial –, seja entre si, como corolário do contrato social previsto por Hobbes[4].

Tais princípios estão resguardados em nosso ordenamento jurídico nos diversos dispositivos constitucionais.

---

[2] CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 123.
[3] SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3º vol. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. P. 146
[4] HOBBES, Thomas. *Leviatã. 1651.*

Tendo em vista a brevidade deste trabalho, bem como seu objetivo, elencaremos os principais a fim de otimizar a análise:

- Princípio do Devido Processo Legal;
- Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa;
- Princípio da Economicidade;
- Princípio da Celeridade;
- Princípio da Duração Razoável do Processo; e
- Princípio do Acesso à Justiça.

2. 1 - Princípio do Devido Processo Legal

O princípio base do Direito Processual em um Estado Democrático é o Devido Processo Legal, pois é a sua existência que determina a legitimidade da atividade do Poder Judiciário para resolver os conflitos sociais.

Ele está previsto no artigo 5°, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil, onde assim determina: "*ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*[5]".

Por este mandamento se entende que o Estado não deverá invadir a esfera individual de determinada pessoa, sem a pré-existência de um processo previsto antecipadamente na forma de lei.

Nos ensinamentos do grande doutrinador Rogério Tucci, o princípio consiste em:

a) Processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais (*substantive process of law*, segundo desdobramento da concepção norte-americana: a face substancial do devido processo legal mostra-se na aplicação ao caso concreto, de normas preexistentes, que "não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas");
b) Aplicação das normas jurídicas, seja do *ius positum*, seja de qualquer outra forma de expressão do direito, por meio de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que, como visto, é o processo (*judicial process*): o denominador *substantive due process of law* reclama, para sua plena efetivação, um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade; e
c) Asseguração, no processo de paridade de armas entre as partes que o integram como seus sujeitos parciais, visando à consecução de

[5] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do* Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

> igualdade substancial: esta somente será atingida quando, ao equilíbrio de situações, preconizado abstratamente pelo legislador, corresponder à realidade processual.

O devido processo legal é formado pela soma de todo o sistema de garantias processuais existente em nosso ordenamento, sendo reflexo de todos os princípios supracitados.

2. 2 – Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Estes direitos também estão em nossa Carta Magna, no art. 5°, LV da CRFB, quando determina que "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

O princípio do contraditório é a oportunidade que o Estado dá ao indivíduo de tomar ciência de determinado ato a fim de que seja possível sua reação tempestiva. A reação tempestiva poderá ser feita da forma que a parte melhor entender, cabendo ao Estado oportunizar a parte o maior desenvolvimento possível desta prerrogativa, que é a ampla defesa. Cabe destacar a previsão, no caso do processo penal, de o acusado obter prova de sua inocência por meio ilícito. Caso segundo o qual, a prova será apreciada pelo Poder Judiciário, elevando o princípio da ampla defesa ao seu potencial máximo.

É este binômio de ação-reação que forma estes dois princípios que efetivam o devido processo legal.

2. 3 – Princípio da Economicidade

O princípio da economicidade vem sob o prisma da Administração Pública e o princípio da efetividade (art. 37, *caput* da CRFB), que impõe ao Estado o dever de realizar suas funções com a maior presteza e com o menor gasto possível do erário e, em Direito Processual, com o menor número possível de atos procedimentais.

Faz-se mister atentar para o fato de que:

> Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado *princípio da economia*, o qual preconiza o

> máximo resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais[6].

Neste sentido, ratificando e completando de forma brilhante o raciocínio ora tratado, citamos uma exposição realizada por José dos Santos Carvalho Filho, no qual afirma que "*o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional*[7]".

2. 4 – Princípio da Celeridade

O princípio da celeridade guarda uma íntima relação com o princípio da eficiência administrativa e economia processual, porque ele determina que o processo deve evoluir tão rapidamente quanto possível para satisfazer o jurisdicionado que procurou a tutela estatal.

Com isto, devem-se evitar maiores apegos ao formalismo, que quando excessivo, como explica o processualista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, cede lugar à efetividade processual, imprimindo maior rapidez ao procedimento, gerando a satisfação/pacificação social[8].

2. 5 – Princípio da Duração Razoável do Processo

Como contrapeso ao princípio da celeridade, está a segurança jurídica que o Estado deve passar ao particular. Esta segurança jurídica se aproxima do princípio da legalidade, no sentido da obrigatoriedade da existência de um sistema de regras e princípios que disciplinam diversas relações jurídica, aliada à sua correta aplicação por seus órgãos.

Se por um lado o processo deve ser resolvido de maneira rápida, esta solução encontrada não pode ser injusta sob pena de quebra da segurança jurídica. Se existe uma norma que disciplina determinada relação, há certa previsibilidade da solução futura a ser dada no caso concreto. É nesta ocasião que incide o princípio da não surpresa no Direito Processual, pelo ponto de vista da relação Estado-indivíduo.

---

[6] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 74.
[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 23ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 32.
[8] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil - proposta de um formalismo valorativo*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Existe também sua versão na relação entre particulares, na qual se aliam a boa-fé e lealdade processuais, onde também é vedado ocorrer, por ação ou omissão de quaisquer das partes, algo totalmente estranho à relação jurídica deduzida em juízo.

Sendo assim, a presença da segurança jurídica é imperiosa em todo o processo e por este motivo é necessário haver uma ponderação referente à celeridade, tendo como resultado a duração razoável do processo, onde o constituinte impõe a agilidade de solução do conflito sem que se esqueçam das garantias processuais constitucionalmente previstas.

2. 6 – Princípio do Acesso à Justiça

Esta garantia constitucional está prevista no art. 5°, XXXV da CRFB, quando estabelece que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". O princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário traz a proibição de imposição de obstáculo a qualquer pessoa de procurar a tutela jurisdicional quando entender preciso.

Mas o princípio em tela tem um sentido muito maior, pois é eivado de reflexos sociais. Isto ocorre por se tratar efetivamente de serviço público: a tutela jurisdicional tem por objetivo disciplinar as relações sociais. Desta forma, enquanto o Poder Judiciário presta serviço a um determinado número de pessoas, outras aguardam, já que as necessidades sociais são infinitas e os recursos são escassos.

Sendo assim, o devido processo legal torna a máquina judiciária eficiente, possibilitando atender de maneira melhor e mais célere a população, efetivando assim o aumento do acesso à Justiça tão perseguido pelos processualistas.

3. DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES

Conforme já exposto, os embargos de declaração são opostos quando ocorre um vício na decisão (contrariedade, obscuridade ou omissão).

O objeto do presente trabalho se insere no inciso II do art. 535 do CPC, que é o caso de omissão, quando se requererá a integração da sentença prolatada. Importa salientar os exatos termos do dispositivo: "*for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal*". (grifamos)

A jurisprudência, em nome do respeito ao princípio do contraditório, determina que, havendo risco de modificação do pronunciamento jurisdicional, deve-se abrir prazo para a parte contrária se manifestar, sob pena de nulidade do respectivo ato decisório.

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EFEITOS INFRINGENTES CONFERIDOS. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO.
> FUNDAMENTO DA DECISÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF.
> - A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da contraparte; sem o contraditório, O RESPECTIVO JULGAMENTO É NULO. Precedentes.
> - A existência de fundamento da decisão agravada não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do agravo.
> - Agravo não provido.[9] (grifamos)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERLOCUTÓRIA QUE ACOLHEU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENT ES, SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA. IRRESIGNAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE INSANÁVEL. A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃ O, QUE É EXCEPCIONALÍSSIMA, PRESSUPÕE A PRÉVIA INTIMAÇÃO DA PARTE EMBARGADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 557, §1º - A, DO CÓDIGO DE PROCESSO RECURSO PROVIDO. DECISÃO CASSADA.[10] (grifamos)

Inclusive no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o entendimento ora tratado, já assentado em jurisprudência é encampado, conforme podemos observar:

> Art. 937. Cabem embargos de declaração quando:
> I - houver, na decisão monocrática ou colegiada, obscuridade ou contradição;

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO Especial. AgRg no REsp 1255619 / SP. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma. Publicado em 20/08/2012.

[10] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processual Civil. Agravo de Instrumento n° 0021834-40.2012.8.19.0000. Relator: Desembargador GILBERTO GUARINO. 18ª Câmara Cível. Julgamento: 24/09/2012.

> II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.
> Parágrafo único. EVENTUAL EFEITO MODIFICATIVO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SOMENTE PODERÁ OCORRER EM VIRTUDE DA CORREÇÃO DO VÍCIO, DESDE QUE OUVIDA A PARTE CONTRÁRIA NO PRAZO DE CINCO DIAS[11]. (grifamos)

A justificativa para a nulidade da decisão que acolhe os embargos de declaração com efeitos infringentes é a afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa que, como vimos, são essenciais para legitimar a tutela jurisdicional.

O objetivo desta breve exposição de ideias é apontar que a preocupação da jurisprudência e do legislador não precisa existir, embora seja louvável.

IV – DA INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

O professor José Carlos Barbosa Moreira, ao lecionar a respeito dos embargos de declaração explica que:

> Caberão estes embargos, segundo a dicção da lei:
> a) Quando na decisão houver "obscuridade ou contradição" [...];
> b) Quando o órgão jurisdicional se houver omitido quanto a algum ponto sobre que devia pronunciar-se – isto é, quanto à matéria pertinente e relevante, suscitadas pelas partes ou pelo Ministério Público, ou apreciável de ofício.
> Merece exame específico a hipótese de contradição [...][12]. (grifamos)

Podemos notar que o douto processualista em nada se refere ao contraditório em ocasião da oposição dos embargos declaratórios como algo a ser destacado, demonstrando que esta não é uma preocupação cabível, quando realizamos uma interpretação lógico-indutiva. Para não perder força argumentativa, acrescentamos uma passagem de Humberto Theodoro Junior, outro eminente doutrinador no sentido de que:

> os embargos não se destinam a novo julgamento, mas apenas ao aperfeiçoamento decisório já proferido. Havendo, porém, casos em que

[11]BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2012. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf
[12] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.154

> o suprimento de lacuna ou a eliminação de contradição leve a anulação do julgamento anterior para a nova decisão da causa (caráter infringente inevitável, em casos, por exemplo, de competência ou condição de procedibilidade, de erro material ou questão prejudicial), não deverá o órgão julgador enfrentar a questão nova para preferir, de plano, o rejulgamento. Para manter o principio do contraditório, o caso será de anular-se apenas a decisão embargada e ordenar que o novo julgamento seja retomado com a plena participação da outra parte, segundo as regras, aplicáveis ao recurso principal[13].

Com estas duas opiniões de grande peso, podemos afirmar que, embora bem intencionada, a preocupação a respeito do contraditório e da ampla defesa se tornam desnecessárias, haja vista que se a decisão não tivesse qualquer vício, o recurso cabível seria o de apelação.

Quando se requer a integração, apenas se espera que a decisão saia completa, como havia sido previsto no momento exatamente anterior ao seu proferimento. Sendo assim, não existe razão para, após o término do prazo para oposição dos embargos, os autos serem encaminhados à conclusão e retornarem, após análise do magistrado, para abrir vista à parte contrária.

Isto porque todas as manifestações possíveis acerca da fase postulatória e probatória já ocorreram, havendo preclusão a respeito de matérias não enfrentadas. A oposição dos embargos fará, no máximo, que o órgão prolator da decisão tenha vista dos autos para reparar o equívoco cometido, sem a necessidade de conceder novo prazo para nova manifestação da outra parte, que não inovará no processo e não sofrerá prejuízo algum que já não sofreria caso a decisão fosse prolatada de maneira correta da primeira vez.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS DA PROTEÇÃO DESNECESSÁRIA

5.1. Questão Temporal

Mais uma vez, frisamos que a tentativa de se fazer um processo justo é sempre a finalidade principal dos operadores do Direito. Mas é preciso observar os meios pelos quais escolheremos para tentar obter êxito.

[13] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, vol. 1*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.582

Como exposto acima, o procedimento para a oposição deste tipo de recurso demanda tempo, já que a peça recursal será levada desde o protocolo até a decisão que determine a apresentação de suas contrarrazões. Depois as contrarrazões farão o mesmo caminho até que seja definido se houve ou não efeitos modificativos na decisão.

Portanto, a primeira consequência é temporal. Sob o fundamento de proteger o contraditório e a ampla defesa, o processo demorará mais tempo para ser resolvido. O problema é que tais princípios não sofrem qualquer tipo de ameaça.

Poder-se-ia falar que são somente cinco dias de prazo para resposta e que esta demora não seja um grande empecilho. Porém, não se pode olvidar de toda a maratona administrativa pela qual a petição passa até chegar aos atos decisórios, pois é notório que cartórios e secretarias podem demorar três meses somente para juntar uma simples petição.

Este fator temporal tem graves reflexos nos princípios constitucionais abordados nesta obra, já que não se pode falar em duração razoável, efetividade ou celeridade quando a administração executa atos processuais desnecessários.

5.2 – Questão Econômica

No tocante às verbas públicas, o procedimento ora criticado também influencia, tendo em vista a quantidade de recursos desta natureza que são protocolados diariamente para apreciação do Poder Judiciário.

Os atos judiciais executados para obter a decisão sobre os embargos com efeitos infringentes acabam sendo um desperdício do erário, quando poderiam ser implementados em outras áreas, ainda mais atentando para o fato de que, conforme o art. 536 do CPC, sequer estão sujeitos a preparo.

5.3 – Questão Social

O aspecto social entra no âmbito do acesso à Justiça, que é tão importante hodiernamente. O raciocínio é muito simples de entender: enquanto o Poder Judiciário estiver focado em determinada demanda, não atenderá outra que talvez requeira maior atenção.

Se um conflito pode ser solucionado de uma maneira mais simples, é de interesse de toda a sociedade que esta maneira seja implementada. Se um processo observa todos os requisitos principiológicos e existe uma forma mais célere de fazê-lo tramitar, é de interesse de toda a sociedade que ela seja aplicada.

Na medida em que se imprimam meios mais ágeis e efetivos, sendo igualmente seguros, observamos o princípio da eficiência aplicado.

Portanto, evidenciam-se como um obstáculo ao acesso à Justiça os procedimentos dispensáveis por conta de sua inofensividade, como é o caso tratado da obrigatoriedade de manifestação da parte contrária quando opostos embargos de declaração com efeitos infringentes.

Destarte, atuando com respeito ao devido processo legal e de todas as garantias a ele inerentes e de forma eficiente, atingir-se-á de maneira completa a finalidade do processo, que é a pacificação social. Com o aumento das soluções dos conflitos, haverá maior confiança da sociedade no Estado e, por consequência, maior será o efetivo acesso à Justiça.

6 - CONCLUSÃO

Diante de todas as razões elencadas, embora de maneira bastante resumida e objetiva, expusemos porque não há ameaça a qualquer garantia processual o fato de não submeter à manifestação da parte contrária do recurso de embargos declaratórios.

Após delimitar com muito cuidado o raio de cabimento e conceituação, cruzamos e analisamos as situações procedimentais com os princípios constitucionais do processo e evidenciamos que a preocupação em evitar uma afronta a dois princípios que sequer estão ameaçados, resulta na afronta a outros tantos aqui tratados, com consequências metaindividuais.

Por conseguinte, resta a reflexão no tocante a uma consequência muito mais gravosa, haja vista seus reflexos sociais, sejam no aspecto temporal, numérico ou econômico. Sendo importante salientar, ainda, que esta discussão é assaz atual, lembrando-se que estamos às vésperas do advento de um novo diploma processual que formaliza o posicionamento jurisprudencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BRASIL. Lei 5869. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: 1973.

2. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do* Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

3. BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2012. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf

4. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO Especial. AgRg no REsp 1255619 / SP. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma. Publicado em 20/08/2012.

5. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processual Civil. Agravo de Instrumento n° 0021834-40.2012.8.19.0000. Relator: Desembargador GILBERTO GUARINO. 18ª Câmara Cível. Julgamento: 24/09/2012.

6. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

7. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 23ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 32

8. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 74

9. HOBBES, Thomas. *Leviatã. 1651.*

10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.154

11. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil - proposta de um formalismo valorativo*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

12. SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras *Linhas de Direito Processual Civil*. 3º vol. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

13. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, vol. 1*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.582

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

A COISA JULGADA: O FIM DE UM MITO[i]

Jordi Nieva-Fenoll

Professor Catedrático de Direito Processual da Universidade de Barcelona (UB)

Sumário: 1. A origem e o objetivo da coisa julgada – revisão. 2. Revisão da doutrina do século XIX sobre coisa julgada. 3.A revisão das teorias sobre o objeto do litígio. 4. Redefinição do conceito de "fronteiras da coisa julgada". A Necessidade de estabilidade da sentença. a. Decisões que exigem estabilidade. b. Partes da decisão que exigem estabilidade. c. Situações "típicas" de coisa julgada: coisa julgada apenas *inter partes*? d. Coisa julgada entre órgãos jurisdicionais? e. Os verdadeiros limites temporais da coisa julgada. 5. Conflito entre duas coisas julgadas. 6. Reflexão final.

Toda ciência tem seus mitos. A física tenta encontrar a origem do universo enquanto alguns já afirmam que essa busca é impossível, eis que as noções de "princípio" e "fim" só têm sentido em nossa dimensão, e por isso estamos condicionados e equivocados em nossa observação, como os presos da caverna de Platão; outro mito, por certo, esse da caverna. A medicina busca, no fundo, a imortalidade, fazendo com que o ser humano, no ritmo em que se fazem novas descobertas nesta matéria, tenha mais dificuldade em assumir algo elementar: que se tem que morrer. Em seu tempo, a alquimia, antecessora da atual química, buscava a pedra filosofal e, como todos sabem, nunca a encontrou. Assim, o Direito tenta buscar a paz social por meio da segurança jurídica há milênios. E eu não me atrevo a afirmar que também isso seja um mito, pois tenho as minhas dúvidas.

O Direito Processual, ou a ciência jurisdicional, chame como se quiser, também tem contribuído para a criação de um mito, derivado justamente desta obsessão de todos os ramos do Direito em alcançar a necessária segurança jurídica que traga paz social. No nosso caso, essa busca tem-se situado, com enorme frequência, no conceito de "coisa julgada[1]", noção que foi estudada, dogmatizada, até alcançar limites incontestáveis, usada de forma utilitarista e, por vezes, até deixada de lado quando, por qualquer razão, não convinha ser utilizada.

[1] WURZER, *Die Rechtskraft*, cit. p. 4. NAJARIAN, Krikor, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, Paris 1973, p. 2. VELLANI, *Appunti*, cit. p. 132. ALLORIO, *Naturaleza*, cit. p. 156. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, cit. p. 23. DE PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia*, cit. p. 24. DÖLLE, Hans, *Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteil*, ZZP 62 (1941), p. 285.

No presente estudo vou revisitar algumas dessas ideias preconcebidas sobre a coisa julgada que existem há décadas e, até mesmo, séculos, mas que na verdade nunca deveriam ter existido, começando pela própria origem da coisa julgada, analisando, depois, o seu conceito, e terminando com os limites desse conceito. Espero que, assim, se possa simplificar, no futuro, algumas das muitas teias que se verificam na jurisprudência cada vez que a questão da coisa julgada permeia algum problema.

1. A origem e o objetivo da coisa julgada - revisão.

Comecemos a revisão investigando a esquecida origem da coisa julgada, que curiosamente esclarece com perfeição o objetivo de sua existência. Observe-se atentamente a extraordinária simplicidade da primeira norma que o mundo conhecido criou sobre a coisa julgada. Ela está no preceito VI, § 5° do Código de Hammurabi[2]:

> Se um juiz julgou uma causa, proferiu a sentença (e) depositou o documento selado, se, em seguida, muda sua decisão, será provado que o juiz modificou a sentença que havia prolatado e pagará até doze vezes a quantia que motivou a causa. Ademais, publicamente, far-se-á com que ele se levante do seu assento de justiça (e) não volte mais. Nunca mais poderá sentar-se com os juízes em um processo.

Hammurabi, ou seus legisladores, acabavam de reduzir a escrito o rudimento de um conceito que foi objeto de obsessão especialmente para os juristas romanos, que o incluíram no Digesto, com a denominação de *res iudicata*. E foram tão fiéis ao quanto dito na época de Hammurabi que praticamente parece que, de algum modo, precisaram recorrer a esse texto ao redigir as seguintes frases do livro XLII, Tít. I do Digesto:

> -"O juiz, uma vez prolatada a sentença, deixa de ser juiz depois; e a razão é que o juiz que uma vez condenou em mais ou em menos, não pode mais corrigir sua sentença; porque já desempenhou uma vez, bem ou mal, o seu ofício".[3]

[2] Encontrado em LARA PEINADO, *Código*, cit. p. 7, (LA OBRA NO ESTÁ CITADA ANTERIORMENTE)o en FINET, André, *Le code de Hammurapi*, Paris 1973.

[3] L. XLII, tít. I, 55, Ulpiano: "*Iudex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit; et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est*". Trad. de García del Corral, op. cit. p. 371.

> -"Perguntado se o juiz, que houvesse julgado de forma ruim, poderia julgar outra vez no mesmo dia, foi respondido que não poderia".[4]
>
> -"Não está proibido de alterar as palavras do processo, enquanto subsistir o teor da sentença". [5]
>
> -"Após julgada uma coisa, ou de decidida sob juramento, ou feita sob direito de confissão, não se questiona nada além da Oração do Divino Marco, porque aqueles que confessaram em direito são considerados julgados". [6]

E tal foi o êxito destas disposições que impedem o juiz de retornar ao que já julgou, que foram reproduzidas nas leis modernas. Um exemplo é o atual Código de Processo Civil Espanhol de 2000, que, com fidelidade ao texto de Hammurabi, não demonstra, obviamente, que o legislador espanhol se inspirou nesse Código, mas sugere que a ideia é tão sumamente original que sobreviveu, em parte graças aos juristas romanos, durante pelo menos 3.700 anos.

> Art. 207.3 L.E.C.: "As decisões finais adquirem autoridade de coisa julgada e o tribunal do processo no qual foram proferidas deverá estar em todo caso sujeito a elas."

Se nos fixamos no que têm em comum todas essas normas, descobrimos que o elemento que as une é que todas implicam uma proibição da reiteração de julgamentos[7]. E justamente, uma vez descoberto esse mínimo denominador comum, encontramo-nos às portas de uma completa desmistificação do que foi a coisa julgada e de todas as categorias em que a ciência dividiu o seu estudo, já que todas consistem nessa proibição da reiteração de julgamentos.

[4]L. XLII, tít. I, 62: "*Quum quaerebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit, non posse*". Trad. de García del Corral, op. cit. p. 372.
[5]L. XLII, tít. I, 46: "*Actorum verba emendare tenore sententiae perseverante, non est prohibitum*". Trad. de García del Corral, op. cit. p. 370.
[6]L. XLII, tít. I, 56: "*Post rem iudicatam, vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post Orationem Divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur*". Trad. de García del Corral, op. cit. p. 371.
[7] Assim concluiu em NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, p. 119.

2. Revisão da doutrina do século XIX sobre coisa julgada.

O trabalho de SAVIGNY sobre a coisa julgada[8] constitui leitura essencial para entender o que tem ocorrido com o instituto da coisa julgada nos últimos 150 anos. SAVIGNY teve o grande mérito de superar, em boa medida, a complexa dogmatização de doutrinadores e comentaristas sobre o conceito, que pouco interessa na atualidade, diante da ausência de relevância de boa parte das discussões que travaram. A doutrina posterior a SAVIGNY, provavelmente devido à admiração pelas ideias do Mestre, tratou o conteúdo do estudo de forma excessivamente teórica, enquanto resulta óbvio, lendo o Mestre, que ele nunca teve qualquer intenção de dogmatizar, mas apenas de ajudar os juristas de sua época a entender o conceito para que pudessem trabalhar com ele.

Somente a partir desta perspectiva é possível entender a conhecidíssima expressão *Fiktion der Wahrheit* ou ficção da verdade[9], que em nenhum momento significou que a realidade se modificava pelo juízo de um magistrado, mas que o juiz posterior teria que conceber o juízo do anterior como certo, pois a coisa julgada lhe impedia de repetir o seu juízo. Ou seja, deveria ter obrigatoriamente em sua mente uma espécie de "realidade virtual" que deveria respeitar, correspondente ao que o juízo anterior apresentou como realidade autêntica[10]. Esta é a natureza da vinculação, destacada pela teoria processual da coisa julgada[11], mas que a teoria material se encarregou de explicar em sua essência[12]. E essas duas teorias[13] não eram contraditórias. Surgiam de leituras incompletas de SAVIGNY, devido ao fato de que, como se sabe, qualquer leitor tem a sua própria percepção daquilo que lê. E isto não é negativo, pois é o que nos permite, *a posteriori*, contrastar todas as ideias exteriorizadas e, finalmente, determinar, com precisão, qual foi a vontade real do autor das ideias lidas.

---

[8] VON SAVIGNY, Friedrich Karl, System des heutigen römischen Rechts, vol. 6, reimpressão da ed. de Berlin 1847. Darmstadt, 1974, pp. 257 y ss.

[9] VON SAVIGNY, *System*, cit. p. 261: "….*die Fiction der Wahrheit, wodurch das rechtskräftige Urteil gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert wird.*"

[10] Não se deve confundir esta expressão com a distinção entre objeto atual e objeto virtual do proceso, realizada por DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Cizur Menor 2005, pp. 76 y ss.

[11] STEIN, Friedrich, *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*, Tübingen 1928, p. 278.

[12] KOHLER, Josef, *Das materielle Recht im Urteil*, Festschrift für Klein, 1914, pp. 1 y ss.

[13] Vide uma acertada e breve exposição de ambas em BLOMEYER, Arwed, *Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*, ZZP 75 (1962), p. 3.

Seja como for, da teoria processual e da teoria material surgiram, talvez inadvertidamente, as noções de coisa julgada formal e coisa julgada material, respectivamente, conceitos que são perfeitamente compatíveis com o conteúdo de cada uma das teorias, se voltarmos diretamente às fontes que de início as expuseram[14]. A teoria material concebeu a função da coisa julgada como a criação ou a eliminação de uma ação, enquanto para a teoria processual a coisa julgada somente implica o vínculo do segundo juiz à primeira sentença, sendo a coisa julgada um fenômeno exclusivamente de direito processual. De modo similar, a coisa julgada material protege o conteúdo da sentença. Dito de outro modo, a integridade do objeto litigioso[15], ou seja, essa realidade **material** e jurídica declarada pelo juiz, antigamente conceituada como "ação". Contudo, a coisa julgada formal simplesmente significaria a irrevogabilidade da sentença no mesmo processo, o que obviamente é uma questão de caráter notadamente processual ou **formal**. A prova definitiva da inadvertida origem destas duas categorias nas teorias material e processual, e sua compatibilidade, se demonstra quando a doutrina atual[16], em unanimidade, expressa que a coisa julgada formal é pressuposto da material.

A noção de coisa julgada material guardou dentro de si duas categorias de algumas décadas atrás, quais sejam, o efeito positivo e o efeito negativo da coisa julgada. Como se não bastasse, a doutrina foi acumulando os conceitos de firmeza, irrevogabilidade, invariabilidade, imutabilidade, etc., criando uma série de categorias sobrepostas que apenas tornou obscura a noção inicial, que me desculpo por repetir uma vez mais: que a coisa julgada não é mais do que uma proibição de reiteração de juízos.

Tendo-se em conta o anteriormente referido, perceber-se-á, com facilidade, que este postulado se repete em todas e em cada uma das categorias anteriormente mencionadas. A coisa julgada formal não é mais do que a proibição da repetição do juízo pelo mesmo juiz que criou este juízo. O mesmo que invariabilidade. A irrevogabilidade impede que esta repetição do juízo possa ser acometida pelo juiz *ad quem,* que poderia conhecer de um suposto recurso. E a coisa julgada material não é nada mais do que a proibição de que juízes posteriores desvirtuem em processos distintos o que foi dito por um juiz anterior,

[14] Hierzu *Krückmann*, *Die materielle Urteilswirkung*, ZZP, 46 (1917), S. 371, ZZP 47 (1918), S. 1. S. auch *Goldschmidt*, James, *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925, S. 185. *Kohler*, Josef, *Das materielle Recht im Urteil*, Festschrift für Klein, 1914, S. 1. *Neuner*, Robert, *Die dogmatische Bedeutung der materiellrechtichen und der prozessualen Rechtskrafttheorie*, ZZP 54 (1929), S. 217. *Stein*, Friedrich, *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*, Tübingen 1928, S. 278.
[15] *Jauernig*, Othmar / *Hess*, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011, S. 245.
[16] *Jauernig*, Othmar / *Hess*, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011, S. 244.

incorrendo novamente em uma violação da proibição de reiteração de juízos. E pode ser que esta reiteração seja intentada de forma parcial, como ocorre no efeito positivo, ou de forma total, como se verifica no efeito negativo.

Inclusive, se olhar atentamente, não há sentido em se distinguir entre o efeito positivo e o negativo, pois a essência do que se proíbe é a mesma, a reiteração – total ou parcial – de um juízo. Pode-se dizer, inclusive, que esta nomenclatura positivo-negativo criada por KELLER em 1827[17] é confusa, pois, à primeira vista, a denominação de "positivo" ou "negativo" não tem muito a ver com o que se pretende expressar, a não ser que se volte diretamente para a obra de KELLER, onde está a explicação. Mas, apesar disso, pode-se dizer que com o efeito positivo o magistrado deve ter em conta o julgamento de um juiz anterior, e com o negativo está impedido de julgar. Assim sendo, a imagem que se deduz do anteriormente exposto é uma falácia, uma vez que se percebe que em ambos os casos existe uma e mesma proibição de julgar. No primeiro caso com respeito a uma parte do objeto do juízo posterior e, no segundo, com respeito a todo ele. Mas essa distinção, se se trata somente disso, é óbvio que não tem a suficiente transcendência para justificar a existência das duas categorias dogmáticas comentadas.

Se se está de acordo com o referido anteriormente, o conceito de coisa julgada fica livre de estruturas teóricas e se apresenta como algo pouco mítico. Quando um juiz já decidiu sobre um assunto concreto, ninguém mais deve decidir depois, nem sequer ele mesmo, em nenhuma circunstância, salvo a existência das gravíssimas circunstâncias que as legislações costumam prever como motivos de revisão de uma sentença, ou de oposição de terceiro. Essa é a única hipótese a que as leis deveriam recorrer como ponto básico de partida.

3. A revisão das teorias sobre o objeto do litígio.

Diante do anteriormente dito, o problema da coisa julgada é substancialmente reduzido e se limita às fronteiras demarcadas pelos juristas romanos. Porque a partir daí, o que realmente nos interessa é descrever a coisa que foi julgada, e em que circunstâncias

[17] KELLER, Friedrich Ludwig, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Recht*, Zürich 1827, p. 222: "*Diese erscheint uns also hier in einer neuen, zweyten Funktion, nähmlich als Rechtsmittel zur geltendmachung des positiven Resultates eines frühern Rechtsstreites; während wir sie bisher bloß als Organ der rein negativen, zerstörenden Wirkung des durcheführten Processes, d. h. der Consumption der Actio kennen lernten*."

devemos respeitar o *iudicatum*[18]. Isto é, estudamos o assunto do objeto do julgamento e os limites da tradicionalmente chamada fronteira da coisa julgada.

Pois bem. No que diz respeito ao primeiro ponto, também houve uma grande dogmatização, devida novamente a SAVIGNY, embora, neste caso, a observação não possa ser tão elogiosa como a anteriormente tecida. O Mestre resgatou do passado o conceito de *actio*[19], identificando o que se iria compreender com esse conceito, quando talvez a única relevância do mesmo no período dos romanos tenha sido conseguir passar para a fase *apud forma iudicem* do processo formulário, papel que restou desvirtuado com o processo da *cognitio extra ordinem*, o mais semelhante ao da atualidade. Ao mesmo tempo, descreveu a ação como o direito à proteção judicial que surgia da violação de um direito.

Como não poderia ser de outra forma, a doutrina se fixou neste conceito. WINDSCHEID, à margem da sua polêmica mais conhecida e, às vezes, amarga, com MUTHER, separou o conceito de ação de "pretensão", criando, desse modo, a noção que na Alemanha deu fundamento ao início das doutrinas de *Streitgegestand* - o objeto do processo, como tendemos a designar em espanhol -, e que naquele tempo deu início às discussões sobre as conhecidas, e em boa medida, infrutíferas, doutrinas da ação.

Pois bem. Nós, os processualistas, temos analisado esses conceitos e estas teorias em busca de soluções para os problemas mais controvertidos de nossa disciplina, entre eles o da coisa julgada. E ficamos desanimados, de mãos vazias, porque embora tenhamos sido capazes de entender estas teorias, as da ação e as do objeto do processo, e de alguns terem logrado, meritoriamente, a concepção de algumas novas teorias, o certo é que não nos ajudaram, em absoluto, a resolver o problema da coisa julgada. Incidindo na *teoria bimembre*[20], que é a de maior circulação no mundo de língua espanhola, esta não nos serviu de nada para classificar o objeto entre *petitum* e *causa petendi*, simplesmente porque estamos com uma dificuldade insuperável de saber o que é realmente a *causa petendi*, por mais que se tenha tentado defini-la. E, sobretudo, porque é, realmente, muito difícil distingui-la do *petitum*.

Enfim, nesta matéria chegamos a um resultado muito realista: que para conhecer o objeto do julgamento, devemos olhar para o objeto de cada julgamento. Isto obriga ao

[18] Julgado, julgamento.
[19] Ação.
[20] Teoria bifronte

abandono de qualquer teorização, não deixando outro remédio senão fazer um balanço daquilo que foi julgado. Desse modo, sabemos precisamente qual é o objeto de cada julgamento e, assim, resolvemos a polêmica teórica, mas não na prática. Em que medida julgou o juiz? Qual é o alcance desse julgamento? Como disse antes, o problema são as fronteiras da coisa julgada.

4. Redefinição do conceito de "fronteiras da coisa julgada". A Necessidade de estabilidade da sentença.

Neste desiderato de averiguar o que é que foi julgado, pode ser útil analisar, não exatamente o que foi julgado, posto que isto nos diz – com maior ou menor acerto – a sentença, senão aquilo que será necessário respeitar para que não perca vigência aquilo que foi julgado. Isto é, deve-se averiguar que pontos dão estabilidade à sentença. Por outras palavras, deve ser determinado que julgamentos requerem estabilidade a fim de que não se desvirtue o julgamento já realizado.

E esse trabalho não é tão complexo como pode parecer *a priori*, se é contrastada a coisa julgada com o possível objeto do juízo da sentença a ser proferida. Esse segundo juízo terá que respeitar os julgamentos que requeiram esta estabilidade do julgado a que me referi anteriormente. A partir dessa afirmação, pode-se estabelecer um roteiro de casos concretos nos quais uma resolução judicial terá efeitos de coisa julgada. E de fato, esse pequeno guia é o que poderá explicar todos os inconvenientes com os quais até agora se tem deparado a doutrina, o que pode servir para lhes dar uma solução.

a. Decisões que exigem estabilidade.

Em primeiro lugar, indo de menos a mais, é possível revisar todas as possíveis decisões judiciais que podem ser proferidas. Se comprovará que todas elas têm efeitos de coisa julgada na medida em que se exige estabilidade daquilo que dispõem. Ocupando-me unicamente das decisões mais conflitantes, pode-se comprovar como as decisões de conteúdo processual, como aquelas que não admitem uma demanda porque existe um vício processual, possuem efeitos de coisa julgada em um futuro juízo, se o vício processual

persiste[21], já que não tem sentido que o demandante contorne o juízo legítimo de um juiz com o facílimo expediente de dirigir-se imediatamente a outro para provar sua sorte. Resulta antieconômico e, certamente, contrário a proibição da reiteração de juízos da própria coisa julgada.

O mesmo ocorre com as decisões que concedem medidas cautelares[22]. Essas têm efeitos de coisa julgada, e esses efeitos têm importância enquanto não se modifique a realidade que disciplinam, e vincularão futuros juízes que tentarem modificar esse juízo através da indevida adoção de medidas cautelares que forem contrárias às primeiras. Isso é exatamente igual a qualquer outra sentença judicial, que deixa de ter vigência quando corresponde a uma realidade que já não mais existe. Não é que a sentença deixe de ter efeitos de coisa julgada, senão que simplesmente já não serve para nada. Mas se essa realidade ainda existe, logicamente não pode o primeiro juízo ser desvirtuado por uma sentença posterior.

Também tem efeitos de coisa julgada as decisões que reconhecem transações[23], ou o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu, mas apenas quanto à licitude deste e da transação, e com respeito ao fato que se realizou o reconhecimento da procedência do pedido ou da transação. Dessa forma, esses pontos são os únicos em que o juiz exerceu cognição e, por isso, são os únicos aptos a ter eficácia de coisa julgada. Embora a transação inclua um reconhecimento de fatos das partes, esse reconhecimento não tem outra eficácia que a de uma declaração realizada perante um servidor público, a que lhe atribuirá o valor probatório que corresponda em cada ordenamento jurídico. Mas, de nenhum modo, terá

[21]MAYER, Karl, *Anspruch und Rechtskraft nach deutschem Zivilprozeßrecht*, Freiburg i. B. 1896, pp. 52-53. HENCKEL, Wolfram, *Prozeßrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, pp. 227 y ss. PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile*, en: "Enciclopedia di diritto, XVIII, Milano 1969, p. 845. FERRI, Corrado, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1966, pp. 434. MONTERO AROCA, Juan, *La cosa juzgada: conceptos generales*, "Efectos jurídicos del proceso", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 92. LOURIDO RICO, Ana Mª, *La cosa juzgada y su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A Coruña 2001, p. 141. DE PADURA BALLESTEROS, Mª Teresa, *Cosa juzgada formal y cosa juzgada material de las resoluciones sobre cuestiones procesales*, TJ 1999 (1), pp. 65-66.

[22] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (con Ramos Méndez), *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974, p. 33.

[23] Sobre esta questão, vid. PELÁEZ SANZ, Francisco, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona 1987, p. 169 y SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 1252 del Código Civil*, en: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", Madrid 1981, p. 656. Entre la manualística, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1979, p. 410, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, t. II, vol. II, p. 443, BARONA VILAR, Silvia (con Montero Aroca e.a.), *Derecho Jurisdiccional*, Valencia 2003, p. 377, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (con Moreno Catena), *Derecho Procesal Civil*, Valencia 2004, p. 351).

eficácia de coisa julgada essa declaração de fatos, pois o juiz não terá praticado atividade probatória e, portanto, cognitiva sobre a mesma.

Outras decisões que podem ser discutidas são as sentenças de mérito penais, das quais se afirmou que possuíam apenas o "efeito negativo da coisa julgada material", mas não o efeito positivo. Essa afirmação, tradicional na doutrina[24], poderia ser rebatida facilmente através da negação de uma autêntica distinção entre o efeito positivo e o efeito negativo da coisa julgada no sentido que comentei anteriormente. Mas não é correto amparar-se na própria teoria para rebater uma conclusão tão assentada na doutrina. Sem poder, por razões óbvias, aprofundar este tema[25], nesse momento, existem alguns pontos que poderiam questionar seriamente a conclusão tradicional.

Deve ser dito, inicialmente, que esse antigo pensamento pode decorrer, facilmente, do fato de que no *Digesto* apenas se falara da coisa julgada penal. Em segundo lugar, deve-se colocar claramente em cima da mesa que esse pensamento tradicional teve uma de suas primeiras contestações em BINDING[26], no início do século XX, e uma das mais recentes em GRUNSKY[27]. Em suma, quando se trata de saber porque as sentenças penais deveriam carecer de efeitos completos de coisa julgada, realmente cai, como o único argumento, que não é conveniente condicionar a jurisdição do segundo juiz, pois minaria a defesa de um acusado em um processo futuro. Mas esse argumento leva à comprometida conclusão de que as sentenças penais seriam firmes, dependendo de como se observe, o que poderia conduzir, levando o argumento ao extremo, a colocar em questão, inclusive, a inocência declarada de uma pessoa em um processo futuro, com o consequente e injusto descrédito da pessoa absolvida, colocando-se em dúvida a regularidade da atuação jurisdicional. Todos eles são inconvenientes que não posso mais do que apontar nesse momento, mas acredito que deveriam suscitar uma autêntica reformulação de toda essa matéria.

[24] BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona 1943, pp. 206-207. BRUNS, Hans-Jürgen, *Erlaubt die Rechtskraft des Strafbefehls die zusätzliche Verfolgung nachträglich eingetretener strafschärfender Tatfolgen?*, JZ 1960, p. 619. DE LUCA, Giuseppe, *Appunti sugli effetti della cosa giudicata penale rispetto ai terzi*, Riv. It. di Dir. e Proc. Pen., 1960, p. 316 y ss. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, cit. p. 171. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada Penal*, Bolonia, 1976, pp. 116 y 142-154. PETERS, *Strafprozeß*, Heidelberg, 1985, p. 505

[25] Vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit. pp. 144 y ss.

[26] BINDING, Karl, *Das rechtskräftige Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen*, en: "Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen, tomo II, München y Leipzig 1915, pp. 310 y ss.

[27] GRUNSKY, Wolfgang, *Zur Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft im Strafprozess*, en: "Festschrift für E. Kern" 1968, pp. 223 y ss, p. 225.

Por último, uma das decisões cujo efeito de coisa julgada tem sido mais debatido[28] é aquela proferida nos procedimentos sumários. O argumento básico consiste em que se for atribuída força de coisa julgada a esses pronunciamentos, que provêm de juízos que são realizados de maneira rápida, correríamos o risco de dar firmeza, de maneira precipitada, a uma decisão judicial, com o perigo que isto poderia levar.

No entanto, deve-se dizer que o pensamento anterior parte de uma noção muito estrita da sumariedade, que acaba por não se conciliar com a realidade da prática judicial destes procedimentos em muitos Estados, entre eles a Espanha. Quando um processo sumário, uma daquelas antigas "*causae summariae*", era um processo em que se sentenciava *simpliciter et de plano*, sem estrépido nem forma judicial, como dizia a Decretal de Clemente V de 1306 – a conhecida *Saepe contingit*[29] – e como disseram, depois dela, muitas leis, podia ser lógico pensar que a resolução destes processos, somente provisória, era uma resolução que caberia discutir em um processo com todas as garantias, isto é, com *"figura iudicii*". Sem dúvida, um processo no qual se sentencia de plano, apenas por obrigação, não é um processo desenvolvido com as garantias necessárias para que se possa destacar o caráter definitivo de suas decisões.

No entanto, na atualidade, os processos sumários, pelo menos em Espanha, já não são assim. Atualmente são processos mais breves, certamente porque se desenvolvem segundo um procedimento mais conciso do que o habitual. Mas nos mesmos costuma existir uma ampla possibilidade de defesa, havendo tempo de examinar os autos, contratar um advogado, preparar devidamente a prova e, finalmente, exercer uma defesa

[28] A favor: MONTERO AROCA, *La cosa juzgada*, cit. p. 94. DE LA OLIVA SANTOS (con Díez-Picazo), *Derecho Procesal Civil*, Madird 2000, p. 494-496. En el mismo manual, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, op. cit. p. 606. GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, *Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad*, RDProc, 2003, n. 1-3, p. 320. Parcialmente en contra: PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona 1982, pp. 37-38. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1252 del Código Civil*, en: "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" (dirigidos por Albaladejo), Madrid 1981, tomo XVI, vol. 2, p. 722. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, cit. p. 805. GIMENO SENDRA, Vicente, (con Moreno y Cortés), *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Madrid 2003, p. 25. LOURIDO RICO, Ana Mª, *La cosa juzgada y su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A Coruña 2001, p. 150. GRANDE SEARA, Pablo, *Notas sobre la regulación de la cosa juzgada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Rev.VascaDPA, 2000, 13 (2), p. 293. GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Comentario al art. 222*, en: "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". Tomo I, Barcelona 2000, p. 869. VALLINES GARCÍA, Enrique, *La preclusión en el proceso civil*, Madrid 2004, pp. 287. DE PADURA BALLESTEROS, Mª Teresa, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Valencia 2002, pp. 180-182.

[29] Vide GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, *Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad*, RDProc, 2003, n. 1–3, pp. 296 e ss., que reproduz e traduz por completo essa Decretal.

absolutamente aceitável. Como exemplo direi simplesmente que existem, atualmente, audiências em processos sumários que duram mais de três horas...

Se o processo fosse como o "processo de reintegração de posse" do antigo direito castelhano (1476)[30], no qual se sentenciava praticamente de plano sobre a posse, era lógico que *a posteriori* se permitisse discutir, embora muito restritivamente, sobre a regularidade do desapossamento. Mas isso já não é assim. Demandante e demandado costumam se defender com todos os argumentos de que dispõem em um processo sumário, e sem que, muitas vezes, existam nas leis restrições acerca dos argumentos defensivos que poderiam utilizar. E quando se lhes permite entabular um processo posterior, o que ocorre, simplesmente, é que o processo muitas vezes se repete, às vezes até pelo mesmo procedimento segundo o qual se desenvolveu o primeiro, o que resulta, obviamente, contrário à segurança jurídica e, certamente, à proibição de reiteração de processos que a coisa julgada comporta, e que, entre outras coisas, trata de garantir que a mesma questão não seja deduzida em juízo uma e outra vez perante diferentes juízes, fazendo com que os processos não terminem nunca.

Por isso, as decisões finais dos atuais processos sumários – sempre que não sejam sentenciados *prima facie* – devem revestir-se dos efeitos de coisa julgada, na medida em que se tenha realizado o julgamento ou, dito de outro modo, na medida em que o exija a estabilidade do conteúdo da sentença proferida, sempre e quando, insisto neste ponto, tenha existido a devida possibilidade de defesa no processo, já que do contrário existiriam pontos sentenciados, certamente, *prima facie*, em relação aos quais seria injusto atribuir os efeitos da coisa julgada.

b. Partes da decisão que exigem estabilidade.

Definido, pois, que qualquer decisão pode revestir-se dos efeitos de coisa julgada, outro ponto, dentre os quais têm causado controvérsia, tem sido o de saber que partes da decisão se revestem dos efeitos de coisa julgada. Em vão tratou a doutrina de limitar a eficácia da coisa julgada ao dispositivo da sentença. Há de se atribuir a CHIOVENDA[31], que insistiu neste ponto, boa parte da responsabilidade por isso ter sido assim. No entanto,

[30] Nov. Recop. Livro XI, tít. III Lei VIII.
[31] Vide CHIOVENDA, Giuseppe, *Sulla cosa giudicata, in* "Saggi di diritto processuale civile". Reimpressão da ed. de Roma 1931, vol. II, Milão, 1993, pp. 401-402.

é óbvio que o pensamento só responde, em realidade, à vontade de alguns operadores do direito de evitar complexidades. Se a coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença, há muito menos que interpretar, certamente. Mas se nos damos conta de que esse dispositivo somente pode ser interpretado recorrendo-se aos fundamentos da sentença, certamente a conclusão tradicional deve ser posta em dúvida. Se também considerarmos que o critério seguido por um juiz para determinar o que escreve em seu dispositivo é muito variável, até mesmo aleatório[32], e que também existe o costume, em diversos Estados, de proferir decisões extraordinariamente extensas e fundamentadas, constatamos o quão questionável resulta restringir os efeitos de coisa julgada ao dispositivo da sentença.

Novamente, a determinação dos julgamentos que requeiram estabilidade, para não desvirtuar a sentença, será a chave para definir que partes da sentença se revestirão dos efeitos de coisa julgada. E simplesmente serão todas as partes que precisem manter sua estabilidade, para que a sentença não careça de fundamento[33]. Desse modo, uma citação de jurisprudência realizada para maior reforço pode ser considerada perfeitamente prescindível. No entanto, a fixação de um fato provado ou a declaração de propriedade sobre um bem, por exemplo, formam parte do conjunto incindível de fato e de direito que constituirá a base e sustentação de uma sentença, e que deve, portanto, integrar a matéria que se revestirá dos efeitos de coisa julgada.

No entanto, também tem preocupado a doutrina aquilo que o juiz não disse na sentença, e que, não obstante, a sustenta, isto é, os pronunciamentos implícitos[34]. Sobre os mesmos não é mais necessário ressaltar sua absoluta necessidade em qualquer decisão, na medida em que nenhum juiz pode ser tão exaustivo a ponto de refletir por escrito todos os possíveis pontos que vão sustentar sua sentença. Há aspetos, portanto, que deverão ser tidos como pressupostos.

Pois bem, na medida em que seja necessário afirmar esses aspetos omitidos, para manter a estabilidade da sentença, será preciso também tê-los por julgados, em que pesem os riscos que se podem intuir caso isso seja assim, mas que agora não posso desenvolver[35].

O fato de existir ou não coisa julgada em um determinado processo, embora seja uma incógnita que resolvem os processualistas, não pode ser confundido com uma questão de mero procedimento, senão que se trata de um tema que afeta intrinsecamente o

[32] Vide DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, cit., p. 74.
[33] NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., pp. 176 e ss.
[34] Vide acerca destes pronunciamentos, SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 1252*, cit., pp. 729 e ss.
[35] Vide NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., pp. 195 e ss.

julgamento e, portanto, versa sobre um tema de fundo. O que às vezes pode ocorrer, certamente, é que o demandante não pretenda discutir esses pronunciamentos implícitos em um novo processo, senão que tente debater exatamente o mesmo que discutiu no anterior. Nesse caso, a existência de coisa julgada pode ser determinada prematuramente, nas fases iniciais do processo.

Mas do contrário – e costuma ocorrer o contrário – o tema se revestirá de uma complexidade tal, que será necessário determinar essa questão na sentença. Por isso, é muito perigoso impedir o demandante de ao menos formular alegações sobre pontos que puderam ser resolvidos implicitamente em um processo anterior, uma vez que, interpretada extensivamente essa proibição – o que costuma ser comum entre alguns juízes -, de pretender ser uma garantia da coisa julgada – e que esta não requer, de nenhum modo -, transforma-se em uma disposição que vulnera a tutela jurisdicional efetiva, o que é justamente o contrário do efeito que, com a melhor das intenções, se pretendia conseguir.

c. Situações "típicas" de coisa julgada: coisa julgada apenas *inter partes*?

Uma vez definidos todos os pontos anteriores, resta apenas expor algumas situações nas quais se possa descobrir facilmente a existência de coisa julgada. Neste ponto, tem desempenhado um papel importante a velha teoria – não formulada, com certeza, nestes termos no Digesto[36]– das três identidades necessárias para que possa a coisa julgada ter operabilidade, teoria proveniente da doutrina e, posteriormente, do Direito francês, e que tantas e tantas legislações e jurisprudências tem influenciado.

Esta teoria não é mais do que outro daqueles mitos dogmáticos que perseguem a coisa julgada, e creio que se encontra suficientemente mitigada diante de tudo o que foi exposto. Nesse feliz – contudo, muito raro – caso em que dois julgamentos sejam exatamente iguais, não é que já devamos proclamar a existência de coisa julgada, mas, outrossim, até podemos declará-la antecipadamente no processo. Entretanto, o normal é que dois julgamentos somente se pareçam entre si e, por isso, não surja outro remédio que

[36] "*Inter easdem personas eadem quaestio*". Livro 44, Tít. II, 7, § 4. "*Idem corpus*" (Livro 44, Tít. II, 12). Que conserve sua utilidade, apesar das deteriorações ou modificações sofridas (Livro 44, Tít. II, 14). Que verse sobre a mesma quantidade e o mesmo direito ("*Quantitas eadem, idem ius*". Livro 44, Tít. II, 13.), e por último, a mesma causa de pedir e a mesma condição das pessoas ("*et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum*". Livro 44, Tít. II, 14).

realizar uma delicada busca por aqueles aspetos dos dois julgamentos que coincidam e que, portanto, não podem ser repetidos.

Pois bem. Desta teoria se deriva o princípio de que a coisa julgada somente tem efeitos *inter partes*. Esse princípio não deve ser, por óbvio, descartado, mas simplesmente mitigado. É claro que existe coisa julgada quando estão presentes as três identidades. E especialmente o caso se torna muito mais evidente quando coincidem as partes em sua pessoa e qualidade, como diz o art. 1351 do Código Civil francês.[37] No entanto, como bem já foi recordado, de modo especial por ALLORIO[38] e SCHWAB,[39] ou anteriormente pelo próprio IHERING,[40] dentre alguns outros, a coisa julgada também apresenta operabilidade quando as partes dos diversos processos são distintas. Neste sentido, pode-se argumentar, como se costumou fazer na doutrina, que não é possível impor a coisa julgada de um processo a terceiros que não foram parte desse processo e que, portanto, não puderam defender-se, precisamente por esta carência de defesa.

Contudo, entendo que se deve determinar com muito cuidado se realmente não puderam se defender. Se tinham interesse direto ou simplesmente colateral se o seu ordenamento jurídico lhes dava oportunidade de intervirem no processo e, o mais importante, se tiveram conhecimento do processo, pois, neste caso, a falta de sua presença somente a eles é imputável e, portanto, não podendo confiar que só lhes alcancem os efeitos favoráveis do que está em julgamento, como há tempos tem dito a doutrina. É muito cômodo ser devedor solidário e esperar que o demandante se dirija, reclamando o seu crédito, contra o outro devedor, sem lhe atingir. Porém, o que não se pode aceitar é que, se o Direito Civil dá neste caso uma vantagem ao credor – e não ao devedor! – para que cobre com mais facilidade, essa vantagem se torne um gravame quando ele tiver que dirigir-se, individualmente, contra todos os devedores, podendo sua dívida ser posta em xeque exatamente através dos mesmos argumentos, existindo o risco inequívoco de sentenças contraditórias. Isto é contrário à proibição de reiteração de julgamento, produz insegurança jurídica e é inteiramente absurdo porque desvirtua a vantagem que o Direito

[37] "*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.*"
[38] ALLORIO, Enrico, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milão 1935, p. 65
[39] SCHWAB, Karl Heinz, *Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft*, ZZP 77 (1964), 124 *et seq.*
[40] VON IHERING, Rudolf, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen*, *in* "Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", reed. de 1981 da ed. de Jena 1882, p. 80.

Civil concede ao credor. Assim, um devedor solidário deverá estar atento se algum outro devedor for demandado. Decerto, não participará do processo se não quiser, porém deverá atentar-se aos efeitos da sentença na qual se diga se ele tomou conhecimento da existência do processo e, voluntariamente, decidiu não participar.

Diferente é o caso do terceiro que não conhece a existência do processo, que é a hipótese mais frequente na prática. E não porque não o conheça realmente, mas sim porque resulta quase impossível a demonstração de que ele estava inteirado dele. Nesses casos, nos quais, inclusive, o processo pode ter sido celebrado com a vontade de prejudicá-lo, deve-se recorrer, nos ordenamentos nos quais exista, à *oposición de terceiro a la sentencia firme*[41], como único caminho para demonstrar seu desconhecimento e, portanto, a legitimidade da defesa que intentará exercer.

Por último, o postulado de que a coisa julgada tem efeito somente *inter partes* acaba por se colocar completamente em dúvida, caso se tenha em conta a situação daqueles cidadãos a quem a sentença lhes é indiferente.[42] Reconheçamos com clareza que estes cidadãos são a imensa maioria em qualquer processo. Pois bem, se aplicarmos o princípio *inter partes*, resultaria que todos estes cidadãos – que se contam aos milhões – poderiam discutir o conteúdo da sentença *a posteriori* se lhes interessasse, o que creio que, até o momento, não tem sido defendido por ninguém. Uma nova prova que a coisa julgada também se impõe àqueles que não foram parte no processo, simplesmente porque assim requer a estabilidade das decisões judiciais.

d. Coisa julgada entre órgãos jurisdicionais?

Outro dos pontos discutidos em matéria de coisa julgada é o se as decisões de um órgão jurisdicional afetam a de outro órgão jurisdicional[43]. Sobre este ponto, que não posso desenvolver neste momento, se observa algo bem curioso: a incomunicabilidade quase

[41] Sobre este, vide PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Tratado*, cit. t. II, pp. 596 *et seq*. Na Doutrina espanhola, monograficamente, só cabe citar a obra de FONT SERRA, Eduardo, *La oposición de terceros a la cosa juzgada*, RJCat. 1980, pp. 687 *et seq*.

[42] Sobre a identificação destes terceiros, vide BETTI, Emilio, *Tratatto dei limiti soggettivi della cosa giudicata in Diritto romano*, Macerata, 1922, pp. 150 *et seq.*, e LUISO, Francesco Paolo, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milão, 1981, pp. 32 *et seq*.

[43] Sobre esta materia, PÉREZ GORDO, Alfonso, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona 1982. SENÉS MOTILLA, Carmen, *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Madrid 1996. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, Madrid 2002. VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Valladolid 2004. REYNAL QUEROL, Núria, *La prejudicialidad en el proceso civil*, Barcelona 2006.

total entre órgãos jurisdicionais. Isto resulta, de acordo com as disposições legais, que os tribunais de diferentes órgãos jurisdicionais podem decidir direta ou indiretamente, sobre a mesma coisa. Fato é que nem os ramos do ordenamento jurídico e nem os órgãos jurisdicionais podem ter contornos precisos, havendo matérias de difícil ou controversa aplicação, que venham a ser enfrentadas. Neste sentido, o ordenamento geralmente permite que cada órgão resolva matérias de órgão diverso quando sua análise seja necessária, ainda que indiretamente, com uma única exceção: as matérias de natureza jurídico-penal.

Isto pode resultar surpreendente ao se observar que a divisão do Poder Judiciário em órgãos jurisdicionais não é mais que convencional e responde somente a um critério de especialização focado em uma melhor prestação da função jurisdicional. Mas tal critério não pode ser afastado de modo a se pregar a existência de jurisdições ordinárias autônomas – pervertendo a noção de independência judicial - e negar a vigência a um dos fundamentos mais antigos e imprescindíveis da jurisdição: a coisa julgada.

Por isso é necessário que os juízes não pertencentes a órgão criminal não se pronunciem sobre matérias penais, precisamente porque se requer a estabilidade dos pronunciamentos penais, não sendo concebível que um juiz do trabalho, por exemplo, examine questão já decidida por um juiz cível. Certo é que em se tratando de um tema puramente secundário, poderá examiná-lo sem problemas, faltando à sua decisão eficácia a outros órgãos jurisdicionais. No entanto, quando se tratar de uma questão principal, entendo que o processo deveria ser suspenso, remetendo a questão prejudicial, como única maneira de obter o cumprimento da proibição de reiteração de decisões até as últimas consequências. Todavia, os legisladores, em geral, tendem a conferir maior atenção à celeridade dos órgãos judiciais do que à sua compatibilidade, neste caso, e, por isto, poucos ordenamentos enfrentam esta solução. No entanto, creio que se trata de um tema que, com todos os antecedentes indicados, deveria ser submetido a profunda revisão.

e. Os verdadeiros limites temporais da coisa julgada.

Mudando de tema, quase nada se tem dito acerca da questão da coisa julgada ter ou não uma vigência temporal[44]. Ao contrário, em geral se afirma a existência de uma eficácia eterna das sentenças e, ademais, quando se trata a questão dos limites temporais, resulta, em regra, que se confundam com os objetivos, e se acaba recordando algo óbvio: que uma sentença mantém sua vigência enquanto ainda subsista a realidade que regula.

Desde logo, é um tema que acredito que deveria ser objeto de detido estudo, pois não creio que devamos considerar normal que alguém, como por vezes tem ocorrido, reivindique propriedades ou outros direitos remontando-se a sentenças de quatrocentos anos atrás, pronunciadas em circunstâncias completamente distintas das atuais.

De todo modo, provisoriamente, creio que a fixação desses limites temporais em uma lei pode defrontar-se com a dificuldade de determinar qual seria o prazo razoável de vigência de uma sentença, podendo resultar que se acabe determinando um prazo demasiado curto ou demasiado longo. Por isso, sem a devida e completa reflexão sobre este complexo ponto, não creio que seja a ocasião de propor a fixação legal desses limites temporais, pelo que me limito a expor a problemática.

5. Conflito entre duas coisas julgadas.

Finalmente, tampouco se tem enfrentado devidamente a questão do conflito entre duas coisas julgadas. A mesma tem sido abordada desde há muito[45], inclusive por glosadores e comentaristas, redundando em uma bizantina discussão sobre se deveria prevalecer o primeiro julgado ou o segundo julgado emitido, quando o que impõe a proibição de reiteração de juízos, de um ponto de vista lógico, é que o primeiro pronunciamento deve prevalecer em todas as hipóteses.

[44] Vid. MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid 1883, p. 113. Vid. por exemplo MONTERO AROCA, e.a., *Derecho Jurisdiccional*, cit. p. 483. CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Reed. de la ed. de Padova 1926. Padova 1986, p. 443. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, cit. p. 82.
[45] Vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit., pp. 269 y ss.

Sem dúvida, nesta matéria não se deve realizar conjecturas exclusivamente dogmáticas, mas é preciso como sempre descer à prática e observar que quando isto ocorre, sequer existiu má fé por parte alguma. Portanto, parece que o mais acertado em princípio é propor um ulterior processo cognitivo para se desfazer o conflito, pronunciando a sentença que pareça mais justa, considerando as matérias fático-jurídicas presentes em ambos os processos. Esta solução pode aparentar um retrocesso, certamente, e se poderia censurá-la sob o argumento de ser contrária à proibição de reiteração de julgamentos. E desde logo, assim o é, pois caso contrário, estaria em jogo o valor que trata de assegurar tanto a coisa julgada como todas as instituições do processo: a Justiça.

6. Reflexão final.

Com tudo o acima dito não se pretendeu outra coisa que desfazer alguns nós que atam a coisa julgada atualmente, e que, em boa medida, são fruto de discussões doutrinárias que, sem ter em conta o que ocorre realmente na realidade judiciária, acabam afetando-a, por vezes negativamente. Isso nos leva, não obstante, à conclusão de que a coisa julgada é algo muito mais tangível que um conceito dogmático, que é em que havia se transformado, convertendo-se em um mito insuperável para advogados, juízes e promotores e, porque não, para estudantes de Direito, que se sentem aterrorizados quando ouvem a simples menção a "coisa julgada" em um exame. Oxalá que as reflexões anteriores tenham servido de alguma maneira para conspirar contra este terror e, definitivamente, para o desaparecimento deste mito.

[i] Tradução elaborada por Bruno Bodart (Mestre em Direito Processual pela UERJ e Membro do IBDP), Denise Rodriguez (Mestranda em Direito Processual na UERJ), Diego Martinez Fervenza Cantoario (Mestre em Direito Processual pela UERJ), Franklyn Roger (Mestre em Direito Processual pela UERJ e Defensor Público no Rio de Janeiro), Guilherme Quaresma (Mestre em Direito Processual pela UERJ e Advogado do BNDES), Humberto Dalla Bernrdina de Pinho (Professor Associado na UERJ e Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro), Irapuã Santana (Advogado Especializado em Direito Processual no Rio de Janeiro), José Aurélio de Araujo (Doutorando em Direito Processual na UERJ e Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro), Maurício Vasconcelos Galvão Filho (Mestre em Direito Processual pela UERJ e Advogado do BNDES) e Odilon Romano Neto (Doutorando em Direito Processual na UERJ e Juiz Federal substituto), a partir do original enviado pelo Prof. Jordi Nieva Fenoll em junho de 2012 e revisado pelo próprio professor em novembro de 2012.

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

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: PRESSUPOSTO PROCESSUAL ESPECÍFICO DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS

Júlio Camargo de Azevedo

Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP) – Franca/SP, advogado e membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado (NUPAD).

Resumo: Dentre as inúmeras discussões que permeiam o processo coletivo brasileiro, ostenta especial destaque a questão da representatividade adequada dos entes legitimados ao exercício das ações coletivas, sobretudo no que pertine a possibilidade de seu controle "*in concrecto*" pelo magistrado à luz do sistema "*ope judicis*" estabelecido no direito estadunidense. Poucas são, porém, as investigações acerca da natureza jurídica deste específico instituto processual, as quais podem ser de grande valia para seu correto enquadramento perante o direito pátrio. Neste passo, o presente ensaio procura abordar sistematicamente este ponto inexplorado, à vista do microssistema de tutela coletiva brasileiro.

Abstract: Among the many discussions that encircle the brazilian collective procedure, can be especially highlighted the issue about the adequacy of representative parties, in sight of the judicial control established in north america's law system. However, there are few investigations about the juridical nature of this procedural rule, which may be very useful to correctly place it towards the brazilian law. Therefore, the present paper seeks to systematically focus on this unexplored point, in sight of the brazilian microsystem of collective custody.

Palavras-chave: *representatividade adequada – pressuposto processual – ações coletivas*

Key-words: *adequacy of representation – procedure prerequisite – class actions*

Sumário: 1. Origem da representatividade adequada: instituto processual do direito norte-americano. 2. A representatividade adequada no direito brasileiro. 3. A representatividade adequada à luz de uma perspectiva constitucional. 4. Natureza jurídica da representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Origem da representatividade adequada: instituto processual do direito norte-americano

Como de sabença geral, a representatividade adequada corresponde a um instituto processual do sistema das "*class actions*" norte-americanas, em que o magistrado exerce um juízo concreto da representação que determinada pessoa ou ente exerce em função de um grupo ou classe de pessoas, controlando a adequação entre a representação que será exercida em juízo e os interesses do grupo lesado.

A respeito do controle da representatividade ianque, Ada Pellegrini Grinover assevera que "a criteriosa aferição da representatividade adequada é apta a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial",[1] isto porque o resultado da atuação judicial será destinado a todos os representados, legítimos portadores dos direitos e interesses discutidos em juízo.

No direito estadunidense, a representatividade adequada consubstancia um pré-requisito ao exercício da "*class action*", lastreando-se na Regra 23 da "*Federal Rules of Civil Procedure*", a qual prevê em sua alínea *"a",* quatro pressupostos vestibulares à admissão da ação coletiva,[1] e em sua alínea *"b",* os demais requisitos para o fiel desenvolvimento da pretensão metaindividual.

Conforme bem sintetizam Silva, Duz e Filho:

> As *class actions* têm cabimento, como se depreende no disposto no item [a] da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedures,* sempre que [i] a categoria for tão numerosa que a reunião dos interessados for praticamente impossível, se torne impraticável; [ii] houver questões de direito e de fato comuns ao grupo; [iii] os pedidos ou defesa dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e [iv] os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses de classe.[1]

Por sua vez, a alínea "*b*" se subdivide em duas espécies de ações, uma de caráter obrigatório ("*mandatory*") e outra de ordem facultativa ("*not mandatory*"),[1] consoante explica Pedro Lenza:

> As regras previstas na alínea *b* (1) (A) (B) e *b* (2), descrevem as *class actions* obrigatórias, correspondentes às ações coletivas pátrias para a proteção de *bens e interesses difusos e coletivos*, enquanto que a regra *b* (3) equivale às ações coletivas para a proteção de *bens e interesses individuais homogêneos*, mas em sua espécie reparatória dos danos individualmente sofridos. Trata-se da

> *class action for damage not mandatory* (correspondente à "ação de classe brasileira"), na medida em que se garante ao membro do grupo o poder de auto-exclusão, o *right to opt out*, regra esta trazida pela reforma de 1966.
>
> [...] Assim, nas *class actions* previstas na alínea *b* (3), após notificados sobre a existência da aludida ação coletiva, os membros do grupo poderão, dentro do prazo fixado pelo Tribunal, requerer a sua exclusão da classe (*right to opt out*), com o objetivo de não se verem atingidos pelos efeitos da decisão a ser fixada pelo juiz, na medida em que a sentença favorável ou contrária, independentemente de seu resultado, será vinculante para todos os componentes do grupo que não exercerem o direito de auto-exclusão.[1]

À vista dos ensinamentos expostos, conclui-se que as "*class actions*" do sistema norte-americano ostentam duas especificidades substanciais que as diferenciam das ações coletivas brasileiras: a) qualquer pessoa pode ajuizar uma "*class action*" no sistema ianque, desde que preenchidos os pré-requisitos de admissibilidade ("*Rule 23, a"*) e desenvolvimento ("*Rule 23, b*") estabelecidos; b) não se admite a formação da coisa julgada *"secundum eventus litis"*, isto é, no modelo estadunidense a coisa julgada se forma para todos os membros do grupo ("*pro et contra"),* independentemente do resultado do julgamento sobre o objeto da demanda (procedência ou improcedência).

Como se verá a seguir, tal não foi o caminho adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. A representatividade adequada no direito brasileiro

Conforme se depreende do artigo 5° da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o sistema brasileiro de processo coletivo optou pela adoção de um rol exclusivo de legitimados ativos ao exercício das ações coletivas, excluindo-se, "*de lege lata*", a atuação do particular individual, exceto quando em ação popular voltada à defesa do patrimônio público ou da moralidade administrativa (Lei nº 4.717/65).[1]

O texto legal é claro, portanto, ao elencar taxativamente duas espécies de legitimação coletiva: 1) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (associações);

2) legitimação de entes públicos (Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos da Administração Direta e Indireta etc.).

Quanto às associações, previu-se expressamente um controle judicial de representatividade aferido à evidência do preenchimento de dois pressupostos cumulativos: a) *pré-constituição há pelo menos um ano* (requisito este que pode ser desconsiderado pelo juiz ante o *manifesto interesse social* ou a *relevância do bem jurídico protegido* – artigo 5º, inciso V, alínea a e §4º, LACP; artigo 82, inciso IV e §1º, CDC);[1] b) *compatibilidade da finalidade institucional com a defesa judicial dos direitos objeto da ação civil pública* (artigo 5º, inciso V, alínea b, LACP).

A respeito deste último requisito, representado pelo vínculo de afinidade temática das associações e o objeto transindividual litigioso, tem-se adotado a nomenclatura de "*pertinência temática"*, a exemplo do que ocorre com as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelos legitimados especiais (não universais) perante o Supremo Tribunal Federal.[1]

Tal exegese leva a crer que o microssistema brasileiro adotou uma espécie de "*presunção de representatividade*" dos entes legitimados, em que a lei se encarrega de estabelecer os legítimos porta-vozes a fielmente representar os interesses das coletividades em juízo.

A grande discussão que se evidencia com a adoção desta "*presunção de representatividade*" oriunda da lei, é se ela seria de ordem *absoluta* – excluindo-se, por completo, a possibilidade do controle de adequação da representatividade "*in concrecto*" pelo magistrado – ou de ordem *relativa ("juris tantum"*), em que o controle judicial seria admitido concorrentemente ao controle legal.

Deste embate, surgem duas correntes na doutrina nacional.

A primeira, defendida por Nelson e Rosa Nery,[1] Arruda Alvim,[1] Ricardo de Barros Leonel,[1] Pedro da Silva Dinamarco,[1] Gregório Assagra de Almeida[1], Sérgio Shimura,[1] Elton Venturi,[1] dentre outros notáveis juristas, afirma que o sistema adotado pela tutela coletiva brasileira permite, única e exclusivamente, o controle legal de representatividade, tratando-se, portanto, de uma presunção de ordem *absoluta* estabelecida pelo legislador.

Em breve síntese, eis os principais argumentos dos defensores da presunção "*ope legis*" de representatividade: a) a prévia identificação hipotética dos entes legitimados

impediria, em tese, o controle judicial; b) a regra já restaria excepcionada no caso das associações, não cabendo aos intérpretes-aplicadores estendê-la a outros legitimados (*interpretação restritiva do controle concreto*); c) as especificidades normativas do microssistema brasileiro – *onde a sentença coletiva jamais serviria a prejudicar os direitos individuais dos integrantes do grupo, somente beneficiá-los (art. 103, §§ 1°, 2º, 3º do CDC)* – implicaria na desnecessidade do controle casuístico; d) a inapropriada atuação do legitimado, que resultasse em uma sentença de improcedência por falta de provas, impediria a formação da coisa julgada material em desfavor da coletividade (adoção, *in casu*, da coisa julgada "*secundum eventum probationis*"); e) a intervenção obrigatória do Ministério Público enquanto "*custos legis*" supriria eventual deficiência apresentada pelos demais representantes processuais.

De outra banda, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe,[1] Antônio Gidi,[1] Pedro Lenza,[1] Humberto Theodoro Jr.,[1] Luis Manoel Gomes Jr.,[1] Aluísio Gonçalves de Castro Mendes,[1] Rodolfo de Camargo Mancuso,[1] Hugo Nigro Mazzilli,[1] Cássio Scarpinella Bueno,[1] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,[1] além de outros processualistas de escol, preferem acatar a concorrência do sistema "*ope judicis*" de representatividade, reconhecendo como *relativa* a presunção positivada em nosso ordenamento jurídico.

Este último posicionamento – *do qual este autor compartilha e é entusiasta* – parece assentar-se majoritariamente em doutrina e jurisprudência contemporânea, mormente por estabelecer uma compreensão da representatividade dos entes legitimados à evidência dos princípios e regras contidos na Carta Constitucional de 1988, bem como de outros vetores específicos do microssistema de processo coletivo brasileiro.

3. A representatividade adequada à luz de uma perspectiva constitucional

Historicamente, verifica-se que as ações coletivas foram idealizadas à tutela de direitos disseminados pela coletividade, isto é, direitos indetermináveis e indivisíveis, os quais, por sua essência transindividual, representaram verdadeira barreira ao acesso à justiça, conforme preconizado por Cappelletti e Garth em meados da década de 70.[1]

A molecularização dos conflitos nasce, portanto, contendo um viés eminentemente instrumental na promoção de um direito fundamental básico das coletividades: o *direito de ação*, ou mais modernamente, o *direito de acessar a justiça*.

Com a Constituição de 1988, a missão do processo coletivo – e, consequentemente, das ações coletivas – foi sensivelmente alargada em nossa sistemática jurídica, contribuindo não só a viabilizar o direito de *acesso à justiça*, como também diversos outros princípios e garantias fundamentais espraiados pela Carta Constitucional, tais como a *economia processual*, a *isonomia*, a *participação democrática*, o *devido processo legal*, a *duração razoável do processo*, a *segurança jurídica*, a *máxima efetividade*, balizas estas consideradas indispensáveis à consecução de um coerente e sadio Estado Democrático de Direito.

Extrai-se, deste giro axiológico, que toda interpretação atual acerca do processo coletivo e de seus institutos deve, precípua e obrigatoriamente, encontrar seu fundamento na Constituição da República, pois é ela quem institui os objetivos normativos básicos da tutela coletiva brasileira.

O afastamento dos vetores constitucionais viola não só a unidade do ordenamento jurídico como também a missão constitucional desenhada pela Lei Fundamental ao processo coletivo, tangenciando uma interpretação no mínimo *descontextualizada*, na feliz expressão de Elton Venturi.[1]

Partindo desta premissa, Clarissa Diniz Guedes passa a sustentar não a *possibilidade* do controle judicial da representatividade, mas sim a sua ***necessidade,*** haja vista a importância do instituto à luz da instrumentalidade processual-constitucional supra referida. Nas palavras da autora: "o controle da adequação da representatividade, antes de ser uma questão de simples legalidade (controle ope legis) é matéria de constitucionalidade (controle ope judicis)".[1]

Na verdade, a *necessidade* acima indicada decorre da própria essência das ações coletivas, onde os verdadeiros titulares dos direitos transindividuais não participam do processo judicial, ficando à mercê de uma representação supostamente "adequada" e exercida pelos legitimados ativos previstos em lei.

No ponto, preciso o brado de Antônio Gidi: "apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo".[1]

Ora, na linha do que perfilha Marcelo Cunha Holanda, "ser contra o controle judicial de representação adequada significa ser a favor da possibilidade de uma representação inadequada dos direitos do grupo em juízo", fato que não se coaduna com os

fundamentos da tutela coletiva, sendo "injusto, incoerente e inaceitável frente à Lei Máxima do país".[1]

Nesse contexto, tendo em vista a importância das ações coletivas como instrumento de justiça constitucional, torna-se mais do que recomendável – leia-se, *necessário* – permitir o controle judicial da qualidade da representação exercida pelos entes legitimados, primando pela prestação de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada.

A exempli gratia, de nada adiantaria admitir uma ação coletiva interposta por uma associação em defesa dos interesses de uma coletividade consumidora, se ela não pudesse financeiramente produzir provas no processo, ou ainda, se não levasse em consideração os verdadeiros interesses do grupo que está a defender em juízo. Seria ilógico, antieconômico e contraproducente tal desiderato.

Neste particular, critérios como a competência, a honestidade, o histórico na proteção de interesses coletivos, a capacidade financeira, o grau de representatividade perante a classe defendida, dentre outros aspectos, devem ser levados em consideração pelo magistrado no momento da admissibilidade da peça vestibular, bem como ao longo de todo o processo coletivo, evitando incoerências e injustas violações aos direitos pertencentes às coletividades representadas.

Em relação aos argumentos contrários ao controle judicial citados anteriormente, cumpre tecer rápidas notas apenas acerca dos efeitos da coisa julgada em sede de ações coletivas, eis que as demais arguições pecam por absoluta insubsistência frente à ordem constitucional estabelecida pós-88, a qual desmistifica os dogmas positivistas cravados sob à égide da legalidade estrita, onde a mera indicação em lei dos legitimados ativos bastaria para a validade e eficácia da representação exercida em juízo.

Nessa linha, anota-se corriqueira a confusão criada pelos autores que advogam a tese da desnecessidade do controle judicial de representatividade face às regras do processo coletivo brasileiro, onde a *sentença coletiva jamais serviria a prejudicar os direitos individuais dos integrantes do grupo, somente beneficiá-los (coisa julgada "secundum eventum litis" e transporte "in utilibus");* ou ainda, que *a sentença de improcedência impediria a formação da coisa julgada material coletiva por falta de provas (coisa julgada "secundum eventum probationis").*

A respeito desse quadrante, reproduz-se a arguta observação timbrada por Antônio Gidi:

> O argumento mais comumente utilizado por aqueles que consideram que a adequação da representatividade não pode ser avaliada pelo juiz brasileiro é que a coisa julgada nas ações coletivas é dada apenas para beneficiar os membros do grupo e não para prejudicar. Acontece que esse argumento não é tecnicamente correto. A sentença de improcedência na ação coletiva, se dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e não impede a propositura da mesma ação coletiva. É verdade que os membros individuais do grupo não serão atingidos pela coisa julgada dada em uma ação coletiva julgada improcedente e estarão livres para propor ações individuais, para a proteção de seus direitos individuais (extensão secundum eventum litis e in utilibus da coisa julgada). Todavia, a mesma ação coletiva em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser reproposta.[1]

Conforme se depreende das lições suso indicadas, a improcedência de uma ação coletiva poderia muito bem prejudicar os interesses do grupo representado, bastando para isso que se lastreasse em material probatório robusto, impedindo, assim, uma futura repropositura da demanda coletiva, cujos efeitos se propagariam "*prot et contra*".[1]

Ademais, verifica-se que "o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva",[1] de maneira que o evento da lide estaria imbricado às pessoas atingidas pela coisa julgada, e não propriamente à sua formação.

Neste sentido, a sistemática adotada pela coisa julgada nas ações coletivas brasileiras além de não impedir o controle judicial da representatividade adequada denuncia sua ínsita necessidade, afinal, se os representantes escolhidos pelo legislador fossem de fato adequados, não haveria razão para a manutenção dos efeitos "*secundum eventum litis", "in utilibus"* ou *"secundum eventum probationis"*.

Esta recente preocupação com o controle concreto da adequada representatividade que ilumina, inclusive, a jurisprudência pátria,[1] demonstra o "receio de vincular os membros do grupo em sentenças desfavoráveis", bem como a "hesitação do legislador brasileiro com sua própria seleção de legitimados".[1]

4. Natureza jurídica da representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas brasileiras

A maioria dos autores, procurando vedar a cavidade deixada pela ausência de titularidade do direito material na legitimidade "*ad causam*" coletiva, opta por incluir a *representatividade adequada* como elemento da legitimidade processual, integrando-a a referida condição da ação.

Neste sentido, obtempera Pedro Lenza:

> [...] resta a superação da dúvida que possa surgir em relação à condição legitimante no caso dos interesses que não comportem atribuição subjetiva em termos de exclusividade, como os metaindividuais. A melhor solução será aquela que reconheça a transferência da condição legitimante do parâmetro da titularidade do direito para o binômio relevância social do interesse/ adequação do representante.[1]

Seguindo nessa mesma linha, afirmam Mirna Cianci e Rita Quartieri:

> [...] situa-se, pois, o requisito da pertinência temática, e a doutrina, em geral, alia o tema às condições da ação, mais frequentemente na seara da legitimidade, na proporção que considera entre a atuação do legitimado e a sua titularidade sobre o objeto da demanda.
> [...] Assim, sob qualquer enfoque que se empreste ao tema, a sua interpretação resulta em verificação que situa-se perfeitamente na seara das condições da ação [...][1]

Por fim, arremata Clarissa Diniz Guedes:

> [...] é a representatividade elemento indissociável da legitimação no plano coletivo, por constituir requisito constitucional à propositura de ação civil pública, de tal modo que sua ausência acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta desta condição da ação. Trata-se de elemento ínsito à legitimidade coletiva, sem o qual não é possível aferi-la.[1]

Concessa venia, discorda-se do referido posicionamento.

Isto porque se entende, na linha do que defende Hugo Nigro Mazzilli, que a representatividade adequada esboça um pressuposto processual específico da tutela coletiva e não uma condição da ação, conforme acima esposado.

A argumentação encontra supedâneo não só na clássica distinção entre condição da ação e pressuposto processual, como também nas especificidades normativas

que revestem a tutela coletiva brasileira, as quais impedem o tratamento da representatividade adequada como condicionante das ações coletivas.

Segundo Humberto Theodoro Jr., as condições da ação não se confundem com os pressupostos processuais:

> Os pressupostos, portanto, são dados reclamados para análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual. Já as condições da ação importam o cotejo do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. Os pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual, e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras do direito material.[1]

Na linha das lições ofertadas pelo professor de Minas Gerais, extrai-se que os pressupostos processuais referem-se às exigências legais indispensáveis para que o processo se desenvolva regularmente. Possuem, destarte, estreita correlação com o direito adjetivo em si considerado, já que consubstanciam requisitos que viabilizam o seu prosseguimento sem "defeitos ou irregularidades capazes de comprometer a análise da pretensão à tutela jurisdicional do direito".[1]

Conforme se sabe, a teoria dos pressupostos processuais é creditada a Oskar von Bülow,[1] autor alemão que visualizou o processo enquanto *relação jurídica* estruturada a partir do *direito subjetivo* do autor.

Contudo, apresentam-se mais evoluídas as teorias situacionistas, trabalhadas por autores como Bonnecase, Roubier, Goldschmidt e Fazzalari, que compreendem o direito processual em face de sua dinamicidade, estruturando-o a partir da posição de um sujeito em relação a um bem, a qual pode gerar ônus, expectativas ou possibilidades em face da norma jurídica abstratamente considerada.[1]

Analisando a evolução do instituto processual em destaque, disserta Marinoni:

> Como visto, a teoria de Bülow, ao sistematizar a relação jurídica processual, não escapou do conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística.
> [...] A teoria da relação jurídica processual encobre as intenções do Estado e ignora as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos. É por isso que um pressuposto processual, na dimensão de tal teoria, é neutro ou indiferente às partes e aos direitos fundamentais.

> [...] A leitura dos chamados "pressupostos processuais" à luz dos interesses das partes, assim como de seus direitos fundamentais processuais e do dever estatal de prestação da adequada tutela jurisdicional, impõe o afastamento da neutralidade ínsita à teoria da relação jurídica processual e transforma em dogma a ideia de que os pressupostos são requisitos para a constituição, para a validade ou para a simples apreciação do mérito. A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar os "pressupostos processuais" apenas como requisitos de um "processo justo" ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado constitucional.

À vista, portanto, de uma interpretação constitucional dos institutos processuais, os ditos "*pressupostos processuais*" outra coisa não representam senão elementos a serem levados em consideração pelo juiz ao longo de um processo, a fim de garantir uma efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Consubstanciam, outrossim, requisitos que devem ser observados pelo magistrado, quando se fizer necessário, no sentido de contribuir ao fiel desenvolvimento da ação e permitir com que o processo atinja o seu escopo magno, qual seja, servir de instrumento a uma tutela jurisdicional justa, adequada, célere e efetiva.

Nessa linha, a partir da Lei Fundamental de 1988, abandona-se a vetusta concepção de pressuposto processual enquanto requisito de *constituição* ou *validade* do processo (Bülow), para entendê-lo como elemento de *adequação* deste à formalidade necessária para a concessão da tutela jurisdicional. Esta é a interpretação que se deve atribuir aos pressupostos processuais à luz do processo civil constitucional.

De acordo com Marinoni:

> Reafirme-se que os ditos pressupostos não são requisitos para a constituição do processo. O processo e a relação jurídica existem ainda que na ausência dos pressupostos processuais.
>
> [...] Tais requisitos nem têm relação com a existência ou com a validade do processo, mas sim com a sua substância, ou melhor, com o mérito ou com o pedido de tutela jurisdicional do direito. Eles condicionam a concessão da tutela jurisdicional do direito; não o processo.[1]

Tal concepção revela a maior capacidade de correção dos pressupostos processuais, inclusive, no curso do processo, a exemplo do que dispõe o artigo 284, "caput", do CPC, em que o juiz verificando que a petição inicial encontra-se irregular ou

inapta (*pressuposto processual de validade,* segundo doutrina clássica), "determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias", sob pena de indeferimento da peça vestibular.

Do exposto, constata-se uma diferença fundamental entre os pressupostos processuais e as condições da ação (interesse processual e legitimidade[1]): ao contrário daqueles, as condicionantes não admitem correção de fundo, isso porque se apresentam umbilicalmente imbricadas à relação jurídica de direito material estabelecida na lide.

Logo, ou o sujeito ativo é legitimado e possui interesse processual ou não o é, casos em que não há espaço para correções ou aditamentos, devendo o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito.[1]

Percebe-se que a distinção é singela, mas importante, à medida que, ilustrativamente, ao juiz é franqueada a desconsideração do pressuposto processual de pré-constituição das associações para o ajuizamento de ação civil pública, desde que presente o *manifesto interesse social* ou a *relevância do bem jurídico a ser protegido* (artigo 5º, inciso V, alínea a e §4º, LACP). Todavia, é-lhe vedado admitir um não legitimado em juízo (como, por exemplo, o ajuizamento de uma ação civil pública por um cidadão em defesa do meio ambiente), já que impossível a criação de nova hipótese de legitimação em descompasso à situação jurídica regulada pela norma.

Forçoso concluir, portanto, que a representatividade adequada dos entes legitimados, aferida via controle *"ope judicis",*[1] consubstancia hipótese de pressuposto processual específico e não condição da ação coletiva, já que o sujeito processual pode ser legitimado coletivo (a exemplo do que ocorre com as associações) sem preencher o pressuposto processual da representatividade adequada, e nem por isso deve o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito.

Este também é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, para quem:

> Os requisitos de representatividade adequada e pertinência temática são pressupostos processuais, não condições da ação (estas são a legitimidade de partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica). Uma associação civil pode estar constituída há menos de um ano e ter interesse processual (o juiz pode dispensar o pressuposto processual da pré-constituição, mas não pode dispensar uma condição da ação), ou, ao contrário, pode ter finalidade institucional para defender o meio ambiente e pode estar constituída há vários anos, mas, em concreto, não ter interesse processual.[1]

Tal posicionamento se demonstra alinhado não só às regras presentes no microssistema de processo coletivo, como também aos princípios que estruturam este sistema, já que na tutela coletiva, vige o *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo* (ou da *primazia do conhecimento do mérito*), o qual, nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., possui duas funções diante do processo coletivo:

> A primeira função procura assegurar que questões meramente formais não embacem a finalidade do processo, permitindo ao órgão jurisdicional que seja mais flexível em relação ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade processual [...]
>
> Outra disposição referente a esse princípio pode ser encontrada na previsão da coisa julgada *secundum eventum probationis*, seguindo a premissa da legislação de que não haverá coisa julgada, poderá ser reproposta a demanda, quando o julgamento for de improcedência por insuficiência de provas (art. 103, incisos e parágrafos do CDC; art. 16 da LACP; art. 18 da LAP). O que o legislador quis foi garantir que o julgamento pela procedência ou improcedência fosse de mérito, não uma mera ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento (art. 333 do CPC).[1]

Gregório Assagra de Almeida concorda neste ponto, concluindo que: "o Poder Judiciário deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social".[1]

Como se não bastasse, enxergar a representatividade adequada enquanto pressuposto processual da tutela coletiva atende ainda aos princípios da *economia processual* e da *máxima efetividade*, porquanto o reconhecimento da inadequada representatividade do ente legitimado (a exemplo de uma associação que destoe dos reais interesses de uma coletividade consumidora; ou de uma autarquia que acione interesses alheios à sua finalidade institucional) deve levar o magistrado a convocar, sempre que possível, outro colegitimado a compor a relação jurídica processual inicial, evitando-se o desperdício do processo e da jurisdição acionada.

Estabelece-se clara *sucessão processual dos entes legitimados* ao invés da extinção do processo sem julgamento do mérito, aplicando-se analogicamente os artigos 5º, §3º da LACP, que dispõe que "em caso de desistência infundada ou abandono da ação por

associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa".

Tal medida, *"a priori",* não poderia ser a solução em caso de ilegitimidade ou falta de interesse processual (como no caso do cidadão que ajuíza ação civil pública; ou de um município paulista que ajuíze ação na defesa do meio ambiente amazônico ou do patrimônio histórico baiano), porquanto matérias aferidas em face da situação jurídica de direito material concretamente deduzida na lide.

Salienta-se, ainda, que a análise da adequada representatividade deve perdurar ao longo de todo o processo, sendo premente que o juiz procure corrigir eventual inadequação surgida sempre que as circunstâncias fáticas e jurídicas o permitirem atuar desta forma.

Por outro lado, segundo doutrina majoritária[1] não dissidente da jurisprudência, a ilegitimidade "*ad causam*" deve ser analisada em momento processual oportuno do curso processual, restringindo-se ao exame inicial que o magistrado exerce à luz das afirmações feitas pelo autor na petição inicial ("*in statu assertionis"*).

À frente desta distinção metodológica, tem-se que a representatividade adequada não pode integrar a legitimidade processual, esta composta pela *situação legitimante* aferida em face da *transindividualidade do direito* levado a juízo,[1] sendo que o contrário levaria à extinção infundada de inúmeras demandas coletivas, sem análise de mérito, fato que não se coaduna com os princípios e regras estabelecidos pelo microssistema de processo coletivo brasileiro.

5. Conclusão

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a representatividade adequada, instituto típico do sistema da "*common law*" estadunidense, ganha contornos próprios quando integrada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em terras nacionais, o instituto consubstancia um legítimo filtro processual ao exercício das ações coletivas, amenizando as intempéries decorrentes da incoincidência de titularidades instaurada entre os verdadeiros detentores do direito material e aqueles que os representa em juízo.

Nesta toada, a análise "*in concrecto*" da representatividade adequada não constitui mera *faculdade* da tutela coletiva, mas sim um genuíno *dever* da Jurisdição, posto que a simples disposição em lei dos legitimados ativos não assegura, *per si*, uma efetiva e adequada representatividade dos direitos transindividuais.

Da análise da natureza jurídica da representatividade adequada – *pressuposto processual específico das ações coletivas* – extrai-se um raciocínio bastante óbvio: *legitimidade* e *representatividade* são coisas distintas, ainda que tênue seja esta diferença.

Pode-se ter *legitimidade coletiva* (situação legitimante frente à dimensão coletiva de um direito) e não se exercer uma *adequada representatividade*, como o que ocorre, por exemplo, com uma associação que, embora preencha os requisitos expressos em lei, defenda interesses escusos e destoantes da coletividade representada.

Da mesma forma, é possível pretender exercer uma *representação adequada* e não possuir *legitimidade coletiva*, como, por exemplo, o que ocorre com um cidadão arduamente engajado na defesa do meio ambiente, com recursos suficientes, que pretenda ajuizar ação coletiva em defesa de uma reserva ambiental estadual.

Nossa atual sistemática processual impede dogmática (interpretação constitucional da representatividade adequada) e empiricamente (obtenção de resultados úteis) o reconhecimento da representatividade adequada enquanto condicionante das ações coletivas, evitando, assim, drásticas consequências à tutela coletiva de direitos.

Tal perspectiva se amolda perfeitamente à *raison d'être* do processo coletivo em um Estado Democrático de Direito, inclinando-o à acepção de instrumento jurídico apto a promover a justiça constitucional através da efetivação dos direitos fundamentais coletivos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Código do consumidor comentado**. São Paulo: RT, 1991.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Legitimidade Processual Coletiva.** São Paulo: Ed. UNESP, 2012. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu – Direito) – Faculdade de Ciências

Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta.** Revista de Processo [Repro], n. 82. São Paulo: RT, 1996 [abr/jun].

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo [coord.]. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 2ª série. Salvador: *Jus*Podivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – Processo Coletivo**. 4ª e. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antônio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta.** Revista de Processo [Repro], n. 108. São Paulo: RT, 2002.

_____ **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo *et al*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª e. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____ **Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, nº 57, jan/mar, 1990.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos [coord.]. **Tutela Coletiva: 20 anos da lei de ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas.** 2ª e. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª e. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2003.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **A tutela dos interesses coletivos (difusos) no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, v. 318.

_____ **Curso de direito processual civil**. v. 1. 47ª e. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

COGNIÇÃO SUMÁRIA E COISA JULGADA

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.

Sumário: 1. Fundamentos e objetivos da sumarização. 2. Sumarização e garantias fundamentais do processo. 3. Possíveis requisitos mínimos da sumarização. 4. A sumarização deve ter como fundamento a lei. 5. Correlação entre cognição exauriente e coisa julgada. 6. Espécies de cognição. 7. Breve retrospectiva. 8. Características da cognição exauriente. 9. A importância da manifestação de vontade das partes. 10. Técnicas de sumarização. 10.1. Postergação ou inversão do contraditório. 10.2. Sentença contumacial. 10.3. Condenação com reserva. 10.4. Homologação de atos de disposição. 10.5. Sentença liminar de improcedência. 10.6. Juizados Especiais. 10.7. Procedimentos documentais. 10.8. Tutela antecipada e tutela da evidência. 11. Conclusão.

1. Fundamentos e objetivos da sumarização.

Por tutela sumária se entende um conjunto de procedimentos caracterizados pela simplificação e redução das suas fases, dos requisitos, da forma e dos prazos dos atos processuais, instituídos com a finalidade de facilitar o acesso à Justiça e acelerar a obtenção do seu resultado. Há procedimentos sumários nas mais diversas modalidades de tutela jurisdicional, como a jurisdição de conhecimento, a jurisdição cautelar, a jurisdição voluntária e, em alguns países, na própria jurisdição de execução.

Em princípio excluída a formação da coisa julgada na jurisdição cautelar, na jurisdição voluntária e na execução, vou concentrar o presente estudo nos procedimentos sumários da jurisdição de conhecimento, tradicionalmente caracterizada pela imutabilidade dos efeitos da sentença neles proferida, como consequência da preclusão ou do esgotamento de todos os recursos.

Antonio Carratta leciona que a sumarização dos diversos procedimentos tem tido duas justificativas: evitar que a demora favoreça a imposição de prejuízos ao direito de quem tem razão; e evitar que o ônus de prover ao normal desenvolvimento do processo

recaia sobre a parte que resultará ter razão[1]. Proto Pisani acentuou que a finalidade desses procedimentos foi a de evitar para as partes e para a própria Justiça o custo da cognição plena e exauriente quando esta não se justifica em uma contestação efetiva, assim como a de evitar o abuso do direito de defesa por parte do réu que não tenha razão. Além disso, ressalta o mestre fiorentino, muitas situações de vantagem sofreriam um prejuízo irreparável se permanecessem em estado de não satisfação por todo o tempo necessário ao desenvolvimento e à conclusão de um processo de cognição plena e exauriente[2].

Ainda que se abstraia desses motivos, constata-se sem maior esforço em todos os sistemas processuais uma tendência crescente à instituição de procedimentos sumários para escapar do elevado custo e da morosidade dos procedimentos tradicionais[3], cuja ineficiência é frequentemente apontada como uma das principais causas da crise que atravessa a justiça civil, com grande prejuízo para a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos.

Em todos os períodos da História existiram tais procedimentos, criados com esses mesmos objetivos ou ainda para atender à especial relevância de certos direitos subjetivos, como o direito a alimentos ou a proteção possessória, e as limitações defensivas e cognitivas que deles resultam durante séculos foram aceitas com fundamento na relevância dos seus fins e na credibilidade dos juízes, sempre capazes de proferirem decisões justas, ainda que pouco ou mal instruídas, graças à inspiração divina ou à crença na sua conspícua sabedoria.

2. Sumarização e garantias fundamentais do processo.

O Estado de Direito contemporâneo, fundado sobre a supremacia dos direitos humanos e das garantias da sua eficácia concreta, entre as quais se destacam o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, tem necessidade de submeter esses procedimentos à crítica da sua adequação, sob a perspectiva do processo equitativo ou justo, pois essas garantias são também direitos fundamentais e esse Estado não estará cumprindo a sua promessa de tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos se elas não forem

[1] Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p.16.

[2] Andrea Proto Pisani, "Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)", in: *I Processi Speciali – studi offerti a Virgilio Andrioli daí suoi allievi*, Jovene Ed., Napoli, 1979, p. 314.

[3] Edoardo F. Ricci, "Verso un nuovo processo civile", in: *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 211-226.

respeitadas ou se as decisões judiciais resultarem de procedimentos em que o juiz sofre profundas limitações na apuração da verdade e na apreciação do direito das partes.

Kazuo Watanabe chega a reconhecer que nos procedimentos sumários, sejam ou não cautelares, o legislador prefere a celeridade à perfeição[4].

Se a efetividade e a celeridade justificam a sumarização do procedimento, esta encontra grave obstáculo nas já apontadas garantias fundamentais do processo. Também os procedimentos sumários devem respeitar essas garantias, o que passa a ser uma permanente preocupação de todos os que vêm nesses procedimentos uma das vias para a solução da já mencionada crise que atravessa o Poder Judiciário.

Carratta observa que um processo injusto, quanto ao respeito de garantias, não corresponde ao modelo constitucional, independentemente da sua duração. E ressalta que a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que a celeridade não é um valor absoluto, a ser alcançado a qualquer custo, mas deve respeitar o contraditório, o direito de defesa e a correta administração da justiça[5].

3. Possíveis requisitos mínimos da sumarização.

É forçoso reconhecer que a busca da celeridade, que tem sido uma das principais metas da administração da justiça contemporânea, gera pressões sobre o contraditório[6].

Giuseppe Tarzia, comentando o novo art. 111 da Constituição italiana, advertiu que a efetividade pode resultar comprometida tanto pela excessiva duração dos processos, quanto pela sua excessiva brevidade[7]. E Nicolò Trocker recorda que a verdadeira eficiência processual é apenas aquela que se consegue com o adequado desenvolvimento das garantias processuais[8]. A própria Corte Europeia, no caso *Delcourt* (1970), decidiu que a proeminência que a correta administração da justiça apresenta em uma sociedade

[4] Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 148.

[5] Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, pp. 20-21.

[6] Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo*, tese de doutoramento defendida em 5 de março de 2012 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 63.

[7] Giuseppe Tarzia, "L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", in: *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 20-22.

[8] Nicolò Trocker, "Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali", in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 407.

democrática não permite interpretações limitadoras do alcance das garantias consagradas no art. 6° da Convenção Europeia de Direitos Humanos[9].

Leonardo Faria Schenk, em tese de doutoramento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, refere-se à necessidade de observância nos procedimentos de cognição sumária, a par de outros pressupostos, do que denomina de núcleo essencial do contraditório, a partir da audiência bilateral[10].

Comoglio chega a apontar alguns componentes mínimos do processo justo, tais como: o contraditório entre as partes, basicamente igualitário, em homenagem à paridade de armas; o direito à prova e à contraprova, no balanceamento dialético das fontes de prova; e a duração razoável do processo[11].

Andrea Graziosi procura apontar um rol de garantias mínimas de qualquer procedimento de cognição sumária, ao menos em uma de suas fases, especialmente: o conteúdo mínimo de fixação do objeto da demanda no ato introdutivo, prazo suficiente de defesa, critérios rígidos de competência, acesso paritário às provas e a quaisquer outras faculdades defensivas, forma e requisitos de validade do provimento decisório do juiz, meios e prazos de exercício de eventual direito de impugnação[12].

4. A sumarização deve ter como fundamento a lei.

Alguns sistemas processuais modernos têm deixado a critério do juiz a sumarização do procedimento, seja pela via da escolha do procedimento aplicável, como é o caso da Inglaterra, seja pela da chamada flexibilização, que é a concessão ao juiz do poder de

[9] "En una sociedad democrática, en el sentido que a dicha expresión le otorga el Convenio, el derecho a una administración correcta de la justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del art. 6.1, no correspondería al sentido y al objeto de dicha Disposición." Caso *Delcourt* contra a Bélgica, de 17 jan. 1970. Disponível em: http://www.echr.coe.int. Acesso em: 10 ago. 2012.

[10] Na tese, o Autor indica quatro pressupostos para a sumarização da cognição: (i) núcleo essencial do contraditório, relacionado à audiência bilateral; (ii) a predeterminação legislativa, em atenção ao devido processo legal; (iii) a oportunidade de acesso futuro à cognição plena, uma vez que a tutela que resulta de uma cognição sumária não pode ser exaustiva em si; e (iv) o equilíbrio na estabilização, ligado, justamente, à ausência de coisa julgada quando a decisão não derivar de um procedimento capaz de assegurar a cognição plena (Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, pp. 170, 189, 193 e 230).

[11] Luigi Paolo Comoglio, "Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica", in: *Rivista di Diritto Processuale,* CEDAM, Padova, 2002, p. 729-730. No mesmo sentido, cf.: Luigi Paolo Comoglio; Corrado Ferri; Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*. 4. ed, Il Mulino, Bologna, 2006, v. 1, p. 101.

[12] Andrea Graziosi, "La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali", in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, mar. 2009, pp. 168-169.

eventualmente variar a sequência e os prazos dos atos processuais estabelecidos pelo legislador.

Se uma moderada flexibilidade é inevitável, para adequar a marcha do processo às exigências de uma cognição adequada e da plenitude de defesa, a predeterminação do procedimento na lei é uma garantia fundamental, imposta pela segurança jurídica e pela previsibilidade de que devem desfrutar as partes para poderem ditar as suas estratégias. Conforme observa José Aurélio de Araujo, em dissertação de mestrado por mim orientada, a doutrina italiana, com certa frequência, tem condenado os procedimentos sumário e cameral, justamente porque permitem ao juiz fixar as regras do procedimento, tornando-o imprevisível[13].

Ademais, é a lei que deve estabelecer a extensão das faculdades concedidas às partes e dos poderes conferidos ao juiz, de cuja disciplina seja possível extrair se o procedimento permite uma cognição plena e exauriente ou apenas sumária, porque, conforme bem observa Carratta, a simplificação procedimental somente compromete a profundidade da cognição quando não assegura às partes o exercício dos poderes processuais para influir eficazmente na decisão, inclusive quanto aos fatos relevantes[14]. Pode haver procedimento sumário de cognição exauriente, como normalmente ocorre no que recebe esse nome no nosso Código de Processo Civil (arts. 275 e ss.), que mereceria a denominação que Fairén Guillén deu a institutos semelhantes, de *juicios plenarios rápidos*[15].

A sumariedade da cognição deve decorrer da lei, pois isso resulta necessariamente dos valores de justiça procedimental e de equidade, ínsitos à garantia constitucional do devido processo legal (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV)[16]. Ademais, a cognição sumária, além de prevista em lei, somente se justifica para atender a valores constitucionais, como a efetividade e a celeridade, não podendo ser transformada num

[13] José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo*, dissertação de mestrado defendida em 20 de julho de 2009, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 63.

[14] Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, p. 27.

[15] Victor Fairén Guillén, *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, J. San José S.A., Madrid, 2006. p.29.

[16] Luigi Paolo Comoglio, *Etica e tecnica del 'giusto processo',* ed. G. Giappichelli, Torino, 2004, p.244; Nicolò Trocker, *La formazione del Diritto Processuale Europeo*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 228.

meio atípico e generalizado de tutela jurisdicional, que impeça o acesso à cognição plena e à obtenção de um provimento apto à formação da coisa julgada[17].

A lei considera o procedimento ordinário como apto *in abstracto* à cognição exaustiva de qualquer tipo de causa, independentemente da sua complexidade[18]. No procedimento sumário e nos juizados especiais, o legislador brasileiro expressamente reconhece a sua impropriedade para causas que exijam atividade cognitiva complexa (CPC, art. 277, parágrafo 5º; Lei 9.099/2005, art. 51, inciso II).

5. Correlação entre cognição exauriente e coisa julgada.

A defesa do princípio da legalidade na sumarização dos procedimentos cognitivos não pode ser entendida, entretanto, como a aceitação de que o legislador possa definir que o provimento final deva estar apto à coisa julgada, independentemente da extensão cognitiva por ele mesmo propiciada, porque o litigante tem direito a que a sua causa seja apreciada com toda a amplitude cognitiva e absoluto respeito a todas as garantias constitucionais do processo. Não se pode mais aceitar a lição de Chiovenda[19] de que a coisa julgada não é absoluta e necessária, decorrendo de razões de conveniência e oportunidade, porque há uma correlação natural entre a cognição exauriente e a coisa julgada[20].

A garantia da tutela jurisdicional efetiva, inscrita na Constituição (art. 5º, inciso XXXV), impõe que as partes tenham no processo a mais ampla possibilidade de demonstrar a existência do seu direito. A certeza do direito material, que a coisa julgada induz, para que não possam mais as partes discuti-la, pressupõe que a estas não tenham sido impostas restrições à alegação de certas matérias, à produção de certas provas ou ao tempo mínimo necessário para que essas atividades sejam desenvolvidas com proveito, para que a cognição do juiz efetivamente se exerça em profundidade sobre todo o material

[17] Andrea Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile...*, pp. 159 e 167-168.

[18] José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 67.

[19] Giuseppe Chiovenda, "Sulla cosa giudicata", in: *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937), ed.* Giuffrè, Milano, 1993. v. 2, p. 399-400.

[20] Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, pp. 22-23; José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 67.

disponível e acessível[21]. Por isso, Barbosa Moreira advertiu que preservar as garantias e simplificar o procedimento corresponde a acender uma vela a Deus e outra a Satanás[22].

Nicolò Trocker observou que a sumarização exige que se assegure ao prejudicado a faculdade de se defender amplamente em uma fase ou processo posterior, com a possibilidade de suspensão ou revogação do provimento sumário anterior, mesmo que já submetido à execução. Se o provimento não tiver sido antecedido dessa amplitude cognitiva, deve ter o prejudicado uma nova oportunidade de acesso à cognição plena, no mesmo ou em outro processo[23].

A expansão dos procedimentos de cognição sumária e as exigências impostas pelo respeito às garantias fundamentais do processo autorizam a dizer que a coisa julgada não é mais uma característica necessária da jurisdição de conhecimento, porque a facilitação do acesso à justiça exige a simplificação de muitos procedimentos cognitivos, cujo resultado, ainda que não tão definitivos quanto os dos que decorreram de cognição exaustiva, satisfazem ao interesse prático das partes ou, muitas vezes, mesmo não o fazendo, tornam muito improvável que em cognição mais ampla o vencido venha a obter resultado melhor.

Em certos provimentos resultantes de insuficiente cognição em primeira instância, como as sentenças liminares de improcedência, vozes têm sido ouvidas no sentido de que essa insuficiência seria suprida pela cognição na instância recursal da apelação, caso interposta. Nesse ponto concordo integralmente com a opinião de Leonardo Faria Schenk de que o reexame em segundo grau não supre a falta de contraditório em primeiro grau[24]. Não sou daqueles que defendem que o contraditório em grau de apelação deva ser mitigado. Ao contrário, lamento que o direito brasileiro tenha enveredado por esse caminho antigarantístico, ao restringir a instância recursal praticamente ao simples reexame do material fático e jurídico produzido no grau inferior, sem audiência, sem nova instrução, salvo nos restritos limites do art. 517 do CPC. Isso viola o duplo grau de jurisdição que, a meu ver, tem como conteúdo essencial o direito a dois julgamentos por juízos diversos, com a mesma amplitude de possibilidades de produzir alegações e provas. Entretanto, ainda que a cognição em apelação fosse ampla, o que não ocorre no sistema

[21] Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, pp. 164, 210, 243 e 249.

[22] José Carlos Barbosa Moreira, "Miradas sobre o processo civil contemporâneo", in: *Temas de direito processual*, sexta série, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 49-50.

[23] Nicolò Trocker, "Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali", in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ed. Giuffrè, Milano, 2001, p. 394-395.

[24] Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, p. 299.

brasileiro, o duplo grau, na minha opinião, deve consistir no direito a duas instâncias com a mesma profundidade de cognição, justamente para que a segunda possa proferir uma decisão potencialmente melhor do que a primeira, e, assim, as deficiências garantísticas da primeira instância não se suprem pelo contraditório, ainda que amplo, em segunda instância.

6. Espécies de cognição.

Uma breve digressão sobre as espécies de cognição pode ajudar-nos a equacionar os problemas que a correlação entre a coisa julgada e a cognição sumária apresenta nos diversos institutos que examinaremos adiante, como a sentença contumacial, a sentença liminar de improcedência, o mandado monitório, a sentença homologatória da transação, da renúncia ou do reconhecimento, os interditos possessórios e as sentenças nos juizados especiais.

Kazuo Watanabe, no seu clássico estudo[25], classifica a cognição, no plano horizontal, quanto ao objeto cognoscível, em plena ou limitada (parcial); e, no plano vertical, quanto à profundidade, se a perquirição do juiz sofre ou não limitações, em sumária (incompleta) ou exauriente (completa).

Admite, ainda, em certos procedimentos, uma cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, como na disputa da qualidade de herdeiro no inventário (CPC, art. 1000), no mandado de segurança, e no levantamento do preço na desapropriação (Decreto-lei 3.365/1941, art. 34 e parágrafo único).

Prevê, ainda, uma cognição eventualmente plena ou limitada, mas sempre exauriente, na ação de prestação de contas e na ação monitória. Na prestação de contas, se o réu contesta, é plena e exauriente; se não contesta, é limitada e exauriente. Na monitória, se o réu embarga, é plena e exauriente, se não embarga é limitada e exauriente.

Pelos exemplos, pode observar-se que o autor admite que, em certos procedimentos de cognição sumária ou incompleta, possa *in concreto* ocorrer uma cognição exauriente ou completa, apta, portanto, à geração da coisa julgada.

Por outro lado, admite que a reação do réu, em certos procedimentos, possa determinar a variação do objeto cognoscível, no plano horizontal, sem afetar, entretanto, a

[25] Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil...*, pp. 118 e ss.

profundidade da cognição que, com ou sem essa reação, será sempre completa ou exauriente. O Autor se filia, assim, à doutrina majoritária, apontada por Carratta[26], segundo a qual, se o procedimento previu a possibilidade de cognição exauriente, mas a perquirição pelo juiz ficou limitada como resultado da inércia do réu, que antes do provimento final ou, logo após a sua emissão, teve a oportunidade de contestar, impugnar ou embargar a sua concessão, a cognição continua exauriente, apta à geração da imutabilidade da coisa julgada. Não haveria coisa julgada apenas na hipótese de ausência de previsão de meio adequado de resistência por parte do réu. A essa corrente se opôs Proto Pisani[27], que exige para a formação da coisa julgada, não simplesmente a possibilidade, mas a efetiva ocorrência da cognição exauriente, resultante do exercício do direito de defesa por parte do réu. A posição deste último autor merece a meu ver ser detidamente considerada, porque, na verdade, introduz como pressuposto da coisa julgada, além de um procedimento legal abstratamente apto a produzir cognição exauriente, que esta tenha efetivamente ocorrido, como resultado do contraditório concreto.

7. Breve retrospectiva.

Fundado em observações de Vittorio Scialoja, Moreira Alves, José Rogério Tucci e Luiz Carlos Azevedo, José Aurélio de Araújo anota que no direito romano os *interdicta*, como procedimentos de cognição sumária, tinham nítida natureza cautelar e provisória[28].

Victor Fairén Guillén também informa que, desde o período formular, ações de alimentos e de cobrança de honorários de médicos e advogados adotavam procedimento sumário de *extraordinaria cognitio* ou *prima facie*, ressaltando que, segundo Ulpiano, não geravam coisa julgada[29].

O processo sumário, instituído no início do século XIV pelo Papa Clemente V, e o *processus summarius executivus*, do direito medieval, deram origem ao moderno processo monitório documental, controvertendo a doutrina se a ausência de contestação gerava ou

[26] Antonio Carratta, *La tutela sommaria in Europa...*, pp. 22-23.

[27] Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria...*, p. 314.

[28] José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 18.

[29] Victor Fairén Guillén, *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*…, p. 40.

não coisa julgada[30]. Nessa mesma época, os procedimentos sumários do direito francês, germânico e longobardo, caracterizados pela grande autonomia do juiz, também agasalhavam, em caráter assistencial, pretensões de pessoas particularmente frágeis, como estrangeiros, pobres, viúvas, órfãos e tutelados[31].

O procedimentalismo do século XIX, preocupado com a busca da certeza e com o sepultamento definitivo dos litígios, incentivou a ordinarização dos procedimentos, afeita à mentalidade burocrática da magistratura, cuja crítica definitiva empreendeu Ovídio Baptista da Silva[32]. Ainda assim, a técnica sumarizante da inversão do ônus do contraditório sobreviveu na Alemanha no procedimento contumacial e no processo documental e em alguns institutos do direito italiano, como o procedimento *per convalida di sfratto*[33].

O Código austríaco de 1895, inspirado, segundo Alois Troller[34], na ideia do processo como *instituição de tutela social*, fortaleceu os poderes do juiz e tornou ordinário o anterior procedimento sumário, mais preocupado com a celeridade da resposta judicial e a facilidade do seu acesso do que com a profundidade da cognição.

Livia di Cola informa que na Alemanha a coisa julgada está vinculada ao respeito a vários princípios, especialmente à amplitude da cognição probatória (*die volle Überzeugung*) e do contraditório[35]. No processo documental (*Urkundenprozess*), as provas estão limitadas aos documentos e depoimentos pessoais das partes, mas se estes não forem definitivamente convincentes o juiz profere uma condenação com reserva (*Ausübung seiner Recht vorzubehalten*), ressalvando ao prejudicado, se desejar, a rediscussão da matéria em procedimento de cognição exaustiva[36]. A condenação do réu em caso de revelia fica sujeita a ser reexaminada em nova ação (*Einspruch*), a ser proposta em prazo relativamente curto, com a inversão do ônus da prova, isto é, cabendo ao revel provar que

[30] Cf.: Jordi Nieva Fenoll, *La cosa juzgada*, Atelier Libros Juridicos, Barcelona, 2006, p. 155; e Victor Fairén Guillén, *Lo "sumario" y lo "plenario"...*, p. 794.

[31] Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2009, pp. 50 e 51.

[32] Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pp. 105-106.

[33] Peter L. Murray; Rolf H. Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academia Press, Durham, 2004, p. 425-427.

[34] Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 63.

[35] Livia di Cola, "L'efficacia dei provvedimenti sommari nell'ordinamento tedesco", in: Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p. 86.

[36] Peter L. Murray; Rolf H. Stürner, *German Civil Justice...*, pp. 425-427.

os fatos constitutivos do direito do vencedor não ocorreram. No *Mahnverfahren*, que é o procedimento monitório puro, a contumácia do réu dá ao decreto injuntivo a mesma eficácia da revelia[37].

Na França, o *référé*, em suas diversas modalidades, é sempre um procedimento de cognição sumária, sem aptidão de gerar coisa julgada[38].

Na Espanha, a ausência de oposição do réu no procedimento monitório gera uma aceitável equivalência com a cognição plena, desde que a causa verse sobre direitos disponíveis, pela presunção de livre renúncia por parte de quem teria interesse na impugnação[39].

Essas breves referências históricas e de direito estrangeiro são suficientes para evidenciar a falta de homogeneidade e a diversidade de soluções adotadas na estabilização das decisões resultantes de procedimentos de cognição sumária, ora priorizando a efetiva exaustão cognitiva, ora equiparando a esta a inércia do réu no exercício do ônus de se defender, ora excluindo qualquer estabilização como consequência da mera sumariedade procedimental.

8. Características da cognição exauriente.

Andrea Graziosi leciona que o que caracteriza a cognição plena ou exauriente é a detalhada predeterminação legal de todas as passagens salientes do processo e da máxima parte das atividades aí desenvolvidas pelas partes e pelo juiz. Não basta que o juiz tenha dado garantia de profundidade na condução do caso tratado. É necessário que isso tenha resultado de um modelo procedimental rigidamente pré-estabelecido por normas gerais e abstratas e considerado *ex ante* idôneo pelo legislador para assegurar às partes, em igualdade de condições, perante um juiz imparcial, o pleno exercício de todas as faculdades defensivas (sob o prisma do contraditório, da prova, da validade dos atos processuais e dos meios de impugnação)[40].

[37] Livia di Cola, *L'efficacia dei provvedimenti sommari*..., p. 93.

[38] Giovanni Bonato, "I *référés* nell'ordinamento francese", in: Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p. 59.

[39] Fabio Cossignani, "Il *proceso monitorio* spagnolo: un processo sommario-plenario", in: Antonio Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Jovene Ed., Napoli, 2012, p.199.

[40] Andrea Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile*..., p. 142.

Seguindo os ensinamentos de Andrea Proto Pisani, em diversos escritos[41], e fiel ao meu compromisso com a mais ampla efetividade das garantias fundamentais do processo, aponto as seguintes características essenciais da cognição plena ou exauriente: 1) a predeterminação legal das formas dos atos processuais e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz; 2) a definição de uma sequência de atos que permita às partes propor fundamentadamente as suas demandas, exceções e argumentos, assim como demonstrar a sua procedência e a dos fatos que constituem o seu fundamento, em igualdade de condições; 3) a possibilidade de utilização de todos os meios de prova aptos a apurar a verdade dos fatos, tal como em qualquer outra área do conhecimento humano; 4) a predeterminação de um procedimento probatório apto a tornar efetiva essa possibilidade; 5) a predeterminação de prazos razoáveis de defesa das partes na fase introdutiva, no curso do processo e na fase decisória, assim como para a cognição adequada do juiz; 6) a realização plena do contraditório em forma antecipada, para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois de que tenha sido garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias, demandas reconvencionais); 7) a efetiva possibilidade de pronunciamento conclusivo do juiz a respeito da verdade fática e do direito material das partes; 8) a possibilidade de completo reexame da cognição do juízo de primeiro grau por um tribunal de grau superior; e 9) o acesso a tribunais de âmbito nacional para corrigir decisões contrárias à lei ou à Constituição[42].

Porque é impossível assegurar que, apesar do procedimento amplo, todas as potencialidades defensivas tenham se esgotado, é que o legislador prevê em inúmeros casos a possibilidade de revisão da decisão, mesmo após a formação da coisa julgada, como se verifica na improcedência da ação civil pública fundada em interesses difusos por insuficiência de provas, na improcedência da ação civil pública por interesses individuais homogêneos, na rescisória por prova nova, por prova falsa ou por erro de fato e na rescisória ou querela de nulidade por falta ou nulidade de citação se o processo correu à

[41] Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria...*, pp. 312-313; Id. *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Jovene, Napoli, 2006, p. 546; e Id. "Verso la residualità del processo a cognizione piena?", in: *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, G. Giappichelli ed., Torino, 2008, pp. 699-707.

[42] As limitações cognitivas atualmente impostas no Brasil em grau de apelação e nos recursos especial e extraordinário enfraquecem acentuadamente a cognição exauriente. V. Leonardo Greco, *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, nº 5, janeiro a junho de 2010, ed. Programa de Pós-Graduação em Direito - linha de pesquisa de Direito Processual, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, endereço eletrônico www.redp.com.br, p.5-62.

revelia do réu. Em todos esses casos, a estabilidade pode vir a ser destruída em procedimento subsequente. E mesmo quando falta a previsão expressa do legislador, a doutrina e a jurisprudência se esforçam no alargamento do campo de aplicação da ação rescisória e na busca interminável de outros meios, por alguns chamados de *transrescisórios*, de livrar-se de decisões ilegais ou injustas.

9. A importância da manifestação de vontade das partes.

Uma divergência que sempre grassou na doutrina é a relacionada à importância que possa ter para a geração da coisa julgada nos procedimentos de cognição sumária a autonomia da vontade de uma ou de ambas as partes. Já houve tempo em que a confissão perante o juiz ou o notário tinha a mesma eficácia jurídica da sentença transitada em julgado (*confessus pro judicato habetur*). Penso que aqui reside o aspecto mais delicado da cognição sumária. Em que medida pela renúncia, pelo reconhecimento, pela transação, pela revelia ou até mesmo pela aceitação expressa ou tácita das limitações cognitivas, pode estar a parte suprindo essas limitações e propiciando a formação da coisa julgada, ou em que medida, mesmo em uma dessas situações, deve a parte (uma delas ou ambas) reter a possibilidade de impugná-la no mesmo ou em outro processo?

As respostas a essas perguntas vão influenciar de modo diverso as várias modalidades de procedimentos de cognição sumária, mas, antes de examiná-las, impõem-se algumas considerações gerais.

Começo por uma constatação, que me parece óbvia e indiscutível, de que a profundidade da cognição do juiz depende fundamentalmente da atuação das partes. O juiz responde ao que lhe é proposto pelas partes. Por mais intensos que sejam os seus poderes de iniciativa, que sabemos que variam muito de um país para outro, a realidade é que a maior parte do material cognitivo é trazido pelas partes, pois são elas as protagonistas do litígio real. Se esta ou aquela questão, se esta ou aquela circunstância fática não for suscitada pelas partes, dificilmente o juiz poderá examiná-la, mesmo em sistemas que lhe reservam grandes poderes de iniciativa, tanto nas questões de fato como nas de direito[43]. Aliás, na maioria dos sistemas, ressalvadas as questões de ordem pública, o juiz está até mesmo impedido de examinar o que não for suscitado por um dos litigantes. Mas o direito

[43] Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 20.

processual tradicional, quanto à formação da coisa julgada, tende a adotar uma postura de indiferença em relação ao comportamento das partes. Se a lei lhes oferece as oportunidades suficientes para se defenderem, é juridicamente irrelevante se elas fizeram ou não uso dessas faculdades. Em qualquer caso, o resultado será o mesmo: uma sentença imutável pelo advento da coisa julgada.

Há algum tempo o nosso legislador tem reconhecido que o comportamento das partes pode afetar a imutabilidade da coisa julgada, como no processo que transcorreu à revelia do réu (CPC, art. 475-L, inciso I), se houve vício de citação, ou se houve erro de julgamento em razão da não apreciação de fato relevante que a parte não alegou (CPC, art. 485, inciso IX). Mas outras hipóteses, igualmente possíveis, estão muito longe de terem recebido da doutrina e da jurisprudência a merecida atenção, o que espero venha a ocorrer em futuro próximo, porque tem sido geralmente adotado no processo o entendimento de que a autonomia da nossa área de conhecimento pode levar à perda de direitos subjetivos materiais muito além dos limites em que essa perda é admitida pelo próprio direito material. Se o titular de um direito subjetivo tiver de exigir de outrem o respeito ao seu direito, terá um longo prazo prescricional para fazê-lo. Entretanto, esse mesmo direito pode ser posto a perder no processo em apenas quinze dias, se o seu titular não tiver o cuidado de exercitar, a seu respeito, o seu direito de defesa no prazo previsto na lei processual. Parte da doutrina, não necessariamente a mais expressiva, já havia percebido, entretanto, que a pretensão à tutela jurídica não é um mero conceito processual, mas uma projeção do próprio direito material[44].

Por outro lado, por vezes o direito processual extrai das ações ou omissões das partes ilações que excedem de muito à sua real intenção. Assim, o art. 302 do nosso CPC presume verdadeiros os fatos não impugnados pelo réu, quando normalmente constitui um exagero admitir que o réu, que se defendeu, tenha efetivamente querido, por eventual silêncio sobre um fato determinado, pôr a perder o direito pelo qual luta. A própria força probante da confissão muitas vezes excede exageradamente a real intenção da parte[45], especialmente quando se trata de confissão extrajudicial. Antonio Carratta adverte, quanto aos fatos não contestados, que a antecipação da tutela concedida nesses casos não deve

[44] Cf.: Alois Troller, *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 31, nota 25, e p. 37.

[45] Alois Troller adverte para os riscos do depoimento pessoal das partes e informa que diversos cantões suíços o adotaram como meio de prova subsidiário. In: *Dos fundamentos do formalismo processual civil...*, p. 79.

precluir a continuação do juízo, mesmo a respeito da parte do pedido sobre o qual incidiu a decisão interlocutória, desde logo executiva. "Pode acontecer, por exemplo, que o juiz instrutor no curso da fase instrutória ou o colegiado, por ocasião da decisão final, adquira a convicção, com base nas provas produzidas ou em outros fatos notórios, que os fatos não contestados não são verdadeiros"[46].

Veja-se, ainda, a figura dos contratos de procedimento, existentes no direito europeu e que se pretende introduzir no Brasil. Linhas acima sustentei que a sumarização do procedimento, para propiciar a formação da coisa julgada, seja estritamente regulada pelo legislador. Entretanto, em estudo recente, igualmente defendi a implementação desses contratos, entre nós[47].

Creio que, se os *contrats de procédure,* que eventualmente venham a ser introduzidos no Brasil, sob estrita supervisão judicial, se referirem a procedimentos de cognição exauriente, deverão igualmente observar todos os requisitos desse tipo de cognição, que já enumeramos no item 8, ao qual nos reportamos. Se a lei exige para determinada causa um procedimento de cognição exauriente, não podem as partes instituir um procedimento que não preencha tais requisitos. Se é certo que as partes podem em certa medida abrir mão das suas faculdades processuais, como a de recorrer ou a de propor e produzir determinada prova, igualmente certo é que em nada podem as partes reduzir os poderes do juiz.

Outra questão relevante, a que será necessário dar maior atenção, é a que diz respeito à disposição de faculdades processuais nas causas que versam sobre direitos indisponíveis. Já vimos acima que na Espanha, no procedimento monitório, a ausência de reação do réu equivale à coisa julgada plena, se a causa versa sobre direito disponível. Andrea Graziosi lança um alerta sobre essa questão, advertindo que nas causas sobre direitos indisponíveis ou da personalidade, o sistema de garantias merece um especial reforço[48]. O nosso legislador distingue claramente, em alguns casos, a eficácia dos atos das partes, conforme verse a causa ou não sobre direitos disponíveis. É o que acontece, por exemplo, com o efeito substancial da revelia (CPC, art. 320) e com a força probante da confissão (CPC, art. 351). Também o direito alemão considera que a renúncia do autor ao

[46] Antonio Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Ed. Giuffrè, Milano, 1995, p. 397.

[47] Leonardo Greco, *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*, inédito.

[48] Andrea Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile*..., p.174.

direito e o reconhecimento do pedido pelo réu não são admissíveis nas causas que versam sobre interesses indisponíveis[49]. Daí não é difícil extrair a ilação de que qualquer ação ou omissão da parte que possa implicar em sacrifício de direito indisponível seja considerada absolutamente ineficaz e não possa merecer a homologação judicial, como a renúncia, a transação ou o reconhecimento do pedido, que tenham essa consequência. Entretanto, é preciso também admitir que as decisões do juiz que, de algum modo, tenham implicado no sacrifício de interesses indisponíveis, como o indeferimento de prova potencialmente útil à comprovação da procedência de um desses interesses, deva ser considerada nula, sujeita, pois, a alguma via impugnativa, como a ação rescisória, após o trânsito em julgado da sentença.

Se a vontade das partes pode influir na profundidade da cognição do juiz, é preciso exigir que essa atuação seja livre e consciente, ou seja, que a parte, ao ditar o seu comportamento no processo, o tenha feito como uma expressão legítima da autonomia da sua vontade, e com a consciência efetiva das consequências desfavoráveis que sobre ela poderão recair como resultado desse comportamento. Com todo o respeito que merecem a doutrina e a jurisprudência de países mais desenvolvidos, frequentemente invocadas entre nós, parte expressiva das pessoas que litigam em juízo no nosso país não têm consciência dos riscos que lhes possam resultar das suas ações ou omissões. Nem mesmo os advogados, muitas vezes, são capazes de antever esses riscos e os que os antevêm são frequentemente induzidos a uma conduta pouco colaborativa, em que negam tudo, não concordam com nada, recorrem de tudo. Enquanto o nosso processo penal já evoluiu no sentido de que o silêncio da parte não pode ser interpretado em seu prejuízo (Código de Processo Penal, art.186), o processo civil estabelece exatamente o contrário. Se a transação, o reconhecimento ou a renúncia foram viciados pela incapacidade do sujeito, pela ilicitude do objeto, por preterição de formalidade essencial, por fraude à lei ou pela violação da ordem pública, ou por qualquer outro defeito na manifestação de vontade, a decisão meramente delibativa que a homologa, que não teve qualquer possibilidade de examinar essas circunstâncias, porque delas não alertada, não pode gozar da mesma estabilidade de um provimento jurisdicional resultante de ampla cognição.

Questão não menos relevante, na linha destas últimas observações, é a da forma autoritária como o processo civil brasileiro trata o jurisdicionado. Não pode ser esquecida a

[49] Antonio Carratta, *Il principio della non contestazione...*, p. 523.

advertência de Calamandrei no seu *Processo e Democracia*[50] de que o processo do nosso tempo é composto de sujeitos de carne e osso, com seus compromissos, suas responsabilidades e seus dramas. Se o autor pode, em certa medida, escolher o melhor momento para desencadear o processo, o réu, surpreendido com a citação, tem de largar tudo, seus afazeres, suas responsabilidades pessoais e profissionais, para procurar um advogado, correr atrás de documentos, formular e ajuizar a sua defesa em exíguos quinze dias. É o súdito que, convocado pelo soberano, larga a família, a lavoura e o rebanho e vai se prostrar de joelhos diante do seu amo e senhor que sobre ele tem o direito de vida e de morte. Isso não é mais admissível no Estado de Direito erigido sobre a pedra fundamental do respeito à dignidade humana. O réu, surpreendido pela citação, em momento da sua vida que não lhe permite afastar-se dos seus afazeres pessoais para preparar desde logo a sua defesa, ou submetido temporariamente a condições desvantajosas para o seu pleno exercício, deve ter uma segunda oportunidade, ainda que sujeito a determinados ônus, de, em momento subsequente, tomar a iniciativa de se defender e de demonstrar a procedência do seu direito. É a solução que o direito alemão dá à revelia, permitindo, nas seções 338 e 339 da *Zivilprozessordnung*, que o réu, intimado do julgamento, proponha no prazo de duas semanas uma nova ação (*Einspruch*) para revogar a sentença[51].

Outros sistemas processuais mais humanos já perceberam o autoritarismo desse processo alcunhado de publicístico. Assim, por exemplo, o Código Português, na redação em vigor do art. 145°, permite a prática do ato processual da parte, sujeito a prazo peremptório, nos três primeiros dias úteis subsequentes ao decurso desse prazo, mediante o pagamento de uma multa. Como diz José Lebre de Freitas, a gravidade da consequência "tem progressivamente levado o legislador a ser menos rígido quanto às condições em que ela se verifica"[52].

Por fim, sobre a presente questão, parece-me indispensável que as partes não possam ter nenhuma possibilidade de dispor de um procedimento de cognição exauriente em benefício de um procedimento de cognição sumária, quando aquele for exigido pela lei, porque o procedimento legal e previsível, embora flexível, é uma garantia não só da plenitude de defesa das partes, mas também da cognição adequada do juiz, que não pode

[50] Piero Calamandrei, "Processo e Democrazia", in *Opere Giuridiche* (a cura di Mauro Cappelletti), vol. I, Morano Ed., Napoli, 1965, p. 627.

[51] Peter L. Murray; Rolf H. Stürner, *German Civil Justice*..., pp. 317-322.

[52] José Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 269.

ser objeto de atos de disposição, ainda que justificados pela economia processual ou pela celeridade.

10. Técnicas de sumarização.

As premissas até aqui apresentadas, embora devam ser submetidas ao mais amplo debate, do qual poderão resultar soluções mais ou menos prestigiadoras da coisa julgada na jurisdição de conhecimento, me parecem suficientes para a análise dos diversos exemplos em que, a meu ver, a lei institui a sumariedade da cognição, do seu reflexo sobre a imutabilidade da coisa julgada, bem como dos possíveis instrumentos de sua flexibilização ou superação. Em alguns casos, essa análise permitirá a solução que se me afigura mais adequada sob a égide do direito positivo brasileiro vigente. Em outros casos, entretanto, ela exigirá alterações legislativas, porque não acredito que simples artifícios hermenêuticos possam superar todas as insuficiências da ordem jurídica positiva na estruturação de procedimentos processuais satisfatoriamente apropriados à necessidade de respeito às garantias fundamentais do processo.

10.1. Postergação ou inversão do contraditório. Uma das mais importantes técnicas de sumarização da cognição é a postergação ou a inversão do contraditório. A primeira é em geral adotada na tutela da urgência, por imposição da necessidade de preservação de eficácia da tutela jurisdicional em face do perigo de lesão grave, de difícil ou impossível reparação. Já a segunda é normalmente fruto de uma escolha do legislador de oferecer a certos interesses, aos quais atribui proeminência, especial proteção e uma certa posição de vantagem, ainda que provisória, em relação a outros interesses a eles contrapostos. É o que ocorre com as liminares possessórias e de alimentos e com os mandados monitórios.

Embora coloque um dos litigantes, o réu em todos esses exemplos, em uma nítida posição de desvantagem no acesso à tutela dos seus interesses, essa sumarização não me parece inconstitucional, no primeiro caso (tutela de urgência), porque fruto de ponderação em concreto realizada com os rigores da técnica de solução dos conflitos entre direitos fundamentais; e no segundo caso (proeminência de certos interesses), porque o balanceamento dos interesses em jogo foi efetivado em abstrato pelo próprio legislador, sujeito apenas ao crivo da razoabilidade, caso a escolha tenha sido abusiva.

Deixando de lado a tutela da urgência, que não é objeto da jurisdição de conhecimento e, portanto, deste estudo, limitemo-nos ao exame do que ocorre nas liminares possessórias e de alimentos e nas ações monitórias. O juiz expede provimento favorável ao interesse do autor mediante cognição do material fático e jurídico que este lhe oferece unilateralmente. Nas ações possessórias e de alimentos, esse provimento é imediatamente exequível, cabendo ao réu impugná-lo na subsequente contestação. Nas possessórias o autor prova sumariamente a sua posse e o esbulho, a turbação ou a ameaça que alega sofrer, e isso é suficiente para que o juiz proteja a sua posse (CPC, art. 928). Nas ações de alimentos, o autor instrui a inicial com a prova do vínculo familiar e pede a pensão. O juiz, ao despachar a inicial, com os parcos elementos trazidos pelo autor, arbitra de ofício os alimentos provisórios que o réu passará a pagar a partir da citação, salvo se o autor expressamente declarar que deles não necessita[53]. Nas ações monitórias, apresentada pelo autor prova escrita do crédito, o juiz deferirá de plano a expedição de mandado de pagamento ou de entrega (CPC, art. 1.102-B). Nos três casos, a iniciativa de pleitear a sustação ou a revogação do provimento caberá ao réu, pelo meio de defesa que a lei prevê, sendo que na monitória, caso não o faça, o mandado executivo se tornará definitivo.

Nas liminares possessórias e de alimentos, a cognição incompleta será suprida posteriormente no próprio procedimento que, afinal, ratificará ou não o provimento não cautelar concedido com postergação do contraditório. Na monitória, segundo José Rogério Cruz e Tucci[54], o mandado de pagamento resulta de um provimento condenatório exigível mediante a sumarização da *cognitio* e, por isso, concordo com José Aurélio de Araújo, em que a ausência de embargos não pode gerar coisa julgada e que a impugnação ao cumprimento de sentença não pode ter as limitações cognitivas do art. 475-L, do CPC, para propiciar a cognição exauriente, que também poderá dar-se em ação autônoma[55]. A decisão que manda expedir mandado de pagamento resulta de cognição incompleta sobre a existência do direito do autor e do simples decurso do prazo de embargos, por si só exíguo, não é possível extrair a ilação de que o réu, livre e conscientemente, tenha tido a intenção de concordar com a procedência do pedido do autor.

[53] Lei 5.478/1968, art. 4°.

[54] José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitória*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 40.

[55] José Aurélio de Araújo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p. 102.

10.2. Sentença contumacial. Se o réu foi citado pessoalmente, não contestou a ação no prazo legal e não ocorre qualquer das hipóteses do art. 320, do CPC, a revelia gerará a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor, isto é, o juiz decidirá a causa com o material cognitivo que lhe foi fornecido unilateralmente pelo autor, sem efetivo contraditório. Neste ponto os sistemas processuais divergem. Para o direito brasileiro, que seguiu o modelo italiano, a sentença contumacial possui estabilidade bastante próxima daquela resultante de processo em que o réu efetivamente se defendeu, ressalvada apenas a hipótese de rescisória, de impugnação ao cumprimento de sentença ou de querela de nulidade por vício de citação, se o processo correu à revelia (CPC, arts. 475-L, I). No sistema alemão, essa estabilidade é um pouco menor, porque ao réu, em determinado prazo, é facultado propor uma ação perante o juízo de primeiro grau para reformar a sentença, com a inversão do ônus da prova, isto é, cabendo a ele demonstrar que os fatos que foram presumidos verdadeiros em razão da revelia não ocorreram[56]. Também neste caso não ocorreu cognição exauriente. Se não teve o réu a efetiva possibilidade de demonstrar a inexistência do direito do autor, a sua inércia não pode ser interpretada como manifestação livre e consciente de reconhecimento do direito daquele[57].

10.3. Condenação com reserva.

Já mencionei acima a limitação probatória do processo documental alemão. Se o réu alega a necessidade de outras provas, além daquelas permitidas nesse procedimento, e o juiz entende que existe alguma possibilidade de que essas provas infirmem a sua convicção da existência do direito do autor, profere uma condenação com reserva, facultando ao prejudicado rediscutir a sentença em outro procedimento de cognição exauriente, o que raramente ocorre, porque, antes de instaurá-lo, o réu avaliará se efetivamente, com a maior amplitude probatória, terá condições de reverter o resultado desfavorável decorrente do primeiro processo, pois, caso contrário, o seu prejuízo será ainda maior, com o acréscimo das despesas do novo processo. Com essa técnica, o direito alemão alcança no processo documental um provimento final mais rápido com menos despesas, que, na grande maioria dos casos, apesar da cognição sumária, regulará

[56] V. item 9, acima.

[57] Cf.: José Aurélio de Araujo, *A cognição sumária e a coisa julgada...*, p.113; Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, p. 215.

satisfatoriamente a relação jurídica entre as partes, acabando por prevalecer, de fato, como a solução definitiva da causa.

Chiovenda chamara a atenção para a diferença entre o processo cambiário italiano e o documental alemão. Enquanto no processo cambiário italiano da época, a reserva alcançava apenas as exceções pessoais expressamente arguidas pelo réu, no processo documental germânico atingia quaisquer matérias que não pudessem nele ser provadas com os meios permitidos. Ademais, na Itália a limitação probatória beneficiava apenas o réu, enquanto na Alemanha também o autor[58].

Mas decisões finais de mérito com reserva de novas alegações também existem no direito brasileiro, como a exceção de domínio nas sentenças possessórias e nos embargos de terceiro, a alegação de qualquer outra matéria que não seja o vício do processo judicial ou a impugnação do preço oferecido na ação de desapropriação (Decreto-lei 3.365/41, art. 20), bem assim nas já mencionadas hipóteses de improcedência da ação popular e da ação civil pública fundada em interesses difusos ou coletivos por insuficiência de provas, na improcedência da ação civil pública por interesses individuais homogêneos, na rescisória por prova nova, por prova falsa ou por erro de fato e na rescisória ou querela de nulidade por falta ou nulidade de citação se o processo correu à revelia do réu.

A grande originalidade do modelo alemão é que é o próprio juiz da causa primitiva em que a cognição sofreu limitações que decide se oferece ou não ao vencido a possibilidade de um novo julgamento em cognição exauriente. Essa técnica já foi defendida entre nós a respeito da improcedência por insuficiência de provas da ação civil pública fundada em interesses difusos. Acho que a nossa monitória documental deveria adotar o modelo alemão, o que dependeria de reforma legislativa. Entretanto, não sou favorável a que a definição da possibilidade de nova demanda em cognição exauriente fique a critério do juiz da causa antecedente. Ao contrário, deverá ser o juiz da demanda subsequente que, diante de prova cuja produção não foi possível na demanda anterior, avaliará se ela é capaz de reverter a decisão ali adotada, pois, se este mecanismo adota uma pouco recomendável forma interdital de juízes de primeiro grau inibirem, por novos fundamentos, decisões de outros juízes do mesmo grau, pior me parece que fique ao arbítrio do juiz que proferiu a decisão com cognição incompleta permitir ou não a revisão da sua sentença por outro juiz, com outras provas.

[58] Giuseppe Chiovenda, "Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva" (1915), in: *Saggi di Diritto Processuale (1894-1937)*, vol. 1, Ed. Giuffrè, Milano, 1993, pp.121 e ss.

10.4. Homologação de atos de disposição.

A homologação da transação, entre nós, é sentença de mérito, que constitui título executivo judicial. Na transação, como na renúncia ao direito do autor ou no reconhecimento do pedido pelo réu, quando versam sobre direitos disponíveis, o juiz não exerceu cognição exaustiva sobre o fato e sobre o direito, limitando-se a um juízo delibativo a respeito da capacidade das partes e dos seus advogados e, quiçá, sobre a não manifesta ilicitude do conteúdo do acordo. No máximo, se o acordo resultou de conciliação conduzida pelo próprio juiz, terá ele verificado, ainda, se o negócio não é acentuadamente desvantajoso para uma das partes. Já tive oportunidade de observar que não é correto associar a coisa julgada à homologação de atos de disposição, por mais de uma razão: a uma, porque a homologação pode ter sido requerida num procedimento de jurisdição voluntária, como o divórcio consensual, ou sem litígio anterior, hipóteses em que, mesmo sem o acordo, não se formaria a coisa julgada; a duas, porque o juiz não proclamou, com a força da autoridade estatal resultante da sua efetiva cognição, que o direito das partes é o que elas ajustaram, porque sobre este não exerceu suficiente cognição. A jurisprudência brasileira lucidamente interpretou os artigos 485, inciso VIII, e 486, do CPC, no sentido de que a rescisória somente é cabível por vício da própria da sentença, sendo a ação autônoma do referido art. 486 o meio adequado para impugnar o conteúdo da transação[59]. No cumprimento da sentença homologatória da transação, a impugnação não poderá ficar restrita às matérias constantes do art. 475-L, do CPC, pelo menos quanto à incapacidade do sujeito, à ilicitude do objeto, à preterição de formalidade essencial, à fraude à lei, à violação da ordem pública ou a qualquer outro defeito na manifestação de vontade.

10.5. Sentença liminar de improcedência.

A redação original do Código de 1973 já previa hipótese de sentença liminar de improcedência no inciso IV do artigo 295, que permitia o indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento da decadência ou da prescrição. A Lei n. 11.277/2006 introduziu no diploma processual o artigo 285-A, facultando igual indeferimento se o mesmo juízo já

[59] Na jurisprudência, cf.: STJ, REsp 151.870, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. em 19 maio 2005, e REsp 841.066, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 15 ago 2006, consultados em: 10 ago 2012 e disponíveis em: www.stj.jus.br.

tiver proferido sentenças de improcedência em casos idênticos, sendo a matéria controvertida unicamente de direito. O projeto de novo CPC manteve a figura, embora sujeitando a rejeição apenas a postulações francamente contrárias à jurisprudência (art. 307, do Projeto de Lei n. 8.046/2010).

A meu ver os dois dispositivos são flagrante e irremediavelmente incompatíveis com a garantia constitucional do contraditório, até mesmo no conteúdo mínimo da audiência bilateral, pois nem o autor nem o réu são ouvidos antes da sentença sobre o fundamento do indeferimento. Se não se pode afirmar que o réu seja prejudicado por esse tipo de decisão, o autor francamente o é, porque lhe é cerceado o direito, integrante da garantia do contraditório, de demonstrar, através de todos os meios legais, que tem razão, mesmo que o juiz, *prima facie,* assim não entenda. Nicolò Trocker, comentando o acórdão *Osman* (1999) da Corte Europeia de Direitos Humanos, elucida esse aspecto do contraditório, a que denomina de *diritto al giudizio,* consistente não apenas no direito ao provimento conclusivo final, mas a todo o iter procedimental que enseja amplamente a cada uma das partes a mais extensa possibilidade de fazer uso de todas as oportunidades facultadas pelo procedimento para tentar convencer o juiz da procedência das suas alegações[60]. Imprestáveis, pois, sob esse prisma, são o indeferimento da petição inicial com fundamento na decadência ou na prescrição e a sentença liminar de improcedência, até mesmo a título de cognição sumária. Que em 1973 o legislador do CPC não atentasse para isso, não surpreende porque os ares da efetividade e do garantismo ainda não haviam chegado a estas plagas. Mas, que o projeto de Código de 2010 repita o erro, parece-me imperdoável e incoerente com a moderna imposição do contraditório, por ele adotada, de que nenhuma matéria que o juiz deva apreciar de ofício possa fazê-lo sem antes ouvir as partes (art. 10, do Projeto de Lei n. 8.046/2010). De qualquer modo, ainda que não venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade desses dispositivos, cumpre encará-los, em face da ausência de cognição exaustiva, como hipóteses de mera extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de justa causa que, conforme já tenho sustentado, integra a condição da ação do interesse de agir[61].

[60] Nicolò Trocker, *La formazione del Diritto Processuale Europeo*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2011, pp.244-245.
[61] Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil*, vol. I – Introdução ao Direito Processual Civil, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011, pp. 201-206. Cf., também: Leonardo Faria Schenk, *Legitimidade constitucional da cognição sumária...*, p. 212.

10.6. ***Juizados Especiais.***

Conforme já observei em estudo anterior, bem como no capítulo XVIII do vol. II das minhas *Instituições*[62], o procedimento dos juizados especiais possui inúmeros déficits garantísticos, que impedem que possa ser considerado um procedimento de cognição exauriente. A redução da oralidade, a limitação do direito à prova, o julgamento por equidade sem a livre adesão de ambas as partes, a desigualdade das partes quando apenas uma delas é defendida por advogado, a audiência bilateral reduzida pela exiguidade de prazos e as deficiências de documentação dos atos processuais e de fundamentação das decisões[63] são mais do que suficientes para excluir a cognição exauriente. No entanto, o regime dos juizados não apresenta expressamente qualquer restrição à coisa julgada, embora também não afirme a sua existência, mas, parece pretender que ela seja ainda mais forte do que no regime comum, pois impede a própria ação rescisória (Lei 9.099/2005, art. 59).

Os fundamentos da tutela sumária (simplicidade, celeridade e facilitação do acesso à justiça) justificam um processo com menos garantias, especialmente nas causas de menor complexidade, mas a redução destas impõe que ao eventual prejudicado seja assegurado um outro meio de lutar pela tutela do seu alegado direito, num processo em que tenha ampla oportunidade de contraditório e de exercício do direito de defesa. A via de um procedimento subsequente para corrigir eventuais erros de julgamento nos juizados encontra, portanto, suporte nas garantias constitucionais inscritas no artigo 5° da Carta Magna. Poderá ser o mandado de segurança, se a controvérsia for exclusivamente de direito. Se houver necessidade de produção de novas provas, a ação autônoma de impugnação, ordinária ou de procedimento sumário (que o é apenas quanto à extensão, não quanto à profundidade), cumulada com o pedido de novo julgamento da causa, poderá ser

[62] Leonardo Greco, "Os Juizados Especiais como tutela diferenciada", in Humberto Theodoro Júnior e Maira Terra Lauar, *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*, Editora GZ, Rio de Janeiro, 2010, pp. 711-736; Id. *Instituições de Processo Civil*, vol. II – Processo de Conhecimento, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011, pp. 382-389.

[63] As principais deficiências cognitivas se encontram nos artigos 6º, 9º, 28, 29, 34, 35, 36, 37, 38 e 46 da Lei 9.099/2005.

manejada[64]. Essa ação poderá também constituir o conteúdo dos embargos previstos no art. 52, inciso IX, da Lei nº 9.099/1995. Já sustentei essa possibilidade, apesar da limitação cognitiva então imposta aos embargos na execução de título judicial pelo antigo art. 741, do CPC, quando o título executivo fosse sentença proferida na jurisdição voluntária, que não faz coisa julgada[65]. Normalmente os embargos à execução, assim como a impugnação criada pela Lei nº 11.232/2005, são ações de cognição exauriente. Entretanto, pode ocorrer que os embargos venham a sofrer algumas limitações cognitivas próprias do procedimento dos juizados, caso em que não será grande vantagem substituir um provimento final sem coisa julgada, em razão da cognição não exauriente, por outro igualmente sem cognição exauriente e, portanto, também sem coisa julgada.

10.7. Procedimentos documentais.

Denomino de documentais certos procedimentos sumários, como tem sido tradicionalmente entendido, entre nós, o do mandado de segurança, que carecem de fase instrutória ou em que a prova admitida é somente a documental. Se a controvérsia for exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova documental produzida for suficiente para apurar a verdade, a restrição probatória não terá prejudicado a cognição exauriente e a coisa julgada se produzirá plenamente, *secundum eventum probationis*. Se, entretanto, a prova documental não for suficiente, a nossa lei determina (art. 19, Lei 12.016/2009) que o juiz deixe de resolver o mérito da pretensão do impetrante, denegando a segurança, o que implica em extinguir o processo sem resolução do mérito e, portanto, sem a formação da coisa julgada, podendo a mesma pretensão ser novamente veiculada em outro processo. Já manifestei a minha insatisfação com esse sistema de denegação do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo[66] que, muitas vezes, frustra a possibilidade de tutela adequada do direito subjetivo do cidadão, violado pela

[64] A admissibilidade da ação autônoma de impugnação foi igualmente defendida por Alexandre Freitas Câmara, in *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica*, 6ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 152-156.

[65] Leonardo Greco, *O Processo de Execução.* Vol. 2, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 599.

[66] Leonardo Greco, "A *translatio iudicii* e a reassunção do processo", in: *Revista de Processo*, ano 33, n° 166, dez. 2008, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 9-26; também publicado in: Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Doutrinas essenciais do Processo Civil*, vol. II, Teoria Geral do Processo I, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pp. 299-321.

Administração Pública, mas, de qualquer modo, é forçoso reconhecer que, quanto à inexistência de coisa julgada, está correta a orientação adotada no direito brasileiro.

10.8. Tutela antecipada e tutela da evidência.

A tutela antecipada, introduzida no nosso ordenamento a partir de 1994, adota as modalidades da tutela da urgência e da tutela da evidência. A primeira, a que se refere o inciso I do art. 273 do Código, tem natureza tipicamente cautelar, estando fora do âmbito do nosso estudo. A segunda, a que aparentemente se referem os incisos II do caput do referido artigo e o seu § 6º, é fruto de uma cognição tão incompleta quanto a de qualquer medida cautelar: contraditório postergado, apreciação incidental fora da sequência do procedimento legal, ausência de um procedimento específico que assegure amplas oportunidades de aduzir argumentos e produzir provas. Apesar de doutas opiniões em contrário, não me parece, nem mesmo na hipótese de pedidos incontroversos, que a decisão antecipatória possa adquirir a imutabilidade da coisa julgada[67]. Pode haver incompatibilidade entre o que nela foi decidido e o que se apurar posteriormente em relação à apreciação de outros pedidos. A cognição exauriente posterior deve prevalecer sobre a sumária antecipada, conforme a lição de Antonio Carratta anteriormente exposta[68]. Sou, portanto, contrário a qualquer proposta de tornar definitiva a tutela da urgência ou da evidência. O que nasceu provisório pode estabilizar-se de fato, mas juridicamente continua sendo provisório.

11. Conclusão.

O percurso aqui sumariamente empreendido na seara de inúmeros institutos e procedimentos está muito longe de ter resolvido todas as dificuldades que o tema oferece, mas acredito que esta exposição tenha servido para mostrar a sua importância, assim como que é possível conciliar as modernas exigências de facilitação do acesso à justiça e de celeridade dos procedimentos, almejadas pela cognição sumária, com as garantias do

[67] O Projeto de Lei n. 8.046/2010, que visa a instituir um novo Código de Processo Civil, estatui em seu art. 283 que, se um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, a solução será definitiva.

[68] V. nota 47.

processo justo, no rumo do que Sergio Menchini denominou de *novas formas de tutela e novos modos de resolução de controvérsias, em direção à superação da necessidade de acertamento com autoridade de coisa julgada*[69]. Assim como alguns, com mais juventude e entusiasmo do que eu, aqui mencionados ou não, já têm empreendido valiosos estudos que enriquecem a reflexão do assunto entre nós, espero que muitos outros igualmente se sintam estimulados a fazê-lo, o que considero que poderá contribuir para um significativo e positivo avanço na evolução qualitativa do nosso direito processual civil.

Por outro lado, estou convencido de que nada se há de temer. É uma ilusão (ou quiçá uma ficção), acreditar que a coisa julgada pacifica os litigantes. Nem a justiça da decisão o faz, mas a crença de que o Estado de Direito se dispõe a corrigir os seus erros e dar ao cidadão, mesmo derrotado, a mais ampla possibilidade de demonstrar a procedência das suas alegações e a maior atenção é suficiente para que a sociedade pressione o vencido a submeter-se à sua autoridade. O que eterniza a litigiosidade é a descrença na justiça da decisão e a facilidade de prolongá-la ou renová-la sem motivos consistentes e sem riscos, o que não é inibido por decisões rápidas de má qualidade, mas sim por outros mecanismos, que devem ser estruturados na disciplina de outros temas, como os das despesas processuais, da admissibilidade dos recursos e dos fundamentos da ação rescisória.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2012.

[69] Sergio Menchini, "Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso Il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato", in: *Rivista di diritto processuale*, ano LXI, n. 3, jul.-set. 2006, CEDAM, Padova, pp. 869 e ss.

O PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES (PRETENSÕES) INDENIZATÓRIAS PROPOSTAS CONTRA O PODER PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO[i]

Leonardo Oliveira Soares

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga-FADIPA. Procurador do Estado de Minas Gerais

Resumo: O propósito central do escrito consiste em examinar o prazo para o exercício de pretensões indenizatórias contra o Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro. Nessa empreitada, à luz do princípio constitucional da isonomia, defende-se que a regra disposta no art. 206, § 3.º, V do NCCB incide em demandas desssa natureza, caso o Estado figure como réu no processo.

Palavras-chave: pretensão, prescrição, Estado Democrático de Direito brasileiro.

Sumário: 1.Introdução. 2.Tempo e jurisdição. 3.O NCCB e o conceito de prescrição. 4.A redução de prazo para o exercício de pretensão indenizatória no NCCB. 5.Ainda a redução do prazo prescricional e sua decretação *ex officio* (aparente coerência do sistema). 6.Prescrição da pretensão nas ações indenizatórias ajuizadas contra o Poder Público. 7.Visão jurisprudencial sobre o tema. 8.Uma observação. 9.Princípio constitucional da isonomia e a fixação de prazo prescricional diante do princípio da especialidade. 10.A interpretação conforme a Constituição Federal e a utilidade da tese. 11.Observação final. 12.Conclusões. 13.Referências bibliográficas.

"A notória e legítima razão de ser do instituto da prescrição é o valor da segurança das relações jurídicas, não sendo conveniente ao convívio social a perpétua duração de situações indefinidas.: (Instituições de Direito Processual Civil. vol. II, Cândido Rangel Dinamarco)

1. INTRODUÇÃO

Não por acaso figura, no título, a expressão Estado Democrático de Direito[1]. De fato, pretende-se demarcar que a tese que se vai desenvolver se apoia, em última análise, no princípio nuclear de aludido Estado, qual seja, o princípio constitucional da isonomia.

E por falar em tese, ei-la: defende-se, no escrito, a inexistência de justificativa racional para admitir, nos dias hoje, que pretensões indenizatórias voltadas contra o Poder Público - ou seria melhor dizê-lo contra a coletividade? - sejam regidas por prazo prescricional superior àquele que envolve pretensões dessa natureza deduzidas contra o particular, nos moldes do que prevê o art. 206. § 3.º, V do NCCB.

A base para tanto reside na leitura que se fará do mandamento maior da igualdade, eis que a pacificação interessa os particulares no plano de suas múltiplas relações jurídicas não menos que a coletividade em seu todo considerada.

De início, talvez cause surpresa que a igualdade se apresente, conforme mais adiante se verá, como critério interpretativo de lei que leve a fulminar pretensões, fundadas ou não, passíveis de serem deduzidas contra o Poder Público[2]. Não se deve, contudo, perder de vista o foco do trabalho. Sim, a pacificação social corresponde, ao fim das contas, ao ponto a que se visa chegar. Com efeito, pois segundo respeitável passagem doutrinária[3]:

---

[1] Em Portugal, Estado de Direito Democrático. Por todos, vide GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3. ed., rev., Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 60-66. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 230-234.

[2] O art. 2.º do Decreto-Lei 4.567/92, assim dispõe: "O Decreto-lei n.º 20.910/32, que regula a prescrição qüinqüenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgão paraestatais, criados por lei e mantidas mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude lei federal, estadual e municipal, bem como a todo e qualquer direitos. Desse modo, as conclusões do trabalho serão aplicadas a referidas entidades. Apenas para comodidade de exposição, no texto, será mencionado doravante Poder Público".

[3] PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral.* Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 6, p. 136.

> Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionalidade.

Pois bem. Não há dúvida de que o pluralismo reinante na sociedade democrática brasileira atual aponta para diferentes modos de compreensão dos mais diversos textos normativos. O que, aliado a outras variáveis, *v.g.* gratuidade de acesso à justiça, acaba por ensejar multiplicidade de demandas submetidas ao Poder Judiciário. Inferir daí que a solução de conflitos sempre ocorra no interior do processo equivale, entretanto, a visualizar apenas uma parcela do todo. Dentre outros motivos, porque o resultado não atenderá necessariamente às expectativas daquele que vem a juízo pleitear determinada providência. Muito menos, ficam excluídos a possibilidade de o pronunciamento jurisdicional desagradar a ambas as partes do processo ou que o fator tempo, no estruturar do procedimento, acarrete insatisfação maior que a que se buscou afastar pela via do Estado-Juiz. Não vai, aí, nenhuma crítica à nobre função de julgar em abstrato considerada. Apenas se enfatiza que a tarefa de administrar o serviço público de prestação de justiça se constitui em tarefa das mais complexas, a começar pela imprecisão semântica do termo justiça. Em suma, ao ser fulminada em juízo esta ou aquela pretensão de direito material pelo decurso de tempo, não se estará, impreterivelmente, provocando dissabor maior que o porventura ocasionado pela demora na tramitação do processo, ou oriundo das demais soluções judiciais porventura dadas ao conflito. Nessa perspectiva, a prescrição pode ser vista (também) como fator legítimo de estabilização das relações jurídicas.

Linhas acima, mencionou-se o elemento tempo no plano processual. Por esse ponto, inicia-se propriamente a exposição.

2. TEMPO E JURISDIÇÃO

A validade das decisões jurisdicionais depende da observância de procedimentos (seqüência de atos) previamente estabelecidos em lei. Bem por isso, em votação no Senado Federal, a chamada flexibilização procedimental, prevista no art. 107, V do anteprojeto de

CPC[4] então enviado ao Congresso Nacional, foi parcialmente suprimida. A respeito, confira-se a justificativa presente no relatório[5] elaborado pelo Senador Valter Pereira:

> Como já registrado, a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendi
> mento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu "Código", o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova.

Pensamos que a supressão veio em boa hora. Nem tanto por acreditar que toda causa deva observar a rigidez de procedimento padrão único, mas porque o projeto de lei em apreço prevê, como regra, a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Assim, pareceu-nos prudente restringir o âmbito decisório do órgão jurisdicional na condução do procedimento.

Feita essa pequena digressão, volta-se ao texto. Para que a seqüência de atos interligados e pré-estabelecidos em lei chegue ao fim almejado e, portanto, constitua o procedimento, há sempre o tempo para que os atos sejam praticados, sob pena de a faculdade processual ser atingida pela preclusão. Ao propósito da dupla finalidade da fixação de prazos no processo, veja-se a abalizada lição de DINAMARCO[6]:

> As limitações temporais contidas nas normas que estabelecem os prazos são responsáveis pela determinação do ritmo em que se desenvolve a dinâmica do processo. Este é por definição um caminhar avante e não deve estar sujeito a demoras ou esperas indeterminadas – daí a existência de prazos máximos, que são também, por isso mesmo, chamados prazos aceleratórios. Mas o processo é também um método organizado para a defesa de direitos e não deve

[4] Por intermédio de referido anteprojeto, pretende-se instituir novo Código de Processo Civil no Brasil. O PLS 166/2010 foi recentemente aprovado na forma do substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira. Vale destacar que, no sítio eletrônico do Senado Federal (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496&tp=1), disponibilizou-se quadro comparativo entre o texto do projeto de lei então enviado ao Congresso Nacional, o Código de Processo Civil em vigor e aquele que restou aprovado no Senado Federal (atualmente, PL 8.406/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados).

[5] Documento a que se teve pronto acesso via assessoria de gabinete de aludido político.

[6] *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. vol. II, p. 564.

> caminhar sem que antes as partes tenham tido reais oportunidades de se manifestar - e daí a imposição de prazos antes dos quais um ato não pode realizar-se. Se a citação no procedimento sumário for feita poucos dias da audiência, o réu terá maiores dificuldades para entender-se com o advogado e este, para preparar a defesa: se o juiz pudesse sanear o processo ou julgar o mérito antecipadamente antes de decorrido o prazo para o réu apresentar contestação, obviamente ficaria prejudicado o direito deste a defender-se em contraditório.São prazos dilatórios todos esses que visam a refrear a dinâmica do procedimento, fazendo com que se dilate a duração do processo em nome da efetividade dos direitos.

A idéia de tempo não é, dessa forma, estranha ao desenrolar do processo. Ao contrário, pode dizer-se que é ínsita à noção de devido processo legal[7].

Se, no campo do processo, por meio de prazos e formas previamente demarcados em lei, busca-se oferecer às partes previsibilidade procedimental, causará estranheza a fixação de lapso de tempo, no plano extraprocessual, para o exercício de pretensão indenizatória? E mais. Já que o Código Civil brasileiro de 2002 reduziu os diferentes prazos prescricionais previstos no Código Civil de 1916, provocará a redução surpresa em dimensões, por assim dizer, maiores?

3. O NCCB E O CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

O propósito do texto é verificar qual é, atualmente, o prazo prescricional envolvendo pretensões indenizatórias deduzíveis contra o Poder Público brasileiro.

Antes de posicionar-se sobre o assunto, mostra-se apropriado apresentar o conceito[8] de prescrição. Até mesmo para tornar mais claro o que se deixou registrado na introdução

[7] A relação entre tempo e processo, no plano recursal, foi explorada em recente artigo em que se analisou criticamente a chamada sucumbência recursal. SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no Estado de Direito Transnacional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil.* n. 66. São Paulo, jul.-ago. 2010.

[8] Em prefácio de conhecida obra, um dos mentores do NCCB assim se expressou sobre a relevância dos conceitos: *na árvore do saber, os conceitos correspondem aos frutos maduros.* REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. XVI. O eminente jurista nega, contudo, que tenha havido preocupação em adotar critérios científicos para diferenciar os institutos da decadência e da prescrição quando da elaboração do NCCB. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em http://www.miguelreale.com.br/index.html. Acesso: em 19 de janeiro de 2011.

do texto. Pois bem. Na sempre judiciosa lição de BARBOSA MOREIRA[9], inspira-se no direito germânico a definição de prescrição disposta no art. 189 do NCCB, assim redigido: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". Para o ilustre jurista, no particular, agiu acertadamente o legislador ao adotar essa terminologia, haja vista que: "Ela retira, antes de mais nada, toda e qualquer base ao grave equívoco de supor que a prescrição extinga a ação[10]". Ao ser dito que a prescrição atinge a pretensão, surge a necessidade de apresentar noção desta última. E, para isso, segue o respeitável ensinamento de PONTES DE MIRANDA[11]: "pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa".

Dessas definições pode concluir-se com os eminentíssimos juristas que se a prescrição não extingue o direito de ação, e daí o acerto ora grifado, não extingue também a pretensão[12]. Realmente, pois o reconhecimento da prescrição em juízo pressupõe que, antes, o autor tenha exigido do réu[13], via ação processual[14], determinada obrigação.

As ideias ora expostas remetem o leitor à clássica distinção entre direitos a uma prestação e direitos potestativos, desenvolvida em Itália por Giuseppe Chiovenda[15]. E que serviu de fonte, no Brasil, para elaboração de, hoje, já clássico estudo[16] no qual se precisaram as ações, ou melhor, as pretensões passíveis de serem tolhidas pela prescrição, e os direitos cujo não exercício no prazo estabelecido em lei sujeitar-se-iam à decadência. Desse trabalho[17], então, serão retiradas as noções adiante apresentadas. Como dito,

[9] O novo Código Civil e o direito processual. *Temas de Direito Processual* – 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.
[10] Idem, p. 8.
[11] PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral.* Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 5, p. 503.
[12] Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição Federal.* Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007. vol. I, p. 357.
[13] O novo Código Civil e o direito processual cit., p. 9.
[14] Sobre o tema, vide PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil.* 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 22-23.
[15] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição.* Tradução do original italiano - 2. ed. Instituzioni di Diritto Processuale Civile por Paolo Capitanio; com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 1, p. 25-36.
[16] AMORIN FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir prescrição e decadência. *Revista dos Tribunais.* vol. 300. São Paulo: Ed. RT, out. 1960. Estudo posteriormente publicado na mesma Revista, vol. 836, jun. 2005. As referências ao estudo serão colhidas nesta última publicação.
[17] A relevância do texto ora citado pode ser aferida em THEDORO JR., Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais.* vol. 836. São Paulo: Ed. RT, jun. 2005.

segundo Chiovenda, os direitos podem ser divididos em duas categorias. A primeira, engloba os direitos a uma prestação. Já, na segunda categoria, encontram-se os direitos potestativos exercitáveis mediante simples declaração de vontade do seu titular, podendo a via judicial apresentar-se como o único modo para efetivar determinados direitos dessa categoria. Nessa última hipótese, estar-se-ia diante das chamadas ações constitutivas necessárias.[18]

A partir dessa classificação, sustentou-se[19] que toda vez que se tratar de direitos a uma prestação, violáveis[20], pois, será de natureza prescricional o prazo para exigi-la (a prestação), por meio de propositura de ação condenatória. Já as hipóteses em que o direito se exaure no agir de seu titular envolveriam direitos sujeitos a prazo decadencial. As demandas constitutivas permitem ilustrar o que se acaba de expor a respeito da decadência. Com efeito, pois o direito de pleitear a constituição/desconstituição de determinada situação jurídica[21] materializa-se independentemente da vontade daquele que suportará a possível modificação. Daí dizer-se que se exaure no agir do respectivo titular, por intermédio de uma declaração de vontade. Vale aqui salientar que a decadência não fulmina o direito de ação, mas o direito material deduzido em juízo. Por exemplo, ajuizada a demanda rescisória (constitutiva negativa) após o prazo de 2 anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o reconhecimento da decadência atingirá o direito material de desconstituí-la (a decisão[22]), jamais o direito incondicionado de movimentar a jurisdição, que se apresenta como pressuposto mesmo para que haja o reconhecimento judicial daquela.

Ainda que com alguma demora, é digno de registro que o legislador[23] tenha acolhido a lição dos ilustres juristas italiano e brasileiro que cuidaram do tema.

---

[18] AMORIN FILHO, Agnelo. Op. cit, p. 740-741.

[19] Na lição de AMORIM "(...) só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos susceptíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda". Op. cit, p. 746.

[20] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição, cit., p. 36.

[21] Segundo DINAMARCO "(...).as crises das situações jurídicas que consistem na insatisfação em face de uma relação jurídica existente ou da inexistência de alguma outra, debelam-se mediante as sentenças constitutivas". *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. vol. II, cit., p. 37-38.

[22] Nesse sentido, PORTO, Sérgio Gilberto. Op. cit., p. 169.

[23] Conforme ressaltado em nota anterior, REALE nega que tenha havido preocupação científica em diferenciar os institutos da decadência e prescrição quando da redação do anteprojeto do NCCB. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em http://www.miguelreale.com.br/index.html. Acesso em: 19.01.2011.

Desse modo, a prescrição se caracteriza como instituto jurídico que enseja, no curso do processo, a possibilidade de tolher-se eficácia à pretensão do autor.

Definido o instituto, pode dizer-se que necessariamente andou bem o legislador ao reduzir os prazos prescricionais? É o que se passa a responder no próximo tópico.

4.A REDUÇÃO DE PRAZO PARA EXERCÍCIO DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NO NCBB

Em seu art. 177, previa o CCB de 1916 que as ações (*rectius:* pretensões) para as quais não havia previsão legal específica prescreveriam em 20 anos. Como em aludido Código não havia regra que fixasse o prazo para o exercício de pretensão indenizatória, pacificou-se o entendimento de que incidiria o artigo supra citado.

Pois bem, sabe-se que a Constituição Federal pátria consagrou o direito à indenização pelo dano de ordem exclusivamente moral (art. 5.º, X). Da mesma forma, erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1.º, III), o que irradiou e continua a irradiar múltiplas possibilidades interpretativas ao propósito da caracterização do dano moral.

Dessa maneira, o patrimônio, a começar pelo imaterial, foi objeto de acertada preocupação do legislador constituinte. Some-se a isso a garantia de acesso incondicionado à jurisdição (art. 5.º, XXXV da CF/88) e não será difícil concluir que se desencadeou e continua a ser desencadeada a propositura de milhares de ações indenizatórias.

Sob essa ótica, deve analisar-se a redução de prazo prescricional disposta no NCBB (art. 206 § 3.°, V). É como se estivesse sendo feita a seguinte indagação: pode o legislador infraconstitucional, ainda que indiretamente, retirar o que foi conquistado via constituinte originário? Ora, o tempo, sempre ele, permite que se tenha melhor compreensão de todo e qualquer evento, jurídico, como de resto na vida.

Assim, a redução dos prazos prescricionais nada mais faz que trazer para o campo do direito fenômeno que ordinariamente ocorre no mundo fático.

Diante dessa constatação, parece não haver motivo para que as portas do Poder Judiciário permaneçam abertas *ad eternum* à espera de que um conflito distante reabra feridas talvez já esquecidas ou, quem sabe, até mesmo curadas.

Acertou, portanto, o legislador ao reduzir o prazo prescricional em análise, assim como os demais prazos não tratados de modo particularizado no texto.

5.AINDA A REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL E SUA DECRETAÇÃO *EX OFFICIO* (APARENTE COERÊNCIA DO SISTEMA).

Em vista da opção legislativa restritiva acentuada no item anterior, entendeu-se por bem permitir ao juiz pronunciar *ex officio* a prescrição.

Para tanto, por intermédio da Lei 11.280/06, alterou-se o disposto no art. 219, § 5.º do CPC.

Agiu com acerto o legislador? Ora, uma vez reduzidos os prazos prescricionais, afigura-se aparentemente natural que o juiz disponha de poderes para reconhecer a prescrição *ex officio.* Ao fim e ao cabo, seguindo essa linha de raciocínio, deve o órgão jurisdicional, da mesma forma que o legislador, velar pela rápida solução da demanda.

Essa aparente coerência cai por terra, entretanto, quando se encontra, no mesmo sistema normativo, a autorização para que o devedor renuncie à prescrição (art. 191 do NCBB). Sim, uma coisa é reduzir o prazo para o exercício de pretensões. Outra, inviabilizar a apreciação do pedido[24], ou melhor, rejeitá-lo pela decretação *ex officio* da prescrição. De fato. Pedindo licença para dizer o óbvio, quem é demandado nem sempre suportará condenação. Daí pode interessar-lhe obter decisão que ateste não ter agido de modo contrário ao direito, ou que reconheça a existência de causa excludente de responsabilidade.

Afinal, a Constituição Pátria não contempla o princípio constitucional da dignidade humana do autor, mas de quantos residam na República Federativa do Brasil. Ao propósito, destaca-se a contundente objeção de CÂMARA[25]:

> Um ordenamento jurídico, portanto, deve ser um sistema coerente, o que exige congruência entre as normas que o compõem. Ora, se o direito brasileiro passa a admitir que o juiz conheça de ofício da prescrição, mas continua a admitir que a mesma seja objeto de renúncia, desaparece a coerência

[24] O fato de o CPC arrolar entre as hipóteses de julgamento com resolução de mérito a que envolve o reconhecimento da prescrição (art. 269, IV) não invalida a conclusão exposta, pois a decretação daquela, em termos práticos, corresponde a dizer que a resposta definitiva dada ao conflito limita-se a concluir que a pretensão não fora exercitada no prazo legal.
[25] Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. n. 43/114.

> interna do sistema, o que é criticável sob todos os aspectos. É, pois, absolutamente inaceitável que se dê ao julgador o poder de reconhecer de ofício a prescrição se o prescribente a ela pode renunciar. Cabe ao jurista denunciar essa incoerência interna do ordenamento jurídico, que o torna assistemático.

Em síntese, o aplauso merecido pelo legislador em vista da redução de prazos prescricionais encerra-se no exato momento em que inseriu no sistema a autorização para o reconhecimento *ex officio* da prescrição.

6.PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS AJUIZADAS CONTRA O PODER PÚBLICO

Dispõe o art. 1.º do Decreto-Lei 20.910/32 que toda e qualquer ação contra o Poder Público prescreve em cinco anos.

Em primeiro lugar, lembra-se de que nas ações meramente declaratórias[26] não há que se falar em prazo prescricional, muito menos decadencial. Isso, em virtude da finalidade buscada com referidas ações, a saber, a obtenção de segurança jurídica. Ou seja, tais *ações* escapam da regra ora pontuada.

Feita essa observação, ressalta-se que aludido Decreto, em seu artigo 10, afasta a incidência do artigo 1.º em destaque nos casos em que haja prazo prescricional menor previsto em lei ou regulamento. E o NCCB estabelece no art. 206, § 3.°, V que será de três anos o prazo para o exercício de pretensão de reparação na área cível.

Bem, ao aceitar essa diferenciação, está-se dizendo que o legislador instituiu prazo que beneficia o particular, porventura réu em processo indenizatório. Ou, por outras palavras, que se legislou em detrimento da coletividade, já que, em se tratando de ação ajuizada contra particular, o prazo prescricional será mais exíguo de que aquele a incidir quanto à pretensão indenizatória deduzida contra o Poder Público.

Na introdução, chamou-se a atenção para princípio nuclear do Estado Democrático de Direito brasileiro, qual seja, o da isonomia. É chegado o momento de trazê-lo à tona. Com efeito, não há justificativa racional para que se dê tratamento mais benéfico àquele

[26] AMORIM FILHO, Agnelo. Op. cit, p. 742.

que figure como réu em processo em que se pleiteia indenização, apenas pela sua condição de particular.

Assim, em proveito da isonomia, uma e outra pretensões indenizatórias deverão ser deduzidas no prazo estatuído no NCCB. Vale dizer, o fundamento para a equiparação reside, em última análise, no princípio constitucional da isonomia.

Nessa perspectiva, é de todo irrelevante[27] que o Decreto em tela contemple a ressalva. De fato, não se trata de afastar a regra (prescrição qüinqüenal) por força da exceção gizada[28], mas de interpretar a legislação infraconstitucional à luz do Texto Constitucional pátrio em vigor. Com isso, não se afirma a ausência de utilidade prática do artigo em apreço, pois, hoje, induvidosamente a noção de supremacia constitucional é diversa daquela existente ao tempo da edição do Decreto (1932). Muito menos se nega, aqui, a autonomia científica do direito administrativo a reclamar, sim, a existência de prazos diferenciados considerando-se variáveis dignas de nota e que extrapolam o objeto de análise do texto. Mas que, saliente-se, não se fazem presente na órbita de pretensões indenizatórias. Insista-se que não se cuida de aplicar por analogia disposição do NCCB ao tema, até porque, ocioso dizer, há norma que prevê a incidência de prescrição qüinqüenal no âmbito de direito público.[29]

Ao contrário, afirma-se que a isonomia, o mandamento constitucional da igualdade não tolera que se estabeleça prazo prescricional menor para o exercício de pretensão indenizatória, apenas porque no pólo passivo o particular. Pouco importando, para chegar-se a essa conclusão, o enquadramento jurídico dado à norma prescricional em destaque.

---

[27] Com base nesse dispositivo, em recente publicação, sustentou-se a incidência do prazo prescricional de 3 anos à hipótese. SERRAGLIA, Ana Carolina Daldegan. *Revista Dialética de Direito Processual.* n. 93. São Paulo: Dialética, dez. 2010, p. 13. Eis a conclusão apresentada no trabalho: "Portanto, a conclusão a que se chega neste breve trabalho é que, com fundamento na teoria do "Diálogo das Fontes" não há incompatibilidade entre os dispositivos acima transcritos. O que ocorre é que há uma regra geral acerca do tema, prevista pelo artigo 1º do Decreto n.º 20.910/32, e uma exceção prevista no art. 206, parágrafo 3º do Código Civil de 2002, cuja aplicação é permitida com base no artigo 10 do mesmo Decreto-lei".

[28] Em alguns respeitáveis precedentes do TJMG, encontram-se votos vencidos nos quais se concluiu pela aplicação de prazo prescricional de 3 anos, em virtude da ressalva prevista no art. 10 do Decreto-le n.º 20.910/32. A título ilustrativo, consultem-se as decisões proferidas nos seguintes processos: Númeração Única: 0351311-96.2010.8.13.0024, rel. Des. Edivaldo George dos Santos, rel. do acórdão Des. Wander Marotta, 7.ª Câm. Civ. j. 29.06. 2010, *DJ* 20.08.2010 e Númeração Única: 0673654-54.2008.8.13.0324, rel. Des. Bitencourt Marcondes, rel. do acórdão Des. Fernando Botelho, 8.ª Câm. Civ., j. 05.08.2010, *DJ* 18.11.2010. Salienta-se, contudo, que a tese em desenvolvimento se apoia no princípio constitucional da isonomia e, portanto, prescinde da interpretação sistemática supra gizada.

[29] Em judicioso parecer, rechaçou-se a possibilidade de aplicação analógica de prazo prescricional previsto no Código Civil para disciplinar relação de cunho eminentemente público. BARROSO, Luís Roberto. Prescrição Administrativa: Autonomia do Direito Administrativo e Inaplicabilidade da Regra Geral do Código Civil. *RT* 779/119-118. A negativa se apoiou (também) no entendimento de Hely Lopes Meirelles, citado no parecer.

Finalmente, pontua-se que, em nome da isonomia, desde a vigência do CPC, as ações rescisórias ajuizadas contra o Poder Público sujeitam-se, e sempre[30] se sujeitaram a prazo decadencial de dois anos (art. 495 do CPC), tal como ocorre em relação aos particulares. Isso, sem que houvesse necessidade de se valer de interpretação sistemática apoiada no disposto no art. 10 do Decreto em tela. É verdade que o Decreto menciona o termo prescrição, enquanto que, no exemplo dado, cuida-se de prazo decadencial. A notória dificuldade para conceituar ambos os institutos autoriza, porém, concluir que, quando da edição daquele diploma normativo, não se preocupou o legislador em atentar para a distinção entre direitos a uma prestação e direitos potestativos.

Poder-se-ia, ainda, dizer que o CPC entrou em vigor durante regime de exceção. Pois bem. O que era resultado de interpretação lógica do sistema, agora, continua a assim caracterizar-se, reforçado, entretanto, pelo princípio constitucional da isonomia.

Em suma, a interpretação proposta vale para o Estado Democrático de Direito brasileiro atual. Daí a inserção desta nomenclatura no título do texto.

Dito isso, à luz da Lei Maior vigente, afirma-se que a pretensão indenizatória deduzida contra o Poder Público sujeita-se ao prazo prescricional de três anos.

7. VISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Prevalece o entendimento jurisprudencial[31] de que as ações (pretensões indenizatórias) movidas contra o Poder Público continuam a ser regidas pelo Decreto-Lei 20.910/32.

Apesar disso, e até para que não se diga que o autor do presente texto advoga em causa própria, cita-se, aqui, ementa de recente decisão sobre o tema, proferida por eminente processualista e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

[30] Manifestamente inconstitucional a redação conferida ao art. 188 do CPC pela medida provisória n. 1.703/98 e suas sucessivas reedições, haja vista a ausência de urgência que justificasse a edição de ato normativo dessa natureza para disciplinar tema processual. Por meio de aludida medida, pretendeu-se duplicar o prazo para ajuizamento de ação rescisória quando "a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial". O Supremo Tribunal Federal assim decidiu na ADI-MC 1910 DF.

[31] No âmbito do TJMG, além dos precedentes citados em nota de rodapé n. 28, vide decisões proferidas em: Numeração Única: 8394523-02.2008.8.13.0024, rel. Des. Kildare Carvalho, 3.ª Câm. Civ., j. 18.11.2010, *DJ* 16.12.2010, e Numeração Única: 5208370-12.2008.8.13.0702, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1.ª Câm. Civ., j. 19.10.2010, *DJ* 26.11.2010. No STJ, consultem-se as recentes decisões no REsp 1176344/MG, Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, *DJe* 14.04.2010 e no AgRg no REsp 1184880/RR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª TURMA, *DJe* 01.07.2010.

Jurista,ao que se tem notícia, que jamais foi acusado de estar comprometido[32] com teses supostamente favoráveis ao Poder Público. Eis a ementa:

> Direito administrativo. Reparação de danos contra a Fazenda Pública. Prazo prescricional de três anos, e não mais de cinco, por força do Código Civil de 2002. Reconhecimento da prescrição intercorrente. Recurso provido. Ag. 0025508-31.2009.8.19.0000 (2009.002.15982), rel. Des. Alexandre Câmara, 2.ª Cam. Civ., *DJE* 01.06.2009.

É fato que se tratava de fase de liquidação de sentença, posto já encerrado o módulo cognitivo condenatório. Sabe-se, contudo, que o prazo prescricional envolvendo a pretensão executiva (exercitável, após a apuração do *quantum debeatur*) equivaleria ao estabelecido em lei para o exercício de pretensão condenatória[33].

Dessa maneira, para que se concluísse pela prescrição trienal é porque se entendeu que a pretensão deduzida no processo cognitivo seria (*rectius:* poderia ser) fulminada em idêntico prazo. Por oportuno, transcreve-se parte do judicioso voto proferido (também) com base em sólida doutrina administrativista:

> Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que o prazo da prescrição no caso de reparação de dano contra a Fazenda Pública passou a ser de três anos, e não mais de cinco anos, como anteriormente. Isto se deve ao fato de que o direito brasileiro sempre considerou que a Fazenda Pública deveria ser protegida por um prazo prescricional (cinco anos, nos termos do Decreto 20.910/1932) menor do que o previsto para os particulares (vinte anos, na forma do Código Civil de 1916).
> Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que reduziu o prazo prescricional nos casos de reparação de danos de vinte anos para um quinquênio, não faz qualquer sentido considerar-se que tal diploma, por ser lei geral, não seria capaz de derrogar a lei especial que estabelece o prazo prescricional de cinco anos nos casos em que o devedor é a Fazenda Pública. Isto porque a incidência dessa regra segundo a qual a norma geral posterior não revoga a norma

[32] Vide, por exemplo, o posicionamento do insigne jurista quanto à incidência do disposto no art. 475-J do CPC nas execuções por quantia certa propostas contra o Poder Público. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 112-113. No PLS 166/2010, outrora enviado a Congresso Nacional, afastou-se expressamente a incidência de multa nas execuções (módulo executivo) em que figure como executado o Poder Público (art. 519, § 2.º do projeto).

[33] Vide enunciado 150, citado na decisão recorrida, de súmula de jurisprudência predominante do STF, que assim dispõe: "A execução prescreve no mesmo prazo de prescrição da ação originária".

> especial anterior geraria um desequilíbrio no sistema jurídico, fazendo com que a Fazenda ficasse sujeita a um prazo prescricional maior do que o previsto para os particulares. Assim, impõe a interpretação sistemática que se considere aplicável à Fazenda Pública o disposto no art. 206, § 3°, V, do Código Civil de 2002, tendo-se por trienal o prazo prescricional. Neste sentido, aliás, tem-se pronunciado a mais autorizada doutrina (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20ª ed., 2008, pp. 541-542).

Do mesmo modo, vejam-se ementas de decisões proferidas pelas 1.ª e 2.ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INJUSTA.INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM. NOVOCÓDIGO CIVIL. I - Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada contra a União, pelo fato de a autora haver sofrido prisão injusta decretada pela Justiça Federal. II - A teor do artigo 2.028 do novo Codex, a lei anterior continuará a reger os prazos, quando se conjugarem os seguintes requisitos: houver redução pela nova lei e, na data de vigência do novo Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada (Decreto nº 20.910/32, no caso). III - In casu, não foi observado o segundo requisito, porquanto entre a data do evento danoso (09.04.2002) e a vigência do novo Código Civil (janeiro/2003), transcorreu menos de 1 (um) ano, não chegando à metade do prazo anterior, ou seja, pelo menos dois anos e meio. Dessa forma, a contagem do prazo prescricional é a de 3 (três) anos, fixada pelo artigo 206, § 3º, V, do Codex, e deve ser contada a partir da vigência dele. Precedente citado: REsp nº 982.811/RR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 02.10.2008. IV - Recurso especial improvido. (REsp 1.066.063/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1.ª Turma, *DJe* 11.11.08).
>
> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL, PARA TRÊS ANOS. 1. O legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto nº 20.910/32. 2.

> O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil – art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 – prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. 3. Recurso especial provido. (Resp 1.1137.354, rel. Min. Castro Meira, 2.ª Turma, *Dje* 18.09.2009).

Apoiado nesses dois precedentes, o STJ já chegou a estabelecer, em julgamento de embargos de divergência[34] no Recurso Especial 1066063/RS, que sequer existe discrepância naquele órgão ao propósito da incidência da prescrição trienal. Confira-se, pois, a ementa da decisão:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. NÃO-CONHECIMENTO. 1. Hipótese em que o acórdão da Primeira Turma solucionou a questão do prazo prescricional para o ajuizamento de ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, segundo a regra de transição prevista no art. 2.028 do Novo Código Civil. Circunstância temporal inexistente nos arestos da Segunda Turma, que analisaram a matéria à luz apenas do Decreto 20.910/1932, pois ainda não vigorava o Novo Código Civil. 2. O prazo prescricional para pleitear indenização contra a Fazenda Pública foi reduzido para três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC.
> 3. Embargos de Divergência não conhecidos. (EREsp 1066063/RS, rel. Min. Herman Benjamim, Primeira Seção, j. 23.09.2009, *DJe* 22.10.2009).

Verdade seja dita que o recurso de embargos não fora julgado em seu mérito devido à ausência de similitude fática entre a decisão recorrida e os paradigmas[35] colacionados. No entanto, o eminente Ministro Relator enfatizou em seu voto que:

[34] O recurso de embargos de divergência permite a Tribunais Superiores brasileiros (STF e STJ) externar qual é a interpretação do Tribunal sobre determinada norma constitucional ou infraconstitucional, respectivamente. A decisão neles proferida não é, contudo, dotada de efeito vinculante, nem mesmo no âmbito do Tribunal que os tenha julgado. O projeto de Código de Processo Civil, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, atribui força vinculante interna a enunciados de jurisprudência dos Tribunais brasileiros (vide ao propósito o art. 882, II do PL 8046/2010). O inciso III do artigo ora citado dispõe ainda que "a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculado."

[35] Sobre o cabimento do recurso, escreveu-se, em publicação especializada, que: "para que seja cabível o recurso de embargos de divergência, a parte deve apresentar um outro acórdão que, oriundo do mesmo Tribunal, haja decidido de maneira diferente a questão analisada no recurso especial ou extraordinário. Convencionou-se chamar esta outra decisão, que é utilizada para efeito de comparação, de acórdão paradigma". JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *RePro* 190/30.

> Ainda que superado esse óbice, a alegada divergência está superada, pois a Segunda Turma recentemente reconheceu que o prazo prescricional para o ajuizamento de ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido para três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC.

Após esse julgamento, há, contudo, naquele Tribunal, decisões favoráveis à aplicação de prazo prescricional qüinqüenal à espécie de que são exemplos o REsp 1176344/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, *DJe* 14.04.2010 e AgRg no REsp 1184880/RR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, *DJe* 01.07.2010.

Cumpre, pois, a aludido Tribunal externar qual é, de fato, o seu posicionamento sobre o assunto. De imediato, um observador atento concluirá: mas ambas as Turmas de direito público daquela Corte[36] já não se posicionaram mais recentemente pela prescrição qüinqüenal! Objeção que ganha corpo, caso se considere o teor do enunciado 168 de súmula de jurisprudência predominante do STJ, assim redigido: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

Nada obstante, sustenta-se que persiste a oportunidade de nova apreciação da matéria, pois nos precedentes em apreço não se examinou o tema à luz do princípio constitucional da isonomia. Poder-se-ia ainda argumentar que cabe ao STJ apenas uniformizar[37] a interpretação da legislação federal. Ao que se responde que, para bem desempenhar seu mister, deverá aquele Tribunal, como de resto qualquer outro, observar princípios vetores do Estado Democrático de Direito brasileiro, dentre os quais se destaca o princípio constitucional da isonomia.

Posto isso, isso, encerra-se o tópico com a seguinte conclusão: a tese ora defendida, ou melhor, a incidência de prazo prescricional de 3 anos nas pretensões indenizatórias exercitadas contra o Poder Público encontra respeitáveis defensores, no plano jurisprudencial não menos que no doutrinário.

---

[36] Ao tempo em que se finaliza o estudo, pontua-se que o tema se encontra pendente de apreciação no Resp 1.251.993-PR, submetido ao regime do art. 543-C do CPC. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesmonocraticas/decisao.asp?registro=201101008870&dt_publicacao=13/6/2012. Acesso em 04.07.2012.

[37] Em recentíssima publicação, eminente jurista italiano enfatizou a relevância da uniformização jurisprudencial, seja como técnica para combater o problema da morosidade que aflige a justiça cível italiana, não menos que a brasileira, seja como meio de concretizar o princípio constitucional da igualdade. PROTO PISANI, Andrea. Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione. *RePro* 191/201-210.

8.UMA OBSERVAÇÃO

A aplicação do princípio constitucional da isonomia sugerida talvez suscite o presente questionamento: havia justificativa para que houvesse prazo prescricional menor em relação ao Poder Público pelo simples fato de este figurar como réu no processo? Por outras palavras, não era, ou se tornou inconstitucional, ao menos a partir da promulgação da CF/88, a previsão de prazo prescricional diferenciado em proveito do Poder Público? Ora, ainda que assim o fosse, e o texto não cuida desse ponto, isso não impede, agora, que se aplique idêntico dispositivo para reger a contagem de prazo prescricional, quer se trate de particular, quer se trate do Poder Público no pólo passivo de ação indenizatória. Pensando bem, a (hipotética) inconstitucionalidade do art. 1.º do Decreto-Lei 20.910/32, originária ou superveniente[38], pode ser empregada precisamente para justificar a aplicação do art. 206, § 3.°, V, defendida no texto. Seja como for, um (suposto e pretérito) erro não justifica outro (concreto e atual) equívoco.

9.PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E A FIXAÇÃO DE PRAZO PRESCRICIONAL DIANTE DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Nada obstante o que se deixou dito no tópico anterior, é certo que o princípio constitucional da isonomia convive com o princípio da especialidade. Diz-se isso para pontuar que, em conhecida obra doutrinária[39], sustentou-se que este último princípio mantém de pé a prescrição qüinqüenal afastada no texto. Eis o que se deixou escrito:

> (...) o prazo prescricional de três anos estabelecido no Código Civil para a reparação civil em nada afeta os prazos diferenciados pelo Direito Público e no Código de Defesa do Consumidor. Pelo princípio da especialidade, a prescrição no caso de acidente de consumo (fato do produto ou do serviço) continua sendo de 5 anos, consoante o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor; contra a Fazenda Pública persiste a prescrição qüinqüenal, posto que ainda vigente o Decreto-Lei 20.910/32.

[38] A rigor, melhor se afigura dizer que o artigo em apreço não teria sido (por hipótese) recepcionado pela Constituição Federal brasileira vigente.
[39] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 6. ed. Malheiros Editores, 2006, p. 145-146.

O exame da passagem supra citada se fará a partir da seguinte indagação: terá sido igual o critério distintivo empregado pelo legislador para instituir a diferenciação de prazos no âmbito do direito público e dos casos de *acidente de consumo*? Afirma-se que não. Eis o porquê. Ao tempo da edição do Decreto, a responsabilidade civil do Estado brasileiro era fundamentalmente regida pelo art. 15 do CCB de 1916. E, segundo autorizada doutrina,[40] a responsabilização ali consagrada era de ordem subjetiva, tal como se dava, caso a demanda indenizatória se voltasse contra o particular.

Ou seja, o que levou o legislador a instituir a diferenciação de prazos prescricionais foi tão-só a presença do Poder Público na relação de direito material controvertida.

Antes que se formule objeção fundada no argumento ora exposto, vai uma ressalva. Isso para pontuar que a presença de pessoa jurídica de direito público no pólo passivo de ação justifica, sim, a diferenciação[41] de prazos processuais (art. 188 do CPC), haja vista: a) as dificuldades inerentes à obtenção de informações perante o órgão da administração envolvido para subsidiar a elaboração da defesa;

b) o número de demandas em que o Poder Público figura como parte[42] e

c) que a condenação será suportada, direta ou indiretamente como queira, pela coletividade.

Quanto a esse último ponto, expressiva a lição de eminente jurista, hoje Ministro[43] do Supremo Tribunal Federal, que presidiu a comissão encarregada de elaborar o

[40] Idem, p. 254-255.

[41] Em outra oportunidade, defendeu-se que o denominado requerimento de suspensão de liminar não viola o princípio constitucional da isonomia. SOARES, Leonardo Oliveira. O requerimento de suspensão de eficácia de liminar como desdobramento do direito fundamental do réu à tutela jurisdicional adequada. *Revista Dialética.* n. 86. São Paulo: Dialética, maio 2010. Em sentido contrário, vide COELHO GONÇALVES. Helena de Toledo. As inovações do mandado de segurança. *RePro* 191/152-155.

[42] O fato de ter havido efetiva alteração nos quadros das Procuradorias encarregadas da representação judicial das pessoas jurídicas de direito público não afasta o ponto salientado no texto. Com efeito, pois as garantias constitucionais de acesso à justiça (art. 5.º XXXV) e de obtenção de gratuidade para demandar em juízo (art. 5.º, LXXIV), fizeram e fazem eclodir ações das mais diversas a fim de que a sociedade (*rectius:* seus membros), legitimamente saliente-se, exija do Poder Público gama de prestações a que cada cidadão brasileiro faz jus e que não se encontravam contempladas em textos constitucionais anteriores.

[43] FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I, p. 337. No mesmo sentido, NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 96-105. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo.* 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 34. Em sentido contrário, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil,* cit., pp. 216 e 217. LEITE, Ezequias da Silva. O Cidadão e a Fazenda Pública. Disponível em cihttp://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18675/O_Cidad%C3%A3o_e_a_Fazenda_P%C3%BAblica.pdf?sequence=2. Acesso em: 01.02.2011. SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, p. 124. Vale salientar que, na página citada, o respeitado jurista deixa expresso que o "tema, contudo, é dos mais polêmicos".

anteprojeto de Código de Processo Civil (PLS 166/2010[44], atualmente PL 8046/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados), para quem:

> A finalidade da norma excepcional é a proteção do interesse público; por isso a Fazenda diferentemente do particular, vela em juízo por objetos litigiosos difusos, tornando evidente que "a prerrogativa não ofende o princípio isonômico encartado na Constituição Federal"(grifos no original).

Situação diversa, bem se vê, daquela referente ao plano extraprocessual, consubstanciada no prazo para o exercício de pretensão indenizatória.

Por outro lado, no que toca à reparação de danos oriundos do chamado acidente de consumo (prevista no art. 27 da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor) o critério diferenciador é bem outro. Decerto não será o fundamento material da responsabilidade que justificará a existência de prazos diversos, pois a responsabilidade objetiva prevista em mencionada lei, hoje, abrange também a administração pública (art. 37, § 6.º da CF/88), estendendo-se até mesmo a outras áreas (vide cláusula geral disposta no parágrafo único do art. 927 do NCBB). Realmente, a peculiaridade reside no fato de o Texto Constitucional brasileiro estabelecer em seu art. 170, V que a ordem econômica se apoia, dentre outros, no princípio da proteção ao consumidor. Eis aí a justificativa para que a pretensão indenizatória mencionada na passagem doutrinária em análise seja regida conforme prazo prescricional previsto em estatuto específico (Código de Defesa do Consumidor). Estatuto que nada fez senão regulamentar o mandamento constitucional supra mencionado, conforme determina o art. 5.º, XXXII da CF/88.

Nesse caso, sim, e pelas razões ora expostas, o princípio da especialidade encontra fundamento constitucional, pelo que deve ser observado o prazo disposto no art. 27 da Lei 8.078/90.

[44] No PL 8.046/2010, há previsão (art. 106) de intimação pessoal e de que serão contados em dobro todos os prazos processuais para manifestação da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. No art. 95 do PLS 166/210 então enviado ao Senado, havia idêntica previsão, mas com a observação de que a contagem iniciar-se-ia a partir da intimação pessoal, *mediante carga ou remessa dos autos.*

10.A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RELEVÂNCIA DA TESE

Aceita ou não a proposição apresentada, é fato que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, toda a legislação infraconstitucional deve ser interpretada e reinterpretada à luz do Texto Constitucional vigente.

E essa premissa metodológica, ousa-se dizer, não poderá ser negada por você, paciente leitor que me acompanha.

Daí, salvo melhor juízo, a relevância, ou, se preferir a utilidade da tese.

11.OBERVAÇÃO FINAL

A tese se assenta no princípio constitucional da isonomia. Ou melhor, na interpretação que se lhe conferiu ao longo da exposição.

Poder-se-á dizer que a argumentação se presta, de igual forma, para refutar esse ou aquele prazo hoje em vigor referente ao Poder Público.

Já se demonstrou, contudo, a partir da diferenciação de prazos processuais, que o princípio em questão deve ser compreendido sempre à luz de situações concretas.

E, no texto, nada mais se fez que particularizar o discurso no tocante a demandas indenizatórias.

Agora, sejamos francos, nada justifica que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, goze o Poder Público, ou quem quer que seja de tratamento diferenciado, no plano material ou processual, senão na hipótese de haver critério racional que autorize a distinção.

12.CONCLUSÃO

A prescrição se apresenta como meio legítimo de estabilização das relações jurídicas no Estado Democrático de Direito brasileiro.

O legislador infraconstitucional acertou ao afastar do conceito de prescrição a ideia de extinção da ação e ao reduzir os prazos prescricionais. Nesse último caso, nada mais fez que trazer para o campo do processo algo inerente ao mundo da vida.

O mesmo não pode ser dito ao propósito do indevido liame feito entre prescrição e extinção da pretensão.

Foi de igual modo infeliz o legislador ao autorizar o juiz a reconhecer *ex officio* a prescrição, já que esta pode ser objeto de renúncia.

O princípio constitucional da isonomia convive com o princípio da especialidade.

Por isso, nada obsta a que haja prazos prescricionais diversos, tal como ocorre no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que se afirme não haver justificativa para fixação de prazo prescricional diferenciado, como o fez o art. 1.º do Decreto-Lei 20.910/32, isso não afasta a conclusão de que, atualmente, com base no princípio constitucional da isonomia, a regra disposta no art. 206, § 3.º, V do NCBB rege, deve reger o exercício de pretensões indenizatórias quer figure, quer não como réu o Poder Público.

Decididamente um (suposto e pretérito) erro não justifica o cometimento de (concreto e atual) equívoco.

13.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIN FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir prescrição e decadência. *Revista dos Tribunais.* vol. 836. São Paulo: Ed. RT, jun. *2005.*

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o direito processual. *Temas de Direito Processual* – 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Prescrição Administrativa: Autonomia do Direito Administrativo e Inaplicabilidade da Regra Geral do Código Civil. *Revista dos Tribunais*. vol. 779. São Paulo: Ed. RT, set. 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil.* n 43. *São Paulo,* set.-out. 2006.

_____. *A nova execução de sentença.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. 6. ed. *Programa de Responsabilidade Civil.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição.* Tradução do original italiano - 2.ed. Instituzioni di Diritto Processuale Civile por Paolo Capitanio; com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 1.

COELHO GONÇALVES. Helena de Toledo. As inovações do mandado de segurança. *Revista de Processo*. vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo.* 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. vol. II.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3. ed., rev., Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

_____.José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo.* vol. *190,* dez. 2010.

LEITE, Ezequias da Silva. O Cidadão e a Fazenda Pública. Disponível em cihttp://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18675/O_Cidad%C3%A3o_e_a_Fazenda_P%C3%BAblica.pdf?sequence=2. Acesso em: 01.02.2011.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral.* Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 6.

_____.*Tratado de direito privado: parte geral.* Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 5.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil.* 6 ed. São Paulo: Ed. RT., 1996

PROTO PISANI, Andrea. Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione. *Revista de Processo.* vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. de 2011.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em http://www.miguelreale.com.br/index.html. Acesso em: 19.01.2011.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

SERRAGLIA, Ana Carolina Daldegan. *Revista Dialética de Direito Processual.* n. 93. São Paulo: Dialética, dez. 2010.

SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no Estado de Direito Transnacional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil.* n. 66. São Paulo, jul./ago. 2010.

_____.O requerimento de suspensão de eficácia de liminar como desdobramento do direito fundamental do réu à tutela jurisdicional adequada. *Revista Dialética*. n. 86. São Paulo: Dialética, maio 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição Federal.* Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007. vol. I.

THEORODO JR., Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais.* vol. 836. São Paulo: Ed. RT, jun. 2005.

[i] Trabalho publicado originariamente na *RePro* 195, maio 2011. Em seguida, na *Revista Jurídica* n. 412, fev. 2012. Aprovado, por unanimidade, como tese no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, que ocorreu na capital mineira entre os dias 27 a 30 de setembro de 2011. Texto revisto, acrescido e atualizado.

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

EMBARGOS INFRINGENTES E O NOVO CPC: MANUTENÇÃO OU EXTINÇÃO?

Marco Antônio dos Santos Rodrigues

Professor Assistente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e professor de cursos de pós-graduação em Direito. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público e Doutorando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Thaís Boia Marçal

Advogada no Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público.

Resumo: A manutenção ou extinção do recurso de embargos infringentes no sistema processual civil brasileiro é discussão que permeia o cenário doutrinário e jurisprudencial desde a elaboração do Código de Processo Civil de 1973. Com o presente estudo, pretendeu-se apresentar os argumentos que embasam ambas as teses, concluindo-se por sua extinção, com o consequente acerto da proposta da Câmara dos Deputados em tornar as hipóteses de cabimento de tal recurso uma técnica de julgamento que prolonga a deliberação colegiada para a sessão seguinte, de modo a permitir que seja convocado outro magistrado para apreciar a questão junto ao Colegiado já formado.
Palavras-Chaves: Embargos Infringentes. Novo Código de Processo Civil. Manutenção. Extinção. Técnica de julgamento.

Abstract: The maintenance or extinction of the appeal "embargos infringentes" on civil procedure system is a discussion that permeates Brazilian doctrinal and jurisprudential scenario since the establishment of the Civil Procedure Code in 1973. This study intends to present the reasons that support both thesis, concluding for the extinction, and consequently that the proposal by the House of Representatives to transform it in trial technique is good, which extends the deliberation for the next session, to allow it to be summoned another magistrate to analyze the appeal with the Board already formed.
Keywords: Appeal "Embargos Infringentes". New Civil Procedure Code. Maintenance. Extinction. Technic of judgement.

Sumário: 1. Nota introdutória; 2. Breve histórico e conceituação atual; 3. Considerações favoráveis à extinção do recurso de embargos infringentes no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Considerações favoráveis à manutenção dos embargos infringentes; 5.

Ponderações sobre os embargos infringentes e sua manutenção ou não no novo Código; 6. Síntese conclusiva; Referências bibliográficas.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O recurso de embargos infringentes suscita discussão doutrinária há bastante tempo. A necessidade de sua permanência no ordenamento jurídico pátrio é alvo de teses antagônicas defendidas por diversos doutrinadores nacionais.

Diante das discussões travadas por ocasião da tramitação do PLS 166/2010 (Projeto do Novo Código de Processo Civil) junto ao Senado Federal e, posteriormente, do PL 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, percebe-se que o debate reacendeu as chamas, uma vez que a extirpação de tal modalidade recursal no novo diploma processual civil em tramitação é defendida por diversas vozes nacionais, como se verá a seguir.

No presente estudo, buscou-se sistematizar as principais posições sobre o tema, com base nos argumentos capitaneados por alguns autores pátrios, de maneira a permitir ter uma real noção do cenário doutrinário brasileiro, podendo-se, assim, chegar a uma conclusão sobre sua inclusão ou não no novo sistema processual.

2. BREVE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO ATUAL

Segundo Araken de Assis[1], os embargos infringentes são uma evolução do pedido de reconsideração oposto contra sentenças, sendo que este representava expediente criado para atalhar as dificuldades práticas relacionadas ao procedimento de apelação no antigo direito português, sendo cabível contra as sentenças para declará-las (embargos de declaração), para modificá-las (embargos modificativos) ou revogá-las (embargos ofensivos).

De acordo com o autor, posteriormente, os embargos passaram a exercer uma dupla função: oposição à execução e atacar sentenças ainda impugnáveis.

Atualmente, percebe-se que é um recurso peculiar ao direito brasileiro, pois desapareceu do direito português com a edição do Código de Processo Civil em 1939, conforme elucida Egas Moniz de Aragão[2].

[1] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 546.
[2] ARAGÃO, Egas Moniz de. *Embargos Infringentes*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 41.

No Código de Processo Civil brasileiro de 1939, por sua vez, já eram previstos os embargos de nulidade e infringentes do julgado, em seu artigo 833, para impugnação à decisão não unânime de apelação, ação rescisória ou mandado de segurança, consoante alteração nesse diploma ocorrida em 1946.

Na vigência do atual Código de Processo Civil, o recurso em questão era inicialmente admissível sem a exigência de reforma de sentença em grau de apelação ou rescisão de julgado em sede de ação rescisória. Assim sendo, bastava o mero julgamento não unânime da decisão, para que fossem cabíveis os embargos infringentes, o que lhes conferia um amplo cabimento.

Com o advento da Lei nº 10.352/2001, os embargos infringentes passaram a ser tratados como o recurso cabível contra acórdão não unânime que houver reformado, em grau de apelação[3], a sentença de mérito, ou houver julgado procedente o pedido de ação rescisória (art. 530), sendo admissível a sua interposição de maneira autônoma ou na forma adesiva (art. 500, II)[4]. Vê-se, portanto, que os embargos passaram a exigir julgamento por maioria de votos no acórdão da apelação ou da ação rescisória, o que demonstra que tal meio de impugnação necessita de duas manifestações divergentes em relação ao acórdão vencedor: a da sentença apelada ou rescindenda, e a do voto vencido.

No tocante aos acórdãos proferidos na oportunidade julgamento de apelação, urge salientar que José Carlos Barbosa Moreira[5] adverte que, mesmo antes da Lei nº 10.352/2001, não seriam embargáveis as decisões consideradas como "meramente institucionais", exemplificando estas como sendo às que se limitam a ordenar diligências. O processualista acrescenta que não se poderia considerar como embargáveis as decisões tomadas preliminarmente ao julgamento do recurso de apelação, além de ser incabível contra o julgamento do agravo retido nos autos, uma vez que este se trata de recurso distinto.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar que no processo civil pátrio também há a previsão de outros embargos infringentes, no artigo 34 da Lei de Execução Fiscal (Lei

[3] Ressalte-se que parcela da doutrina entende ser cabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão que julga remessa necessária e tiver reformado sentença monocrática. À guisa de exemplo, cita-se: MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume III. Campinas: Milennium, 2000, pp. 177-178. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento em sentido diverso, conforme Enunciado da Súmula 390.

[4] DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 437.

[5] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume V. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 524.

nº 6.830/80), porém com finalidade distinta dos infringentes do Código de Processo Civil: trata-se de recurso com papel análogo ao de uma apelação, com as finalidades típicas desta, para impugnação a sentenças de execuções fiscais de valor que não supere 50 ORTN's – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Como configuram recurso distinto daquele previsto no estatuto processual, não serão objeto de análise no presente estudo.

3. CONSIDERAÇÕES FAVORÁVEIS À EXTINÇÃO DO RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Analisando-se os embargos infringentes na história do direito processual brasileiro, é possível perceber que já na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, o qual adotou a linha teórica defendida pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, foi sustentada a desnecessidade da manutenção de tal espécie recursal, uma vez que a existência de um voto vencido não seria apta por si só a justificar a instituição de uma nova via recursal, haja vista que, seguindo esta lógica, sempre deveria ser cabível a interposição de novos embargos infringentes sempre que subsistir um voto vencido. Contudo, sob a justificativa de busca do aperfeiçoamento do pronunciamento jurisdicional, se estaria sacrificando o ideal de justiça, ao acarretar um prolongamento da discussão processual por grande lapso temporal.

Contudo, segundo José Carlos Barbosa Moreira[6], no projeto definitivo do Código de Processo Civil, tal recurso reapareceu com as mesmas características consagradas no diploma anterior, inexistindo qualquer explicação na Exposição de Motivos que justificasse tal concepção legislativa.

Nessa esteira, Luiz Guilherme Marinoni[7] sustenta que, se esta espécie recursal já se revelava injustificável há 20 anos, apresenta-se como insuportável na realidade contemporânea dos Tribunais, que exige cada vez mais eficiência e rapidez, em respeito ao direito à tempestividade da tutela jurisdicional, o qual não pode ceder diante da mera ilusão de que quanto mais se decide sobre uma causa, mais perfeita é a tarefa da jurisdição.

[6] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Novas vicissitudes dos embargos infringentes". *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002, p. 183.
[7] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 223.

Ada Pellegrini Grinover[8] compartilha da mesma orientação jurídica, ao afirmar não ter explicação que os embargos infringentes tenham sido mantidos pelo Código de 1973, haja vista não atenderem aos anseios da simplificação demonstrados alhures pelo diploma em vigor, pois bastaria um voto divergente para ser gerada uma espécie de *bis in idem* de julgamento.

Carlos Alberto Carmona[9] é adepto à extinção de tal modalidade recursal, buscando alicerçar seu entendimento na própria origem da nomenclatura dada a tal espécie recursal, pois, etimologicamente, embargar significa embaraçar, reprimir, infringir, por sua vez é sinônimo de violar, quebrar. A partir desta noção, tem-se que o recurso de embargos infringentes permaneceria no ordenamento jurídico apenas e tão somente para embaraçá-lo, violando a harmonia do sistema de impugnações às decisões criadas pelo novel processual.

Em que pese reconhecer os avanços alinhavados por ocasião da edição da Lei nº 10.352/2001, que restringiu deveras as hipóteses de cabimento de tal recurso, Humberto Theodoro Junior[10] também se posiciona favorável a sua extinção, ressaltando o efeito nocivo à efetividade da prestação jurisdicional de tal meio de impugnação.

Imperioso salientar as considerações de Araken de Assis[11], ao frisar que a realidade condena os embargos infringentes, bastando averiguar as vicissitudes do seu julgamento, uma vez que, na prática, inexistem contribuições inéditas nas manifestações dos demais integrantes do órgão *ad quem*, que, em geral, são integrantes de outro órgão fracionário com idêntica competência material. A partir desse cenário, o autor sustenta que a única consequência real, nas chamadas causas repetidas, é o autor do voto vencido aderir à maioria, ressaltando a opinião diferente nos casos futuros, retirando da parte a oportunidade de manejar os aludidos embargos infringentes.

4. CONSIDERAÇÕES FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. 2ª Edição. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 126.
[9] CARMONA, Carlos Alberto. "Embargos Infringentes". *Revista do Advogado* (AASP), n. 27, p. 20.
[10] THEODORO JUNIOR, Humberto. "Da redução da área de cabimento dos embargos infringentes e da ampliação do efeito devolutivo da apelação". *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.31, v. 6, p. 7.
[11] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 547-548.

Flávio Cheim Jorge[12] revela-se um dos principais defensores da manutenção de tal modalidade recursal no sistema processual brasileiro, defendendo que ainda nos tribunais de 2º grau que não têm por objeto principal a interpretação e a uniformidade de uma lei federal, como ocorre no Superior Tribunal de Justiça, seria inquestionável que uma decisão proferida por maioria de votos apresenta a sua certeza abalada, o que poria em risco, por conseqüência, a segurança jurídica.

Perfilhando a mesma linha teórica, Tereza Arruda Alvim Wambier[13] afirma que o legislador agiu com equilíbrio ao restringir a hipótese de cabimento dos embargos com a Reforma de 2001, sem extirpá-los do processo civil brasileiro.

Com base em tais considerações, Gisele Heloísa Cunha[14] sustenta que a orientação do legislador considerou referenciais mais políticos do que jurídicos, dado o volume de demandas apresentadas ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, encontra-se também a posição de Sérgio Shimura[15], ao afirmar que, no momento em que existe divergência na votação, impõe-se uma reflexão maior sobre determinado assunto, exigindo maior cuidado em alguma particularidade, o que justifica a criação de uma oportunidade de composição das diferenças dentro do colegiado. Dessa forma, o autor sustenta que restaria justificada a permanência dos embargos infringentes no sistema recursal brasileiro.

De modo a enfrentar a recorrente tese de que os embargos infringentes deveriam ser extirpados do ordenamento pátrio devido ao fato de só subsistir no sistema processual brasileiro, Pedro Miranda de Oliveira[16] aduz que tal argumento não convence, sustentando, ainda, que a sua inconsistência rivaliza com sua impertinência, pois acarretaria a conclusão

[12] JORGE, Flavio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 263 *Apud* CUNHA, Gisele Heloísa. "Embargos infringentes: a Lei 10.352/2001 e as novas hipóteses de cabimento". In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 992.

[13] WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. "Anotações sobre a teoria geral dos recursos*"*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 71.

[14] CUNHA, Gisele Heloísa. "Embargos infringentes: a Lei 10.352/2001 e as novas hipóteses de cabimento". In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. *Op. cit*., p. 999.

[15] SHIMURA, Sérgio. "Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 498.

[16] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. "O novo regime dos embargos infringentes". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 611.

de que a nossa ciência processual estaria um passo atrás da desenvolvida no continente europeu, o que afirma não ser verdade.

Com base alicerçada, primordialmente, na teoria da argumentação jurídica, José Augusto Garcia de Souza[17] defende a permanência de tal modalidade recursal no sistema brasileiro, a partir da análise da sua relação custo-benefício, que considera formidável, haja vista, ressaltada a excepcionalidade do seu cabimento, que se trata de um recurso barato e que pesa pouco, não inviabilizando, em termos globais, a meta da aceleração da prestação jurisdicional no Brasil. Ademais, os embargos infringentes, quando manejados, produziriam efeitos notáveis para as partes e para o sistema, subjetiva e objetivamente, haja vista que trariam maior certeza para as partes sobre a decisão tomada pelo Poder Judiciário, além de fortalecer a argumentação no ambiente processual.

O mencionado processualista acrescenta que abolir atualmente os embargos infringentes seria desconsiderar o salto evolutivo trazido pela relativamente recente Lei nº 10.352/01, que conseguiu dotar o recurso de um perfil mais equilibrado e razoável. Registre-se que o autor ainda vai além, ao sustentar que o melhor seria ampliar o cabimento de tal recurso, suprimindo-se a sua adstrição a julgamentos de mérito[18].

5. PONDERAÇÕES SOBRE OS EMBARGOS INFRINGENTES E SUA MANUTENÇÃO OU NÃO NO NOVO CÓDIGO

A justificativa para a existência dos embargos infringentes, nos termos da redação atual do art. 530 do Código de Processo Civil, com texto proveniente da alteração promovida pela Lei nº 10.352/01, se baseia no fundamento de que deveria ser somada ao entendimento esposado pelo magistrado de piso a orientação adotada pelo voto do integrante do tribunal *ad quem* que restou vencido quando do julgamento do recurso submetido à aludida instância superior.[19] Do cálculo oriundo do somatório dos "votos"[20]

[17] SOUZA, José Augusto Garcia de. "Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual". *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, Volume V, p. 598.
[18] *Idem, ibidem*, p. 599.
[19] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume 2. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 106.
[20] Usa-se o termo "votos" entre aspas, pois, comumente, tal vocábulo é utilizado para designar a orientação jurídica esposada por membro de órgão colegiado instância superior (seja ordinária ou extraordinária), só que na contabilização das orientações esposadas será considerada a orientação jurídica manifestada pelo magistrado *a quo* por meio de prolação de ato judicial intitulado como sentença, nos termos do disposto no Código de Processo Civil pátrio.

resultaria um empate, fato este apto a justificar uma rediscussão da matéria por meio da oposição do recurso em análise.

A adoção desse sistema é inspirada nas ideias propugnadas no Código de Processo Civil de 1939, que previa em seu art. 833 que eram cabíveis os embargos infringentes, quando não houvesse unanimidade no acórdão que, em grau de apelação[21], houvesse reformado sentença[22]. Frise-se que, seguindo essa sistemática, o efeito devolutivo resta limitado ao voto vencido em segundo grau, sendo certo que tal via recursal apresenta como única e exclusiva finalidade fazer prevalecer o voto vencido.

Todavia, adotar tal entendimento gera certos problemas na prática, como, por exemplo, o fato de ter o magistrado sentenciante resolvido o mérito da causa com base em fundamento "x", o julgador vencido ter mantido a sentença, mas com fundamento em argumento "y" e os demais integrantes do órgão colegiado reformado a sentença com base na argumentação "z". Nesse caso, não parece que houve de fato um empate, pois o que ocorreu foi a adoção de três entendimentos diferentes, sendo que dois destes entendimentos permitiram conclusão "a" e a adoção deste outro permitiu a conclusão "b".

Como exemplo dessa hipótese, pode ser citada a seguinte situação: o magistrado sentenciante entende que a dívida não deve ser paga, em razão de ter operado a prescrição de sua cobrança. Nesse caso, o magistrado resolve o mérito da demanda, com fulcro no disposto no art. 269, IV, do CPC. Contra tal entendimento é interposta apelação e, no momento de seu julgamento, resta vencida o orientação do desembargador que entende que, de fato, o pleito do exeqüente deve ser julgado improcedente, mas com base no argumento de que a dívida não pode ser exigível, pois a obrigação que supostamente seria apta a lhe originar não foi cumprida da maneira conforme fora pactuada. Entretanto, vence o entendimento esposado pelos demais magistrados da instância revisora, que entenderam que a obrigação que originou a dívida restou devidamente cumprida, razão pela qual não é devido o pagamento ao exeqüente.

Ora, na hipótese, não há que se falar que o voto do desembargador deve ser somado à sentença proferida pelo magistrado de piso, uma vez que o fundamento jurídico que oferece guarida é diverso. O fato de sua conclusão ser idêntica não parece suficiente a justificar a oposição de novo recurso, haja vista que a linha argumentativa acarreta

[21] Há que se ressaltar que, no bojo do CPC de 39, só era cabível apelação contra sentença definitiva, nos termos do disposto em seu art. 820. Neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit*., p. 106.
[22] *Idem, ibidem*, p. 106. Registre-se que, a partir de 1946, com o Decreto nº 8.570, os embargos deixaram de ter a restrição de que a sentença tivesse sido reformada, para que fossem cabíveis.

conclusões diversas. Nesse caso, não se estaria diante do mencionado "empate" que seria o fundamento de existência do recurso sob estudo. Na verdade, estar-se-ia diante de um julgamento 2x1x1.

Com efeito, insta salientar que os embargos infringentes parecem realmente não ser um recurso adequado à luz da garantia constitucional da duração razoável do processo. Quando da utilização de tal meio de impugnação, o jurisdicionado já teve a oportunidade de exercício de seus direitos constitucionais de contraditório e ampla defesa em duas instâncias ordinárias – no caso de embargos em face de apelação, exerceu-os em primeiro grau de jurisdição e para apelar ou ofertar contrarrazões, e na hipótese de atacarem julgado de rescisória, já foi possível influenciar plenamente a formação da decisão judicial tanto na ação originária como para julgamento da ação rescisória.

Diante disso, os embargos infringentes configuram um recurso em excesso no sistema recursal pátrio, pois prolongam a discussão nas instâncias ordinárias, sendo que os jurisdicionados já tiveram duas ocasiões de exercício de seus direitos processuais, o que atrasa a chegada a uma prestação jurisdicional final.

Nessa linha, o PLS 166/2010 (Projeto do Novo Código de Processo Civil) junto ao Senado Federal se revelou consentâneo ao valor celeridade, ponderando a busca da melhor decisão com os prejuízos da imposição de utilização de mais um meio recursal, além dos diversos que as partes já podem manejar. Assim, no projeto oriundo do Senado, os embargos infringentes não foram previstos, o que representaria a sua extirpação do ordenamento jurídico, em benefício da duração razoável do processo e da tempestividade da tutela jurisdicional.

Insta acrescentar a solução para essa controvérsia apresentada pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, que, na qualidade de Relator Geral do Projeto em tramitação na Câmara dos Deputados, opinou no sentido de que sempre que, no julgamento de apelação, agravo ou ação rescisória, houver um voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita a reversão da decisão. Nesse caso, haveria a simplificação do procedimento de tal via recursal, haja vista que não seria mais necessário recorrer de mais uma decisão, bem como não seria aberto prazo para apresentação de contrarrazões, ocorrendo apenas e tão somente a continuação do julgamento na sessão seguinte com a

ampliação do quórum de julgadores. Contudo, tal solução inaugura algumas peculiaridades na sistemática processual brasileira. Explica-se.

Segundo a proposta apresentada pelo aludido Deputado, os embargos infringentes perderiam a sua essência recursal, haja vista que os recursos possuem como uma de suas características marcantes a sua voluntariedade[23]. A partir de então, surgiria no ordenamento processual brasileiro uma nova técnica de julgamento no caso de acórdãos não unânimes.

Frise-se que a partir dessa nova sistemática, essa técnica de julgamento não se limitará às mesmas hipóteses outrora ensejadoras dos embargos infringentes, pois não ficará restrita às hipóteses de reforma ou rescisão de julgado, sendo cabível também em qualquer julgamento de apelação, agravo e mesmo de ação rescisória.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

Em síntese, observa-se que os defensores da extinção dos embargos infringentes do ordenamento jurídico pátrio apresentam suas teses alicerçadas basicamente em razões históricas ou no excesso de recursos que acarretariam a demora da entrega final da prestação jurisdicional, haja vista que o manejo de tal via recursal ensejaria o rejulgamento da causa e, por consequência, prolongaria o andamento do processo. Ademais, não poderia admitir-se o cabimento de um recurso apenas em razão da existência de um voto vencido, eis que contrário à efetividade do processo um recurso com tal finalidade[24].

Já os adeptos à manutenção de tal espécie recursal no sistema processual brasileiro apresentam como principal fundamento o fato de sua existência garantir a segurança jurídica, uma vez que a possibilidade de desacerto ou desequilíbrio no julgamento colegiado seria eliminada pela interposição dos embargos infringentes.[25]

[23] Neste sentido, vale ressaltar que os recursos "podem ser manejados pela parte, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público (CPC [/73], art. 499), e não pelo próprio órgão jurisdicional, inexistindo recurso *ex officio* no direito processual civil brasileiro)" (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34).
[24] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil* – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. Volume 3. 7ª Edição. Salvador: *Jus*Podium, 2009, p. 217.
[25] *Idem*, *ibidem*, p. 218.

Ante o exposto, revela-se imperioso nortear a educação processual civil nas linhas propostas por Cândido Rangel Dinamarco[26], ao prezar pelo equilíbrio entre velocidade e certeza, de modo a garantir que a qualidade da decisão judicial não seja comprometida, bem como não se viole o princípio constitucional da duração razoável do processo. Nesse sentido, parece ser mais consentâneo com as garantias da tutela jurisdicional justa e da duração razoável do processo a exclusão dos embargos infringentes do ordenamento jurídico, evitando mais uma instância de revisão de determinados acórdãos.

Assim, conclui-se, na linha proposta por Diogo Caneda dos Santos[27], que é preciso buscar soluções compatíveis com a realidade tal como ela se apresenta, sendo um relevante avanço legislativo a proposta de conversão das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes em uma nova técnica de julgamento, que tenha por base a continuação da sessão de julgamento com a inclusão de mais um membro julgador, de modo a se garantir uma maior certeza acerca da decisão a ser tomada pelo Colegiado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Embargos Infringentes*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume 2. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. "Embargos Infringentes". *Revista do Advogado (AASP)*, n. 27, pp. 20-27.

CUNHA, Gisele Heloísa. "Embargos infringentes: a Lei 10.352/2001 e as novas hipóteses de cabimento". In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 991-999.

[26] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232.
[27] SANTOS, Diogo Caneda dos. "Embargos Infringentes: um recurso desnecessário". *Revista da AJURIS*, n. 82, Tomo I, p. 317.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil* – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. Volume 3. 7ª Edição. Salvador: *Jus*Podium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. 2ª Edição. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume III. Campinas: Milennium, 2000

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Novas vicissitudes dos embargos infringentes". *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20, 2002, pp. 180-192.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume V. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. "O novo regime dos embargos infringentes". In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Diogo Caneda dos. "Embargos Infringentes: um recurso desnecessário". *Revista da AJURIS*, n. 82, tomo I, pp. 311-318.

SHIMURA, Sérgio. "Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)". In: In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, José Augusto Garcia de. "Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual". *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume V, pp. 560-613.

THEODORO JUNIOR, Humberto. "Da redução da área de cabimento dos embargos infringentes e da ampliação do efeito devolutivo da apelação". *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.31, v. 6, pp. 5-22.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. "Anotações sobre a teoria geral dos recursos". In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Natália Brambilla Francisco

Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: sucessão, regime de bens e cônjuge. Pós-Graduada em Direito Processual Civil na Universidade Anhanguera - Uniderp, no Curso de Pós-Graduação Televirtual LFG - Rede Luiz Flávio Gomes. Atua como advogada no escritório V N Advogados Associados, em Tramandaí.

Resumo: O princípio da segurança jurídica e a imprevisibilidade das decisões judiciais. A imprevisibilidade das decisões judiciais viola o princípio da segurança jurídica em nosso país, trazendo assim a necessidade de estudar quais as soluções e as conseqüências de tal problema. Também a influência do Direito na Economia é clara, tal qual a importância do Judiciário como instituição econômica, e o impacto no campo econômico dos problemas existentes no Judiciário. As possíveis soluções para os problemas apontados como prejudiciais ao desenvolvimento econômico, e o estudo dos precedentes utilizados nos países de common law. A busca pela segurança jurídica e o que fazer para esta não ser violada.

Palavras-chave: segurança jurídica, imprevisibilidade, consequências, súmula vinculante.

Abstract: The principle of the legal security and the unpredictability of the judicial decision. The unpredictability of the legal security invade the principle of the legal security in our country, bringing so the necessity of the to study what the solutions and the effects of the problem. Also the influence of Law in the Economy is clear, and the importance of the Judiciary as economic institution, and the impact on the economic field of the problems existing on the Judiciary. The solucion possible for the problems pointed as harmful of the economic development, and the estudy of the stare decisis utilizes on the countries of the common law. The search for the legal security and what to do for this not to be violated.

Keywords: legal security, unpredictability, consequence, binding precedent.

1.O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Atualmente nas sociedades contemporâneas há a necessidade de discutir-se a respeito da segurança jurídica, afim de preservar a sua própria sobrevivência, tratando da

mesma não só com o intuito filosófico, mas buscando também a sua positivação. Tal preocupação torna-se mais evidente quanto menor é a estabilidade da sociedade.[1]

O princípio da segurança jurídica é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, possuindo ligação direta com os direitos fundamentais

Ora, tal princípio tem grandiosa importância, pois identifica-se com a busca da justiça.

Já o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni[2] faz uma pequena tradução sobre o conceito de segurança jurídica, no Estado de Direito: A segurança jurídica,vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser 'Estado de Direito'.

O princípio da segurança jurídica encontra-se implícito em diversos ordenamentos. Já a doutrina considera a segurança jurídica uma expressão do Estado de Direito, por ser um dos seus estruturadores, além de ser um direito fundamental do indivíduo.

Luiz Guilherme Marinoni[3] diz que o cidadão necessita da certeza de que o Estado e os demais indivíduos se comportarão de acordo com o direito e que os órgãos estatais o respeitarão. Além disso, também é preciso ter a segurança de que haverá previsibilidade na consequência de suas ações, e na necessidade de a ordem jurídica possuir estabilidade.

A segurança jurídica é obtida através da consciência jurídica, não sendo possível apontar um principal responsável para a realização da mesma.[4]

O entendimento do Ministro José Augusto Delgado[5], em seu artigo, é de que, a segurança jurídica, para ser compreendida, deve ser examinada como: garantia de previsibilidade das decisões judiciais; meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; veículo garantidor da fundamentação das decisões; obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais

[1] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 78-79
[2] MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010
[3] MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010, pg. 26
[4] FANTONI JR, Neyton. Segurança Jurídica e Interpretação Constitucional. RJ 238/13. ago/97, pg. 22
[5] DELGADO, José Augusto. A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na. Segurança Jurídica. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>. Acesso em 11 dez. 2011.

(por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; e fundamentação judicial adequada.

José Amaury Maia Nunes[6] trata dos paradoxos da segurança jurídica, suscitando que a mesma possui "o gérmen da sua própria destruição", primeiramente porque o Direito ampliou seu acesso nos últimos tempos, o que implica a necessidade de aumentar a produção de regras, que perdem seu caráter genérico, tornando-se mais específicas, aumentando os riscos de colisão. As novas relações jurídicas trazem complexidade às normas, em razão da restrição de assuntos.

Após, o próximo paradoxo implica que, para buscar a segurança jurídica apesar da expansão e especialização do Direito, encontram-se diversas peças que, infelizmente, resultarão na insegurança jurídica, como a inflação de leis, a má elaboração de normas, multiplicação das chamadas guinadas jurisprudenciais, etc.

Tais paradoxos trazem a dúvida: "se tudo o que se encontra fixado nos ordenamentos jurídicos permanecer constante, ainda é possível falar em segurança jurídica?"[7]. O autor questiona quais as medidas que a sociedade deve enfrentar para reencontrar seus fundamentos jurídicos, mas não encontra resposta muito precisas.

Ainda, traz o autor Carlos Aurélio Mota de Souza[8], em sua obra, os principais motivos geradores da insegurança no Direito:

> • Excesso de leis;
> • O câmbio muito rápido das leis;
> • A inflação monetária;
> • Uma cultura da litigiosidade ou gosto de litigar, até mesmo por emulação;
> • Baixo nível cultural do povo;
> • Sistemas econômicos opressivos;
> • Corrupção administrativa, falta de confiança nos funcionários da justiça, falta de ética nas empresas e profissões;
> • Descrença nos mecanismos judiciários e na própria justiça.

Tais motivos variam, e o autor discorre sobre os motivos, alguns com cunho cultural, outros políticos, ou até mesmo jurídicos.

1.2 A SEGURANÇA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO

[6] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 88
[7] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 88
[8] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico, São Paulo, LTr, 1996, pg. 159

Em nossa Constituição encontra-se inserido em diversos princípios que a tutelam, como o princípio da legalidade, da inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, embora não trate diretamente em um direito fundamental à segurança jurídica.

Inúmeras são as normas infraconstitucionais onde o Estado tutela a segurança. Visivelmente temos a norma fundamental sobre a inviolabilidade da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Já no Código de Processo Civil, há regras que tratam, por exemplo, da preclusão, para que não haja ato processual fora do tempo previsto em lei.

Entretanto, nos dias atuais, colocar em prática o princípio da segurança jurídica traz uma consciência constitucional ao cidadão. A violação à Constituição Federal pode atingir qualquer um, trazendo desânimo e descrédito em relação às instituições, revelando um pessimismo quando trata-se de direitos fundamentais.[9]

Ora, o conhecimento antecipado dos atos e suas consequências permite a estabilidade das relações cotidianas.

1.3 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Araken de Assis[10] diz que, aplicar as mesmas resoluções para as teses jurídicas, "constitui objetivo universal".

Ou seja, o doutrinador afirma que um processo não pode depender da sorte, para que seja distribuído neste ou naquele tribunal.

Inicialmente, a discrepância na interpretação dos julgadores em seus julgamentos, "desaponta e revolta os destinatários da atividade jurisdicional".[11]

O doutrinador traz um pequeno exemplo, no caso de duas câmaras do mesmo grupo, de um tribunal único para julgar determinado assunto, que adotem soluções opostas sobre o recebimento de vantagem à servidores públicos, de matéria já prevista em lei local. Não haverá, de acordo com Araken, solução para a diferença. Não é o caso de correção da violação pela uniformização via recurso especial, tãopouco de ação rescisória. Após o

[9] FANTONI JR, Neyton. Segurança Jurídica e Interpretação Constitucional. RJ 238/13. ago/97, pg. 16
[10] ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1005 p., pg. 328
[11] ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1005 p., pg. 328

trânsito em julgado de tais casos, haverão servidores com idêntico cargo, porém recebendo proventos de valores diferentes, apenas por azar de um deles. Em casos assim, sugere-se uma maneira de revisar os julgados podendo ser decidido que o caso errôneo é o da decisão que forneceu a vantagem, e a que negou, como sendo a correta.[12]

Já o doutrinador Osmar Mendes Paixão Cortês[13], diz que é necessário decidir se as situações são semelhantes ou não. Trata, citando Hart Herbert L A, o conceito de direito, p. 174, diz que Herbert Hart analisa o conceito de justiça, em duas partes: "Um aspecto uniforme ou constante, resumido no preceito 'tratar da mesma maneira os casos semelhantes', e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para uma dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes".

Assim, é simples perceber que com a imprevisibilidade das decisões judiciais, além da violação ao princípio da segurança jurídica, há a violação ao princípio da proteção da confiança, o qual, traduz a ideia de que o cidadão tem o direito de confiar nos atos emanados dos poderes públicos.

Ora, a moralidade também está elencada com este princípio, pois deve estar presente em todos os atos do Poder Público. O doutrinador Hely Lopes Meirelles afirma que as atividades do poder público devem, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência, terão ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence.[14]

Em artigo publicado, o mestre Joaquim Falcão[15] diz: "No presente inseguro, garantir futuro seguro – uma difícil tarefa das normas jurídicas. Sobretudo se considerarmos que insegurança jurídica é gênero com inúmeras espécies."

Conclui o doutrinador listando os 5 subtipos de segurança jurídica, tais como a insegurança administrativa, pois não é possível saber quanto tempo o processo irá perdurar; a inefetividade da decisão judicial do juiz, pois na prática, muitas decisões não são cumpridas, tanto no âmbito cível quanto criminal; a imprevisibilidade interpretativa, vista a impossibilidade de prever como o juiz decidirá em cada caso, o que é considerado natural pelo autor; a inflação normativa, que trata-se da incapacidade de empresas e

[12] ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1005 p., pg. 328-329

[13] CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. Súmula Vinculante e Segurança Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, PG. 22

[14] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pg. 90

[15] FALCÃO, Joaquim. Insegurança Jurídica. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=46506>. Acesso em: 08 de mar. de 2012

indivíduos respeitarem as normas que regulamentam suas vidas, já que são tantas normas que provocam a incerteza legislativa e, por último, a insegurança contratual, pois a diferença e a divergência são da natureza do contrato.[16]

2. A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1 Introdução

O importante, no presente trabalho, é aprofundar o assunto da segurança jurídica sob o ponto de vista da previsibilidade, ficando claro que, com a imprevisibilidade das decisões judiciais, além da violação ao princípio da segurança jurídica, há a violação ao princípio da proteção da confiança.

O modelo de certeza, ou seja, a sua ideia , é trazido pelo doutrinador Jorge Amaury Maia Nunes[17], como também a relatividade de tal modelo, por ser totalmente diversa da certeza obtida com a matemática.

Um dos motivos da falta de previsibilidade às decisões no Brasil, é a falta de uniformidade na produção das normas jurídicas individuais, conforme o autor Jorge Amaury Maia Nunes, que trata: "A pluralidade de órgãos da jurisdição dotados da mesma competência em qualquer ordenamento jurídico é uma realidade incontrastável."[18]

Todos estes órgãos, não só no Brasil, mas em todos os sistemas jurídicos de *civil law*, obtém o poder de produzir normas jurídicas, sem obrigação nenhuma de observar se outro órgão tenha produzido algo tratando do mesmo assunto.

Ora, o surgimento de julgados dispares em casos semelhantes ou idênticos ocasionaram a imprevisibilidade das decisões judiciais, ou seja a falta de sintonia e uniformização na aplicação do direito.

A uniformidade na aplicação do direito é defendida por diversos doutrinadores, para que tornem-se previsíveis os resultados dos processos, principalmente por Araken de Assis, que destaca:

---

[16] FALCÃO, Joaquim. Insegurança Jurídica. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=46506>. Acesso em: 08 de mar. de 2012

[17] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 96

[18] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 97

> a preocupação com julgamentos uniformes para casos similares sempre existiu em todos os ordenamentos e épocas e interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides.[19]

Traz à tona os momentos de angústia e incerteza passados, ocasionados pela imprevisibilidade, o autor Jorge Amaury Maia Nunes[20], quando entende que o juiz, que deveria ser apenas o possuidor da boca que pronuncia as palavras da lei, atualmente é substituído pela liberdade de aplicação pelo magistrado é ampliada, em obediência à hermenêutica clássica, ou em atenção à teoria da argumentação, seja em atenção à escola do Direito livre, ou em acatamento à escola do Direito alternativo.

O Estado de Direito, tem o dever e o poder de assegurar para os indivíduos, o máximo de previsibilidade.

2.2 Consequências da imprevisibilidade das decisões judiciais

A infração ao princípio da confiança, com a supressão ou redução de algum direito já adquirido, implica na inconstitucionalidade de todas as medidas que venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado, de acordo com o doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho.[21]

Ou seja, é discutido pelo autor Ingo Sarlet[22] o retrocesso havido como consequência da infração do direito fundamental social da segurança jurídica, pois o Estado democrático de Direito impõe tal fundamento.

O ministro José Augusto Delgado afirma:

> A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se

[19] ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1005 p., pg. 805
[20] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 96
[21] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 474-475
[22] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, pg. 112-113

> causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático e do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.[23]

Após toda a análise já apresentada a respeito do princípio da segurança jurídica, é possível concluir que a doutrina vem aumentando o estudo sobre o assunto, tendo em vista o crescimento do número de decisões judiciais decididas de forma diferenciada em relação à diplomas legais idênticos incidindo sobre fatos iguais.

Cabe lembrar também, da importância da segurança jurídica na atualidade, na esfera tributária, já que atualmente, a jurisprudência não tem valorizado, em algumas decisões judiciais, o princípio da segurança jurídica, quando emite entendimentos muito divergentes tratando de fatos idênticos.[24]

Tais posicionamentos geram preocupações, por este motivo, o ministro José Augusto Delgado traz em seu texto exemplos, de manifestações contrárias em nossos tribunais.

2.3 Imprevisibilidade x economia do país

Uma das maiores preocupações das consequências trazidas pela imprevisibilidade é sua influência na economia do País.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, é do conhecimento de todos a falta de previsibilidade nas decisões em nosso país, e o desequilíbrio que isto pode trazer para a economia, pois, quem tenha interesse em investir em nosso país a longo prazo terá desconfianças a respeito. É o que diz o autor:

> A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país. Os investidores, atentos à elevação do risco, tendem a não se contentar com retornos razoáveis (os que estimariam como tais em outras economias com marcos institucionais estabilizados). Ao invés de investidores de longo prazo, aos quais interessa um maior comprometimento com o lugar da inversão, esse desequilíbrio acaba atraindo especuladores, risk makers, interessados unicamente

[23] DELGADO, José Augusto. A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na. Segurança Jurídica. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>. Acesso em 11 dez. 2011.
[24] DELGADO, José Augusto. A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na. Segurança Jurídica. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>. Acesso em 11 dez. 2011.

> em aportar seus capitais onde terão, a curtíssimo prazo, o melhor retorno.[25]

As estudantes de Direito Manuelle Carvalho Cabral e Andréia Patrícia Vieira[26] realizam um breve ensaio, trazendo algumas das reações e problemas trazidos na economia do país motivados pela imprevisibilidade:

> A falta de segurança no campo jurídico provoca três reações possíveis, prejudiciais à eficiência econômica: não realizar as transações que têm alto nível de risco; realizá-las de outra forma; ou compensar a baixa segurança com o uso mais intenso das instituições jurídicas disponíveis, consumindo dessa forma mais recursos em atividades-meio.

Ora, processos que trazem de questões repetidas, deveriam ser tratadas no mesmo processo de conhecimento, é o que diz o ministro, e, ainda, conclui: "A falta de segurança jurídica (dentre as quais a morosidade do Judiciário e a imprevisibilidade das decisões judiciais são fatores importantes) é um dos entraves ao crescimento sócio-econômico do país".[27]

Bruno Silva quando faz uma breve introdução das maneiras para evitar tais imprevisões, que serão tratadas no presente trabalho, faz as seguintes reclamações:

> Seria muito bom se as partes pudessem saber qual será o desfecho de determinadas ações judiciais: não proporiam ações inviáveis e poderiam fazer negócios jurídicos com segurança. A redução do número de ações faria com que todas as demais ações tramitassem mais rápido, tornando a Justiça mais eficaz. O círculo virtuoso seria ainda maior, pois isso desestimularia medidas procrastinatórias (exemplo: recursos protelatórios que seriam rapidamente julgados, obtenção de liminares que seriam rapidamente revogadas pelo tribunal etc), isto é, desestimularia que as pessoas usassem a Justiça para praticar injustiças. Hoje, ao contrário, como a Justiça é lenta, muitas pessoas usam medidas judiciais para ganhar tempo para o

[25] COELHO, Fábio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. Disponível em: <http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html> Acesso em: 09 de mar. de 2012

[26] CABRAL, Manuelle Carvalho; VIEIRA, Andréia Patrícia. O Poder Judiciário como Instituição Econômica.
VIA JUS. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2281>. Acesso em: 11 abril 2012.

[27] DELGADO, José Augusto. A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na. Segurança Jurídica. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>. Acesso em 11 dez. 2011.

> cumprimento de suas obrigações; além disso, o grau de imprevisibilidade das decisões judicial é elevado demais, o que aumenta a insegurança jurídica.
> Por todos esses motivos, é preciso mudar radicalmente a situação do Judiciário brasileiro, sob pena de condenarmos o Brasil a um círculo vicioso e infernal de subdesenvolvimento.[28]

Assim, com todas as críticas já apresentadas, é interessante observar, nos próximos capítulos, os remédios jurídicos existentes e possíveis para resolver tais problemas.

2.4. Os poderes do juiz para criação de decisões judiciais

No Brasil, teoricamente, os juízes possuem certa submissão à lei. Deve ser procurado um apoio, para que possa formar a jurisprudência com base na legislação. Somente em casos excepcionais o magistrado tem o poder de criar alguma regra no direito. Atualmente, muitas vezes o juiz insiste em procurar na lei respaldo para suas decisões, embora o legislador tenha tratado que a lei pode não ter previsto tudo.[29]

Desta forma, é criada a jurisprudência, que possui essencial papel criador.

Ainda, é sempre possível uma mudança na jurisprudência, sem que os juízes estejam obrigados a justificá-la.

Ora, a regra do precedente é rejeitada pela maioria dos magistrados, tendo em vista que este deve ater-se às regras aplicadas num caso concreto, já que, em nosso ordenamento, e em todos os países da família romano-germânica, a referência deve ser doutrinal ou legislativa, limitando-se a estas fontes do direito, que devem ser utilizadas para defender suas decisões, e estes não podem ultrapassar tais limites transformando-se em legisladores quando utilizarem-se dos princípios do direito.[30]

[28] SILVA, Bruno Mattos e. A súmula vinculante para a Administração Pública aprovada pela Reforma do Judiciário. Disponível em: < http://www.brunosilva.adv.br/exibir.php?id=78> Acesso em: 09 de mar. de 2012

[29] DAVID, Rene. Os grandes sistemas do direito contemporaneo. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pg. 118

[30] DAVID, Rene. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pg. 120

Conclui também o autor Fabiano de Bem da Rocha[31] que a sentença deve atuar ainda que na lacuna ou falta de clareza da lei, ora, neste caso, é quando a sentença, proferida pela juiz, terá função criadora, assim:

> por entender que o juiz ao aplicar a analogia e princípios gerais do direito e, conseguintemente, cumprir sua função obrigatória de sentenciar, exprime atividade quase idêntica à do legislador, passando à formação do direito judicial, ou seja, aquele que vale somente para o caso concreto, distinto do direito legislado, de cuja validade se aplica a todos.

3. A VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3.1. A uniformização da jurisprudência e sua necessidade

Diversas são as tentativas de assegurar a certeza do direito, buscando a estabilidade na jurisprudência. Tal preocupação é vista em muitos países, embora a doutrina algumas vezes recuse o papel da jurisprudência como fonte do direito.[32]

É dever dos tribunais assegurar que a jurisprudência seja clara, transparente e justa, com o objetivo de uma justiça íntegra e ágil.

Apresenta o doutrinador Francisco Sousa Filho, que "a uniformização da jurisprudência conduz na sábia interpretação e aplicação escorreita das leis a todos os casos julgados, como forma de se fazer uma justiça imparcial, reta, justa, equânime e qual para todos."[33]

A doutrinadora Teresa Wambier diz que: "para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados".[34]

---

[31] ROCHA, Fabiano de Bem da. A função criadora da sentença e o direito processual civil brasileiro. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, RJ , n.76 , p.57-60, maio 2005

[32] DAVID, Rene. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pg. 126

[33] SOUSA FILHO, Francisco Xavier de. A uniformização da jurisprudência no interesse dos Tribunais para celeridade da ação na Justiça. Disponível em: http://www.jornalpequeno.com.br/2007/6/10/Pagina57824.htm. Acesso em: 14 de abr. de 2012

[34] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009, pg. 144

De nada adianta ter uma só lei com várias interpretações, é como se várias leis disciplinassem a mesma circunstância.[35]

3.2 OS PRECEDENTES VINCULANTES NOS PAÍSES DE COMMON LAW – COMPARAÇÕES COM CIVIL LAW

O precedente judicial é o mais utilizados nos sistemas de *common law*, onde a prática do *stare decisis* está ligada à falta de norma escrita, antigamente no direito inglês, e que os juízes formulariam uma decisão em cada caso. Atualmente, tal princípio continua o mesmo, ou seja, "a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente, caracterizada no brocardo *stare decisis et non quieta movere*."[36]

O doutrinador Paulo Stanich Neto conceitua o instituto:

> É o instituto que vincula decisões proferidas nos tribunais das instâncias superiores pelos inferiores nos casos futuros que a mesma matéria for analisada.
>
> O precedente tem papel importante em duas situações distintas neste sistema: O da criação de nova norma e da interpretação de norma em vigor.[37]

As doutrinadoras Gisele Leite e Denise Heuseler esclarecem as diferenças entre o precedente, da *common law* e a jurisprudência dominante, da *civil law*. No sistema do precedente menciona-se somente o caso julgado anterior e já no sistema que adota a jurisprudência, utilizam-se várias decisões para provar que o entendimento jurisprudencial é adotado naquele sentido.[38]

Já a brilhante doutrinadora Teresa Wambier compara ambos os institutos:

[35] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009, pg. 146
[36] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 121
[37] NETO, Paulo Stanich. O Precedente no Common Law. Disponível em: <http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=220&rv=Direito> . Acesso em 10 de abr. de 2012
[38] LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. Common Law à brasileira. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3035, 23 out. 2011 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20262>. Acesso em: 10 abr. 2012.

> A partir de uma visão comparada, pretendemos demonstrar que tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade. O mais curioso é que os sistemas de *civil law* são uma criação pretensamente racional que teve como objetivo específico, e praticamente declarado, o de alcançar exatamente aquelas finalidades que, como se sabe, no Brasil, nem sempre são alcançadas.[39]

Teressa Wambier diz que, no *common law*, os cidadãos não podem ser surpreendidos, e que a previsibilidade é fundamental ao Estado de Direito. Lá, as normas devem ser compreensíveis e cognoscíveis, ou seja, os precedentes devem ser obedecidos para que seja realizado o *common law*. Também é reconhecido que, os casos não são totalmente idênticos, no entanto, são consideradas algumas particularidades daquele caso.[40]

A intenção e tentativa maior na doutrina norte-americana é a utilização desta técnica para que haja segurança jurídica, pois haverá previsibilidade na aplicação, embora muitas vezes possa não ser a melhor, é o que afirma o autor Jorge Amaury Maia Nunes.[41]

Ainda, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, adverte:

> Quando se diz que o juiz do *common law* cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, isto é, da lei. A decisão não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes.[42]

No entanto, o doutrinador Paixão Cortês[43] afirma que: "na tradição inglesa, a decisão judicial tem duas funções. A primeira, de dirimir a controvérsia imediata, e a segunda de estabelecer o precedente, que servirá de base para futuras decisões e trará, por conseqüência, a segurança jurídica".

O autor também conclui que o objetivo principal do precedente é dar a continuidade, previsibilidade, segurança, certeza e flexibilidade ao sistema.[44]

---

[39] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009, pg. 122
[40] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009, pg. 128, 129
[41] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 121
[42] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg. 38
[43] CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. Súmula Vinculante e Segurança Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, PG. 112-113
[44] CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. Súmula Vinculante e Segurança Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pq. 114

A respeito da segurança e a previsibilidade, comparando os sistemas de civil Law e common Law, o doutrinador Luiz Guilherme Marninoni comenta:

> A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade que a sociedade precisa para se desenvolver.[45]

Ora, há a discussão de que, qual dos sistemas respeita mais a segurança jurídica, trazida por muitos doutrinadores.

Por este motivo é muito discutido em diversos países sobre a interpretação da lei, no civil Law, concluindo que os juízes interpretam a lei, no entanto, divergem e "proferem inúmeras decisões diferentes ao aplicarem o texto da lei, continuou aceitando que a lei seria suficiente para garantir a segurança e a previsibilidade".[46]

O doutrinador conclui que em ambos os sistemas é possível chegar-se à diversas interpretações e variadas decisões. No entanto, no *common law* há a intuição de que o juiz não pode ser apenas um revelador do direito costumeiro, presumindo-se que ele possui a função de criador, e presumindo que a certeza jurídica é obtida a partir do *stare decisis*; já no *civil law* há a permanência da ideia de que o juiz está a vontade do direito, o que encobre a realidade, pois, apesar de falar em segurança jurídica, a população encontra-se desnorteada com tantas regras e tantas decisões divergentes.[47]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é possível perceber que o princípio da segurança jurídica está interligado com todos os princípios constitucionais, já que traz a tranqüilidade necessária para o indivíduo conduzir sua vida sem surpresas.

[45] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg. 63
[46] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg. 63
[47] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg. 64

Também não é inovadora a discussão a respeito do impacto econômico das decisões judiciais. A tentativa de respeitar o princípio da segurança jurídica trará somente benefícios, como a distribuição da Justiça e a estabilidade das relações sociais, o que deve ser objetivo principal do Estado Democrático de Direito, e precisa ser seguido constantemente.

Trazer ao Judiciário resultados exageradamente políticos e ideológicos traz preocupações aos operadores do Direito, principalmente quando nos deparamos com casos assim.

Este passa a ser um tema não só debatido por renomados juristas, como também de economistas, empresários e políticos, já que, quanto maior o grau de previsibilidade e estabilidade nas relações contratuais, assim será maior o número de investimentos e negócios a serem realizados.

No entanto, não é possível afirmar que estes novos projetos e institutos irão solucionar todos os problemas relacionados à segurança jurídica e, principalmente, à demora recursal, mas após este estudo, é possível concluir que as medidas vêm demonstrando eficiência, sem trazer prejuízo aos julgamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Súmula vinculante: será este o caminho?**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 787, p. 35-56, maio 2001.

ANJOS AZEVEDO, LUCIANA DOS. **Uma Análise da Segurança Jurídica no Ordenamento Brasileiro à luz do Artigo 285-A do CPC.** Disponível em <www.tex.pro.br>, Acesso em 31 out. 2011.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 162 p. (Coleção Estudos de Direito de Processo. Enrico Tullio Liebman, 29).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

CABRAL, Manuelle Carvalho; VIEIRA, Andréia Patrícia. **O Poder Judiciário como Instituição Econômica**. VIA JUS. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2281>. Acesso em: 11 abril 2012.

CAMPOS, Luciana Dias de Almeida. **A repercussão geral: um conceito jurídico indeterminado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2768, 29 jan. 2011 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18381>. Acesso em: 16 abr. 2012.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **O princípio da segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4318>. Acesso em: 30 jul. 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **A justiça desequilibrando a economia**. Valor econômico, Disponível em: <http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>. Acesso em 01 ago. 2011.

CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Segurança e Direito.** O Renascer do Direito, 2ªed., Saraiva, 1980, pg. 29

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 556 p.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na. Segurança Jurídica**. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>. Acesso em 11 dez. 2011.

FALCÃO, Joaquim. **Insegurança Jurídica**. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=46506>. Acesso em: 08 mar. 2012.

FANTONI JR, Neyton. **Segurança Jurídica e Interpretação Constitucional**. RJ 238/13. ago. 97.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Direito natural e positivismo jurídico. Justiça, segurança e interpretação jurídica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1390, 22 abr. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9770>. Acesso em: 31 jul. 2011.

FREITAS, Marina Cardoso. **Análise do julgamento da repercussão geral nos recursos extraordinários.** 2009.124f. Dissertação (Pós-graduação em processo civil) – Escola de formação da sociedade brasileira de direito público. São Paulo. p.9

GOMES, Luiz Flávio. **Súmulas Vinculantes e Independência Judicial.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v.86, n.739, p.11-42, maio 1997.

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **Common Law à brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3035, 23 out. 2011 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20262>. Acesso em: 10 abr. 2012.

LIMA, Tallita Cunha de. **A imprevisibilidade das decisões judiciais: violação aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade.** 2009. 72 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central, Gama, 2008. Disponível em: <http://www.faciplac.edu.br/direito/revista/artigos/atual/a_imprevisibilidade_das_decisoes_judiciais.pdf > Acesso em 16 abr. 2012

MACEDO JR., Alberto Republicano de. **Julgamento antecipado da lide como forma de evitar a morosidade judicial e garantir a observância dos princípios da celeridade e da efetividade.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 99-101, abr./jun. 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. RePro, São Paulo, n. 172, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica.** Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. **Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau.** Revista de Processo 191, São Paulo, ano 36, p. 187-200, jan. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, Iure Pedroza. **O precedente judicial e o art. 285-A do CPC.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1478, 19 jul. 2007 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10164>. Acesso em: 15 abr. 2012.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da uniformização de jurisprudência.** Revista dos Tribunais, volume 613, ano 75, novembro de 1986, p. 15-20

MONTEIRO, Vitor Trigo. **O artigo 285-A do CPC à luz do direito à duração razoável do processo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3085, 12 dez. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20619>. Acesso em: 15 abr. 2012.

MONTESQUIEU, **O espírito das leis: as formas de governo – a divisão dos poderes.** Trad. Pedro Vieira Mota. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NETO, Paulo Stanich. **O Precedente no Common Law.** Disponível em: <http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=220&rv=Direito> . Acesso em 10 de abr. de 2012.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Do Advogado, 2000. 168 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1998. 749 p.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2299, 17 out. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13707>. Acesso em: 11 abr. 2012.

ROCHA, Fabiano de Bem da. **A função criadora da sentença e o direito processual civil brasileiro**. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, RJ , n.76 , p.57-60, maio 2005.

RUBIO LLORENTE, Francisco et al. **Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial.** Barcelona: Ariel, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso**

Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SILVA, Bruno Mattos e. **A súmula vinculante para a Administração Pública aprovada pela Reforma do Judiciário.** Disponível em:
< http://www.brunosilva.adv.br/exibir.php?id=78> Acesso em: 09 de mar. de 2012.

SOUSA FILHO, Francisco Xavier de. **A uniformização da jurisprudência no interesse dos Tribunais para celeridade da ação na Justiça.** Disponível em: <http://www.jornalpequeno.com.br/2007/6/10/Pagina57824.htm> Acesso em: 14 abr. 2012.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico**, São Paulo, LTr, 1996.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **Recursos especiais repetitivos: recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior tribunal de Justiça.** Revista de Processo, v. 191, p. 161-186, 2011

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A súmula vinculante vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros.** Revista Jurídica Notadez. Porto Alegre, v. 57, n. 379, p. 29-52, maio 2009.

PARTE III. CÓDIGO MODELO

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL
CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS – JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL – PARA IBERO-AMÉRICA

Aprovado pela Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual por ocasião das XXIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, ocorridas em Buenos Aires, no dia 8 de junho de 2012, cujo projeto fora concluído, em fevereiro de 2012, pela Comissão Revisora, composta pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Brasil (presidente); Ricardo Perlingeiro, Brasil (secretário-geral); Abel Zamorano, Panamá; Adriáns Simons, Peru; Angel Landoni Sosa, Uruguai; Carlos Manuel Ferreira da Silva, Portugal; Euripides Cuevas, Colômbia; Gumesindo García Morelos, México; Ignacio M. Soba Bracesco, Uruguai; Juan Antonio Robles Garzón, Espanha; Maria Rosa Gutiérrez Sanz, Espanha; Odete Medauar, Brasil; Ruth Stella Correa Palacio, Colômbia; Sergio Artavia Barrantes, Costa Rica.

Buenos Aires

2012

Ficha Catalográfica

Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América/ Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Buenos Aires, 2012. Aprovado pela Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual por ocasião das XXIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, ocorridas em Buenos Aires, no dia 8 de junho de 2012, cujo projeto fora concluído, em fevereiro de 2012, pela Comissão Revisora, composta pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Brasil (presidente); Ricardo Perlingeiro, Brasil (secretário-geral); Abel Zamorano, Panamá; Adriáns Simons, Peru; Angel Landoni Sosa, Uruguai; Carlos Manuel Ferreira da Silva, Portugal; Euripides Cuevas, Colômbia; Gumesindo García Morelos, México; Ignacio M. Soba Bracesco, Uruguai; Juan Antonio Robles Garzón, Espanha; Odete Medauar, Brasil; Rosa Gutiérrez Sanz, Espanha; Ruth Stella Correa Palacio, Colômbia; Sergio Artavia Barrantes, Costa Rica.

1. Direito processual. 2. Processo administrativo. 3. Processo judicial. I. Título.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. A ideia de um Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – surgiu em novembro de 2008, em Niterói, em evento acadêmico junto ao Núcleo de Ciências Judiciárias da Universidade Federal Fluminense (Nupej/UFF). A Comissão para elaborar a proposta de um Código foi instituída pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual em março de 2009 e chancelada nas XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas em Santiago do Chile, em agosto de 2010. Da referida Comissão, participaram os seguintes membros do Instituto: Ada Pellegrini Grinover, Brasil (presidente); Ricardo Perlingeiro, Brasil (secretário-geral); Angel Landoni Sosa, Uruguai; Euripides Cuevas, Colômbia; Ignacio M. Soba Bracesco, Uruguai; Juan Antonio Robles Garzón, Espanha; Maria Rosa Gutiérrez Sanz, Espanha; Odete Medauar, Brasil; Ruth Stella Correa Palacio, Colômbia. Após sucessivas reuniões a distância, a Comissão encontrou-se em março de 2011, em Bogotá, na Faculdad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, quando finalizou a proposta do Código Modelo. Na reunião da diretoria do Instituto, em São Paulo, no mês de junho de 2011, foi constituída a Comissão de Revisão, que incluiu, além dos anteriores, os seguintes juristas: Abel Zamorano, Panamá; Adriáns Simons, Peru; Carlos Manuel Ferreira da Silva, Portugal; Gumesindo García Morelos, México; Sergio Artavia Barrantes, Costa Rica. Ada Pellegrini e Ricardo Perlingeiro continuaram, respectivamente, como presidente e secretário-geral. Em fevereiro de 2012, a Comissão Revisora concluiu os trabalhos para apresentação do Projeto de Código Modelo de Processos Administrativos para Ibero-América.

2. Os Códigos Modelo não são novidade no espaço ibero-americano. Em 1967, nas Jornadas de Caracas e Valencia, na Venezuela, surgiu a ideia de confecção de dois projetos de normas processuais com o objetivo de servirem de orientação às reformas legislativas a serem promovidas nos países latino-americanos. Iniciava-se, então, com o trabalho de juristas e comissões, a elaboração dos Códigos Modelo de Processo Civil e Processo Penal. Em 2004, o Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, nas XIX Jornadas de Caracas, aprovou o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, e, em

2008, nas XXI Jornadas Ibero-Americanas, de Lima, aprovou-se o Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América.

3. O Projeto de Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América adota a expressão "processo" como gênero, referindo-se, no Título I, a processo administrativo extrajudicial, como equivalente a procedimento administrativo em contraditório, e, no Título II, a processo administrativo jurisdicional. Evitou-se a nomenclatura "contencioso administrativo", para que o Código possa servir de modelo tanto para os países de jurisdição dúplice (que adotam tribunais administrativos) como para os de jurisdição una (em que o Poder Judiciário também soluciona os conflitos administrativos). O Projeto vale-se, ainda, das expressões "jurisdição administrativa" e "justiça administrativa", para designar, respectivamente, a prestação jurisdicional especializada e os órgãos estatais responsáveis por essa atuação.

4. O processo administrativo extrajudicial é entendido como todo e qualquer procedimento, em contraditório, a) destinado a preparar decisões administrativas que possam incidir sobre interesses ou direitos dos interessados; b) em que se configure uma controvérsia entre a Administração e o interessado; c) ou uma controvérsia entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, em que a solução possa advir da Administração. Os princípios fundamentais do processo administrativo extrajudicial foram classificados quanto à sua natureza material ou processual. Os princípios que regem a Administração, na dicção do Projeto, são os da constitucionalidade, convencionalidade, legalidade, moralidade, boa-fé, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e confiança legítima (art. 2o). Além destes, incluem-se como princípios próprios do processo administrativo extrajudicial os da isonomia, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, oficialidade, verdade material, preclusão administrativa e formalismo moderado (art. 4o). Destaca-se que a autoridade administrativa, ao considerar a lei ou o ato a que estiver vinculada anticonvencional ou inconstitucional, poderá descumpri-la, representando necessariamente aos órgãos de controle competentes para a declaração de anticonvencionalidade ou de inconstitucionalidade (art. 2o, parágrafo único). Dessa forma, conciliam-se os princípios da convencionalidade e da constitucionalidade com os da segurança jurídica e da subordinação hierárquica administrativa.

5. Logo em seus primeiros artigos, o Projeto atentou para um dos maiores desafios dos atos administrativos: a falta de uniformidade das decisões em relação a interessados na mesma situação fática, alimentando a pluralidade de demandas repetitivas, principalmente na esfera jurisdicional, com o potencial de abalar a segurança jurídica. A isonomia a que está vinculada a Administração foi regulada de modo que, quando "a questão de fundo de uma pretensão individual estiver relacionada com os efeitos jurídicos de um comportamento administrativo de alcance geral, o desfecho do conflito passará a ser do interesse da coletividade destinatária daquele comportamento e, portanto, a solução deverá advir de uma decisão administrativa, única e com efeitos erga omnes" (art. 5o). Reflexo direto dessa regra é a do art. 72, II, a respeito dos acordos judiciais que envolvam normas administrativas ou atuações de alcance geral, atingindo necessariamente todos aqueles que se encontrarem na mesma situação fática, ainda que desses acordos não tenham participado. Com o propósito de minimizar os feitos repetitivos, estão previstos, ainda, a possibilidade de a sentença que procede ao desfazimento de normas ou atos ter alcance geral (art. 57), o incidente de coletivização no caso de controle jurisdicional de políticas públicas (art. 25) e o processo piloto (art. 35). Nesse contexto, o Projeto prevê a legitimidade para iniciar o processo extrajudicial àqueles cujos direitos e interesses forem afetados direta ou indiretamente, compreendendo-se aí os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 12, II), o que repercute no processo judicial quanto à legitimidade universal (art. 51, 3) e à intervenção de terceiros no caso de possibilidade de coisa julgada erga omnes ou ultra partes (art. 52).

6. Aliás, é marca do Projeto a simetria entre os princípios fundamentais e as regras gerais do processo administrativo extrajudicial (cada vez mais frequente) e do processo administrativo jurisdicional. O princípio da verdade real no processo extrajudicial (art. 10) mantém simetria com o dos poderes instrutórios do juiz (art. 41); o princípio da oficialidade (art. 9o), com os do impulso processual (art. 46) e o da ordem processual (art. 47); o da publicidade e do direito à informação (art. 18), com o da publicidade processual (art. 50); os princípios da moralidade e da boa-fé, com os da boa-fé e lealdade processual (art. 48). O contraditório e a ampla defesa devem corresponder não apenas ao direito de ser ouvido – tendo seu Day in court – ou de produzir provas, mas principalmente ao de obter uma decisão que considere os argumentos deduzidos (arts. 6o e 7o), o que mantém correspondência com o contraditório na fase jurisdicional (arts. 39 e 49), impedindo-se que

haja desconsideração da pessoa jurídica ou a constituição de um título executivo tributário não precedido de processo administrativo prévio (arts. 16 e 17). Quanto ao princípio da razoável duração do processo, instaurado no interesse do particular, a necessidade de uma providência em tempo razoável leva à presunção de indeferimento da pretensão, no caso de omissão, e abre a oportunidade para a via recursal ou jurisdicional (art. 8o, III). Aliás, a previsão de recurso administrativo com efeito suspensivo

automático representa mudança de paradigma para muitos sistemas ibero-americanos, e a regra proposta parte da possibilidade de ilicitude dos atos administrativos (arts. 14, § 3o, e 8o, I), com clara repercussão no processo jurisdicional cautelar (arts. 58, 4, e 59, 3).

7. A segurança jurídica opera como limite ao poder de autotutela da Administração. O desfazimento dos atos, das normas ou das decisões administrativas eivados de ilegalidade, mas que tenham produzido efeitos favoráveis aos administrados, depende de processo judicial prévio e deve ocorrer, em uma perspectiva objetiva, somente dentro de determinado prazo, salvo comprovada má-fé, ou, em uma perspectiva subjetiva, quando não implicar quebra de confiança do interessado na estabilidade do comportamento da Administração. Encontra-se, assim, presente no Projeto a matriz objetiva francesa da segurança jurídica ao lado do subjetivismo alemão, com o princípio da confiança legítima (arts. 19 e 20). Também se relacionam com o princípio da segurança jurídica a vedação de aplicação retroativa de nova interpretação de norma ou ato e de nova orientação fixada para a matéria (art. 8o, V), a preclusão com efeitos equivalentes à coisa julgada imposta à Administração (art. 13), a proibição de revisão administrativa in pejus (art. 15, § 2o) e os efeitos modulatórios de sentença que decide sobre normas ou atos em caráter erga omnes (art. 57). A impugnação judicial ou extrajudicial de comportamentos da Administração deve estar sujeita a um prazo capaz de resguardar o interesse público, estabilizando situações, mas também o direito de terceiros de boa-fé, sem prejuízo de a Administração, a qualquer tempo, reconhecer direitos subjetivos (arts. 21 e 54).

8. A respeito da jurisdição administrativa, mais importante do que conceber uma estrutura judiciária autônoma é acolher princípios e regras que compatibilizem o interesse público com o interesse privado na formação de decisões sobre atuações administrativas, individuais ou gerais, inclusive atos políticos ou de governo, editados por quaisquer dos poderes do Estado ou por particulares no exercício dessas atuações (arts. 21 e 22). Opta-se,

assim, por um modelo de competência objetiva, independentemente da qualidade da parte envolvida no conflito judicial, quanto ao alcance da jurisdição administrativa.

Com vistas a uma jurisdição plena, inerente ao princípio do Estado de Direito, são consideradas admissíveis as pretensões declaratórias, de impugnação de normas e de atos, de impugnação e de revisão da atividade contratual, de condenação (dar, fazer e não fazer) e reparatórias (arts. 24, 55 e 62). Quanto à intensidade da prestação jurisdicional, reconhece-se o controle de legalidade formal e material dos comportamentos da Administração, bem como o da discricionariedade administrativa, sempre que esta ultrapassar os limites impostos pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, admitindo-se, ainda, o controle jurisdicional de políticas públicas (art. 25).

9. Os agentes públicos e a estrutura judicial, que têm a missão de proteger direitos e interesses sujeitos à jurisdição administrativa, devem deter prerrogativas inerentes à independência pessoal e institucional. Dessa forma, os juízes devem ser inamovíveis e vitalícios, e sua remuneração deve ser justa e adequada (art. 27). A seleção, a carreira e a disciplina dos juízes devem ser confiadas a um órgão que garanta sua independência, de modo a evitar um verticalismo na estrutura judiciária, com carreirismo e subordinação hierárquica entre os juízes (art. 28). Ademais, o ingresso no cargo de juiz deve se dar unicamente mediante um processo aberto, objetivo e transparente, fundamentado na qualificação técnica e na capacidade profissional do interessado, seja qual for o grau da instância (art. 29). A presença do advogado, no âmbito da justiça administrativa, é considerada um dever, e não um direito, inclusive para a Administração, que deve se fazer representar por um profissional do Direito (arts. 32 e 33). Tratando-se de um dever, contudo, àqueles que não detiverem recursos, o Estado propiciará o benefício da assistência jurídica gratuita (art. 34).

10. A legitimação para agir é conferida às pessoas que invoquem lesão ou risco de lesão a um direito subjetivo ou interesse legítimo, em face de órgãos ou entes públicos, ou entes privados no exercício de Poder Público. Também se admite a legitimidade universal para a defesa de interesses difusos e coletivos, bem como para demandar sobre normas e atos gerais, além da possibilidade de, quando um ato administrativo causar dano a um grupo de pessoas, qualquer delas, assim como os entes legitimados, poderem requerer a indenização para todos (art. 51). O acesso prévio à via administrativa é facultativo, mas, se utilizado,

interrompe o prazo para exercer judicialmente a pretensão, sem prejuízo das medidas de urgência ou de antecipação de tutela.

11. A tutela judicial efetiva está estampada no Projeto quanto a direitos subjetivos e interesses legítimos (art. 36), daí decorrendo o cabimento de medidas de urgência conservativas e satisfativas, correspondendo as primeiras às medidas cautelares e as segundas, à antecipação de tutela (art. 58). Admite-se a execução forçada de sentenças contra a Administração, com previsão de penhora de bens públicos não afetados a serviço essencial (art. 63), bem como a fixação de multas punitivas e coercitivas – contempt civil e contempt of court criminal, astreintes –, além de perdas e danos em favor do credor por atraso no cumprimento da ordem (art. 64).

12. Finalmente, facilita-se o uso de outros meios adequados à solução de conflitos, limitados apenas pelo princípio da legalidade, de modo a garantir a não afetação do patrimônio público ou sua conformidade com o ordenamento jurídico. Nesse campo, assegura-se o princípio da isonomia, de modo que os acordos sobre atuações de alcance geral atinjam todos que estiverem na mesma situação, ainda que não tenham participado do acordo, bem como o princípio da transigibilidade, quanto às formas e modalidades de atos administrativos (art. 72).

13. Em conclusão, pode-se afirmar que o Projeto tem como tônica a defesa do cidadão perante a Administração, invertendo o paradigma da visão da supremacia ex parte principis para privilegiar a perspectiva ex parte civis, de modo a constituir um baluarte contra o arbítrio e um instrumento de segurança jurídica.

Buenos Aires, 8 de junho de 2012.

A COMISSÃO REVISORA

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Presidente

RICARDO PERLINGEIRO

Secretário-geral

ABEL ZAMORANO

ADRIÁNS SIMONS

ANGEL LANDONI SOSA

CARLOS MANUEL FERREIRA DA SILVA

EURIPIDES CUEVAS

GUMESINDO GARCÍA MORELOS

IGNACIO M. SOBA BRACESCO

JUAN ANTONIO ROBLES GARZÓN

MARIA ROSA GUTIÉRREZ SANZ

ODETE MEDAUAR

RUTH STELLA CORREA PALACIO

SERGIO ARTAVIA BARRANTES

TÍTULO I

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EXTRAJUDICIAL

Art. 1o (Âmbito de aplicação)

Este Título fixa regras básicas sobre o processo administrativo não jurisdicional, no âmbito da Administração direta e indireta (central e descentralizada), objetivando, em especial, a proteção dos direitos das pessoas físicas e jurídicas e o melhor cumprimento dos fins da Administração.

Parágrafo único. Os preceitos deste Título aplicam-se aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, quando atuarem em funções administrativas.

Art. 2o (Princípios aplicáveis à Administração Pública)

A Administração observará, dentre outros, os princípios da constitucionalidade, convencionalidade, legalidade, moralidade, boa-fé, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e confiança legítima.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá deixar de cumprir a lei ou o ato que considerar inconstitucional ou anticonvencional, representando ao órgão competente para a declaração de inconstitucionalidade ou de anticonvencionalidade.

Art. 3o (Processo administrativo extrajudicial)

Considera-se processo administrativo, submetido às garantias do contraditório e da ampla defesa, todo e qualquer procedimento destinado a preparar decisões administrativas que possam incidir sobre interesses ou direitos dos interessados, assim como todo e qualquer procedimento em que se configure uma controvérsia entre a Administração e o interessado,

ou entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, cuja solução possa advir da Administração.

Art. 4o (Princípios do processo administrativo)

Aplicam-se ao processo administrativo, além dos princípios da Administração Pública, os princípios da isonomia, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, oficialidade, verdade material, preclusão administrativa e formalismo moderado, sem prejuízo de outros.

Art. 5o (Isonomia)

Sempre que a questão de fundo de uma pretensão individual estiver relacionada com os efeitos jurídicos de um comportamento administrativo de alcance geral, o desfecho do conflito passará a ser do interesse da coletividade destinatária daquele comportamento e, portanto, a solução deverá advir de uma decisão administrativa, única e com efeitos erga omnes.

Art. 6o (Contraditório)

O contraditório implica o direito de ser informado da instauração do processo e de todas as fases e medidas subsequentes, podendo o interessado acompanhá-lo e apresentar argumentos, dados, documentos e provas a seu favor.

§ 1o O contraditório só poderá ser sucessivo à produção das provas quando se tratar de juntada de documentos pré-constituídos ou de perícias urgentes, permitidos a apresentação de quesitos ao perito, sua oitiva em contraditório e o oferecimento de laudos pelos sujeitos.

§ 2o As decisões resultantes de processo administrativo deverão ser motivadas, de modo explícito, congruente e claro, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, podendo remeter a elementos de anteriores pareceres, decisões, informações ou propostas, os quais integrarão o ato decisório.

§ 3o A motivação das decisões de órgãos colegiados ou das decisões orais será indicada na respectiva ata ou em termo escrito.

Art. 7o (Ampla defesa)

Sem prejuízo de outros, a ampla defesa abrange os seguintes elementos:

I – caráter prévio da defesa em relação ao ato decisório, salvo casos excepcionais envolvendo risco à vida e segurança de pessoas;

II – possibilidade conferida ao sujeito de, pessoalmente, realizar as condutas e providências para preservar prejuízos a seus direitos e para preservar-se de sanções, implicando, ainda, direito de presença e audiência;

III – possibilidade de ser representado por advogado ou por pessoa indicada;

IV – direito de ser notificado do início do processo, com indicação, no texto, dos fatos e das bases legais, de modo explícito;

V – direito de ter indicados, em notificação ou citação, o prazo para manifestação ou o prazo para recorrer, o órgão responsável pelo processo, com o endereço e o horário de atendimento, o prazo máximo para a Administração decidir e o efeito do silêncio por parte da Administração;

VI – direito de ser cientificado, com antecedência, das medidas referentes à produção de provas;

VII – direito de acesso aos autos administrativos, abrangendo vista, extração de cópias, certidão;

VIII – direito de solicitar a produção de provas, de vê-las realizadas e consideradas, desde que pertinentes e não tumultuárias;

IX – direito de permanecer calado, de não fazer prova contra si próprio e direito de não se declarar culpado;

X – direito de interpor recurso administrativo, ainda que não previsto, de modo explícito, pela norma reguladora da matéria, vedada a exigência de prévio depósito ou prévio arrolamento de bens e direitos.

Parágrafo único. No processo administrativo, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, bem como as derivadas das ilícitas, quando evidente o nexo causal entre umas e outras.

Art. 8o (Razoável duração do processo)

O princípio da razoável duração do processo abrange os seguintes desdobramentos, sem prejuízo de outros:

I – dever da Administração no sentido de emitir explícita decisão nos processos administrativos e ante solicitações ou reclamações;

II – dever da Administração no sentido de cumprir os prazos fixados para adoção de medidas ou tomada de decisões, sob pena de responsabilização da autoridade competente;

III – salvo disposição contrária, nos processos administrativos iniciados pelos particulares, a falta de adoção de medidas ou a falta de decisão no prazo fixado tem o efeito de indeferimento, possibilitando a interposição de recurso administrativo ou a utilização da via jurisdicional;

IV – nos processos sancionadores ou naqueles que possam resultar em efeitos desfavoráveis, iniciados de ofício, a falta de decisão explícita, no prazo fixado, acarretará a caducidade;

V – é vedada a aplicação retroativa de nova interpretação de norma ou ato e de nova orientação fixada para a matéria.

Art. 9o (Princípio da oficialidade)

A Administração tem o dever de tomar todas as providências necessárias ao andamento contínuo e regular do processo administrativo, visando à edição do ato final, sem prejuízo da atuação dos sujeitos garantida pelo contraditório e ampla defesa.

Parágrafo único. A inércia dos interessados não acarreta a paralisação do andamento, salvo o caso de providências pedidas pelo particular, cuja análise depende de documentos que este deva juntar; nesse caso, a Administração deverá conceder prazo para a juntada, encerrando o processo se tal não ocorrer.

Art. 10. (Princípio da verdade material)

A Administração deve tomar as decisões com base na realidade dos fatos, tendo o direito e o dever de trazer para os autos todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada, sem estar vinculada aos aspectos ventilados pelos interessados, podendo, de ofício, determinar a produção de provas.

Art. 11. (Princípio do formalismo moderado)

A Administração adotará formas simples suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Art. 12. (Legitimidade)

São sujeitos legítimos para iniciar um processo administrativo:

I – aqueles cujos direitos e interesses forem afetados direta ou indiretamente pela Administração;

II – os cidadãos, associações ou entidades públicas e privadas quanto a direitos ou interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Art. 13. (Preclusão administrativa)

As decisões finais sujeitam-se à preclusão administrativa, com efeitos equivalentes aos da coisa julgada, não podendo a Administração retomar o curso do processo senão quando houver fatos novos, supervenientes à decisão.

Art. 14. (Recursos administrativos)

Das normas, atos, medidas ou decisões tomadas pela Administração, cabe recurso por razões de legalidade e de mérito.

§ 1o O recurso tramitará, no máximo, por duas instâncias administrativas.

§ 2o São sujeitos legítimos para interpor recurso administrativo os titulares de direitos e interesses que forem ou, observado o art. 12, possam ser parte no processo.

§ 3o O recurso terá efeito suspensivo automático, exceto se houver ofensa a interesse público, caso em que a suspensão dependerá da demonstração de risco de dano irreparável aos cidadãos.

§ 4o Se da decisão do recurso puder resultar gravame ao recorrente, este deverá ser cientificado para que possa formular alegações antes da decisão.

Art. 15. (Revisão administrativa)

Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser objeto de revisão, a pedido ou de ofício, quando surgir fato novo suscetível de justificar a inadequação da sanção imposta.

§ 1o A revisão poderá ser instaurada em prazo razoável contado do conhecimento do fato novo.

§ 2o Da revisão do processo administrativo não poderá resultar agravamento da sanção.

Art. 16. (Desconsideração da pessoa jurídica)

A desconsideração da personalidade jurídica, pela autoridade administrativa, deverá ser precedida de intimação das pessoas físicas envolvidas, para que exerçam o direito de defesa, e só poderá ser decretada, em decisão motivada, após o contraditório prévio.

Art. 17. (Constituição do título executivo tributário)

A constituição do título executivo tributário será precedida de processo administrativo, observado o contraditório prévio, podendo constar do título, como responsáveis, apenas os participantes do contraditório.

Parágrafo único. A exigibilidade do crédito ficará suspensa durante a tramitação do processo administrativo.

Art. 18. (Direito de obter informações)

Serão constituídas comissões independentes, tendo em sua composição majoritária integrantes da sociedade civil, preferencialmente de vários segmentos, para assegurar a qualquer interessado o acesso a documentos administrativos e a atuações administrativas.

Parágrafo único. Caso a Administração alegue sigilo, o órgão indicado no caput decidirá sobre a questão.

Art. 19. (Desfazimento de normas e atos)

Serão anulados as normas, os atos ou as medidas administrativas quando eivados de ilegalidade, respeitados os direitos adquiridos, podendo também ser revogados, nas mesmas circunstâncias, por motivo de conveniência e oportunidade.

Parágrafo único. No caso de normas, atos ou medidas de que resultem efeitos favoráveis aos destinatários, a possibilidade de desfazer o ato ou a medida somente pode ocorrer em processo administrativo judicial, que decai em prazo razoável, contado da data em que foram editados, salvo comprovada má-fé.

Art. 20. (Confiança legítima)

O ato administrativo eivado de ilegalidade ou submetido a mudança de interpretação que concede direito de qualquer natureza ao interessado não pode ser desfeito se o destinatário favorecido confiou na sua estabilidade e a confiança é digna de proteção.

§ 1o Se prevalente o interesse público no desfazimento pela invalidade, deve haver apuração dos danos sofridos em função da confiança na sua estabilidade.

§ 2o Afastam a noção de confiança o dolo, a ameaça, a corrupção, o conhecimento da invalidade ou desconhecimento por culpa grave do interessado, a obtenção do ato com base em dados inexatos ou incompletos.

Art. 21. (Prazos)

A impugnação, perante a Administração, de ato ou medida administrativa deve estar submetida a um prazo.

Parágrafo único. Não há prazo para que a Administração Pública reconheça direitos subjetivos.

TÍTULO II

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO JUDICIAL

CAPÍTULO I

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Seção I

Finalidade e Alcance

Art. 22. (Controle jurisdicional)

As normas, os atos e as decisões administrativos, de qualquer espécie, submetem-se ao controle jurisdicional.

Art. 23. (Finalidade e alcance)

A finalidade do processo administrativo judicial é a formação de decisões jurisdicionais a respeito de atuações administrativas.

Parágrafo único. As atuações administrativas, dentre outras, podem ser individuais ou gerais, inclusive atos políticos ou de governo, editados por órgãos de todos os Poderes Públicos ou por particulares no exercício dessas atuações.

Art. 24. (Pretensões admissíveis)

No exercício do controle judicial das atuações da Administração, poderão formular-se pretensões declaratórias, de impugnação de normas e de atos, de impugnação e de revisão da atividade contratual, de condenação (dar, fazer e não fazer) e reparatórias.

Parágrafo único. O Estado deverá ressarcir-se contra o funcionário que, com suaconduta dolosa ou gravemente culposa, haja dado causa ao pagamento de quantia produto deuma condenação ou de outro mecanismo adequado de solução de conflitos.

Art. 25. (Intensidade do controle)

As normas e os atos administrativos são suscetíveis de controle da sua legalidade formal e material por parte da jurisdição.

§ 1o Tratando-se de atos discricionários, estes deverão ser motivados, e no seu controle o juiz analisará a proporcionalidade e a razoabilidade das decisões.

§ 2o O controle dos atos que impliquem políticas públicas compreenderá os seguintes aspectos:

I – os atos que se produzem no trâmite da sua formação;

II – a omissão na sua implementação e execução.

§ 3o Em nenhum caso o juiz substituirá a Administração na implementação ou correção de políticas públicas, salvo quando se tratar do mínimo existencial, observados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade.

§ 4o Surgindo em um processo individual questão relativa às políticas públicas, o órgão jurisdicional poderá suscitar, de ofício ou a pedido das partes, incidente de coletivização, transformando a ação individual em processo coletivo, mediante a intimação dos legitimados às ações coletivas para aditarem à inicial e acompanharem o processo.

Seção II

Organização

Art. 26. (Independência)

A justiça administrativa é dotada de independência.

Art. 27. (Prerrogativas)

Os juízes são inamovíveis e vitalícios; sua remuneração deve ser justa e adequada.

Art. 28. (Seleção, carreira e disciplina)

A seleção, a carreira e a disciplina dos juízes são confiadas a um órgão que garanta a sua independência.

Art. 29. (Ingresso na carreira da magistratura)

A seleção dos juízes deve resultar de um processo aberto, objetivo e transparente, fundamentado na sua qualificação técnica e capacidade profissional.

Art. 30. (Incompatibilidades)

Os membros da Justiça administrativa não podem exercer outras funções que sejam incompatíveis com a sua independência.

Art. 31. (Instâncias)

A Justiça administrativa deve compreender no mínimo duas e no máximo três instâncias.

Seção III

Representação e Assistência Jurídica

Art. 32. (Representação por advogado)

As partes devem estar representadas ou assistidas ante os órgãos jurisdicionais por um advogado.

Art. 33. (Representação da Administração Pública)

Os entes e órgãos públicos estarão representados por um profissional do Direito, ainda que não seja advogado em exercício.

Art. 34 (Assistência jurídica gratuita)

Para garantir o direito de cada pessoa ao acesso à Justiça administrativa, deverá ser organizado um sistema de assistência jurídica gratuita. Essa assistência dependerá dos recursos e das despesas do interessado e do caráter não evidentemente inadmissível de sua demanda. A assistência é decidida por um órgão independente.

Art. 35. (Processo testigo ou piloto)

Havendo processos repetitivos a serem julgados, o órgão jurisdicional competente deverá selecionar um ou alguns casos representativos da controvérsia, ficando os demais processos suspensos, para que o julgamento dos selecionados se aplique aos demais.

CAPÍTULO II

PROCESSO

Seção I

Princípios

Art. 36. (Tutela jurisdicional efetiva)

A Justiça administrativa deve tender à tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos envolvidos nos processos administrativos judiciais.

§ 1o Deve-se facilitar o acesso à jurisdição, em particular o daquelas pessoas ou grupos de pessoas em condição de vulnerabilidade.

§ 2o O processo deverá desenvolver-se sem dilações injustificadas.

§ 3o O Estado garantirá o cumprimento das decisões judiciais contra a Administração.

Art. 37. (Devido processo)

A Justiça administrativa deverá velar pela aplicação e pelo máximo respeito das garantias inerentes ao devido processo legal, de conformidade com o estabelecido pela Constituição, as leis e as normas do Direito internacional.

Art. 38. (Paridade de armas)

A lei e o órgão jurisdicional deverão preservar a igualdade das partes no processo.

Art. 39. (Princípio do contraditório)

1. As partes devem ter tido a oportunidade de discutir cada aspecto de fato e de direito em que se fundamente a sentença. O juiz assegurará a cada parte a possibilidade efetiva de defesa e de prova de suas alegações e de contestar as da outra parte.

2. As partes poderão propor provas pertinentes, contestar as argumentações das demais partes e apresentar as alegações escritas necessárias.

Art. 40. (Princípio dispositivo)

As partes são sujeitos ativos do processo. Sobre elas recai o direito de iniciar e determinar seu objeto. As partes possuem domínio completo tanto sobre o seu direito subjetivo substancial quanto sobre seus direitos à iniciação, desenvolvimento e finalização do processo. O órgão jurisdicional não pode decidir além do que consta da demanda.

Art. 41. (Poderes instrutórios do juiz)

O órgão jurisdicional poderá exercer poderes instrutórios supletivos das atividades das partes.

Art. 42. (Princípio da oralidade)

O órgão jurisdicional desenvolverá o processo preferencialmente via oral, podendo decidir sem juízo oral quando se tratar de questões exclusivamente de direito ou fatos incontroversos.

§ 1o A título de autodefesa, a parte poderá solicitar ser ouvida pelo juiz em audiência.

§ 2o As vias oral ou escrita podem ser substituídas pelo processo eletrônico.

Art. 43. (Imediação processual)

Tanto as audiências quanto as diligências de prova que assim caibam devem realizarse pelo órgão jurisdicional competente, não podendo este delegá-las, sob pena de nulidade absoluta.

Art. 44. (Concentração processual)

Os atos processuais deverão realizar-se sem demora, para reduzir os prazos, quando facultados pela lei ou acordo das partes, e ser concentradas em um mesmo ato todas as diligências que for necessário realizar.

Art. 45. (Direção do processo)

A direção do processo está confiada ao órgão jurisdicional, que a exercerá de acordo com as disposições deste Código.

Art. 46. (Impulso processual)

Iniciado o processo, o órgão jurisdicional adotará de ofício as medidas necessárias a evitar sua paralisação e conduzirá sua tramitação com a maior celeridade possível.

Art. 47. (Ordem processual)

O órgão jurisdicional deverá adotar, a pedido da parte ou de ofício, todas as medidas necessárias que resultem da lei e dos seus poderes de direção, para prevenir ou sancionar qualquer ação ou omissão contrárias à ordem ou aos princípios do processo.

Art. 48. (Boa-fé e lealdade processual)

As partes, seus representantes ou assistentes e, em geral, todos os participantes do processo ajustarão sua conduta à dignidade da Justiça, ao respeito que devem os litigantes e à lealdade e à boa-fé.

§ 1o O órgão jurisdicional deverá impedir a fraude processual, a colusão e qualquer outra conduta ilícita ou dilatória.

§ 2o Serão previstas sanções para o descumprimento dos deveres de lealdade e boa-fé ou de qualquer outra conduta ilícita ou dilatória.

Art. 49. (Motivação das decisões)

Todas as decisões jurisdicionais serão motivadas, sob pena de nulidade.

Art. 50. (Publicidade processual)

Todo processo será público, salvo se o órgão jurisdicional decidir contrariamente por razões de segurança, de moral ou de proteção da personalidade ou direitos fundamentais de alguma das partes.

Seção II

Admissibilidade da Ação

Art. 51. (Legitimidade de agir)

1. São legitimadas, para propor uma ação judicial, as pessoas que invoquem lesão ou risco de lesão a um direito subjetivo ou a um interesse legítimo.

2. A ação pode ser proposta contra órgãos ou entes públicos, ou entes privados na medida em que exercem Poder Público.

3. Pode conferir-se legitimidade universal para defender interesses difusos e coletivos, bem como demandar sobre atos gerais e normas.

4. Quando o ato administrativo causar dano a um grupo de pessoas, qualquer delas, assim como os entes legitimados, poderá requerer a indenização para todos os afetados.

5. Também terão legitimidade os órgãos públicos quando invocarem uma lesão de sua esfera de competência.

6. A legitimação da Administração, para o cumprimento de suas atribuições, é ampla, compreendendo a impugnação de normas, atos e decisões de outras Administrações ou dos órgãos públicos vinculados a estas.

Art. 52. (Intervenção de terceiros)

Havendo possibilidade de coisa julgada erga omnes ou ultra partes, deve serassegurada a oportunidade de ingresso de interessados, por notificação pessoal, quando esta estiver ao

alcance da Administração, ou, caso contrário, por ampla divulgação na imprensa, caso em que seria nomeado um curador especial.

Art. 53. (Via administrativa prévia)

O acesso à via administrativa prévia é facultativo; contudo, sua interposição interrompe o prazo para exercer judicialmente a pretensão e não exclui as medidas cautelares ou de antecipação de tutela.

Art. 54. (Prazos)

A pretensão a ser deduzida perante o órgão jurisdicional deve estar submetida a um prazo.

Parágrafo único. A formulação da pretensão não impede o reconhecimento do direito pela Administração.

Seção III
Sentença

Art. 55. (Conteúdo da sentença)

A sentença poderá ter natureza declaratória, constitutiva ou condenatória, incluindo obrigações de dar, fazer ou não fazer, podendo o órgão jurisdicional, para restabelecer o direito particular, fixar disposições novas em lugar das impugnadas e modificá-las ou reformá-las.

Parágrafo único. A sentença deve pronunciar-se sobre os danos e prejuízos que tenham sido reclamados.

Art. 56. (Forma da sentença)

1. A sentença deve incluir uma síntese das principais atuações processuais.

2. Na sentença se indicarão os fundamentos de fato e de direito que motivaram a decisão, devendo o tribunal responder às alegações das partes.

3. O órgão jurisdicional deve proferir a decisão em um prazo reduzido.

4. A intimação da sentença indicará o prazo e o procedimento do recurso cabível.

Art. 57. (Efeitos da sentença)

O desfazimento de uma norma ou ato administrativo tem efeito erga omnes e retroativo, sem prejuízo da possibilidade de o órgão jurisdicional moderar esses efeitos por razões de interesse público e de tutela de interesses individuais.

CAPÍTULO III
MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Art. 58. (Disposição geral)

1. A tutela de urgência pode ser conservativa ou satisfativa, correspondendo a primeira às medidas cautelares e a segunda, à antecipação da tutela. O princípio da tutela efetiva compreende a aplicação das medidas cautelares e antecipatórias previstas no presente capítulo, a efeitos da proteção dos direitos subjetivos e interesses legítimos.

2. Procurar-se-á a efetividade da tutela cautelar e da tutela antecipada ante a ilegalidade manifesta de uma atuação administrativa, considerando-se as circunstâncias e a urgência do caso concreto e a ponderação entre os interesses públicos e privados, adotando-se aquelas medidas que se considerarem mais adequadas ou indispensáveis.

3. As medidas cautelares e antecipadas poderão ser adotadas previamente ou no curso do processo principal.

4. As medidas cautelares e antecipadas serão deferidas a requerimento da parte interessada e sob sua responsabilidade. Sem prejuízo do anterior, poderão ser concedidas de ofício se uma norma expressamente assim autorizar.

5. O requerente deverá prestar contracautela ou garantia suficiente, salvo o caso excepcional de existirem motivos fundados para eximi-la.

6. Será competente para decidir sobre as tutelas reguladas no presente capítulo o órgão jurisdicional competente para o processo principal.

Art. 59. (Medidas cautelares)

1. As medidas cautelares que possam ser deferidas em um processo para a defesa dos direitos e interesses não se encontram, em princípio, limitadas a um rol específico ou taxativo, sem prejuízo das limitações decorrentes da impenhorabilidade de certos bens do Estado.

2. As referidas medidas podem ser adotadas, inclusive, como medida anterior a um processo, caso em que a demanda principal deverá ser apresentada dentro do prazo de 30 dias completos. Não sendo apresentada a demanda correspondente, a medida caducará de pleno direito, e o requerente poderá ser responsabilizado pelos danos e prejuízos causados.

3. Em especial, poderá ser requerida como medida cautelar a suspensão, total ou parcial, dos efeitos dos atos administrativos.

4. Em todo caso, o órgão jurisdicional deverá fixar de forma precisa o alcance e a duração da medida, assim como qualquer outra questão necessária à correta instrumentalização da medida.

5. No caso de não ter sido estabelecido um prazo judicial de duração das medidas, elas conservarão sua eficácia enquanto subsistir o processo principal ou se proferir sentença dispondo sobre sua cessação ou modificação.

Art. 60. (Tutela antecipada)

1. O tribunal poderá, a pedido da parte interessada, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, para evitar que se cause à parte, antes da sentença definitiva, uma lesão grave ou de difícil reparação, ou para assegurar de forma antecipada a decisão sobre o fundo. A tutela antecipada poderá ser requerida previamente ao processo principal ou no decurso deste.

2. Para que possa obter os efeitos da tutela antecipada, a parte requerente deverá provar ao menos, de forma consistente e inequívoca, a verossimilhança da sua alegação, assim como a existência de:

I – temor fundado sobre a ineficácia da providência final;

II – dano irreparável ou de difícil reparação;

III – abuso do direito de defesa ou manifesto propósito dilatório da parte contrária.

3. Em todos os casos, não deverá haver risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado. O risco de irreversibilidade não impede a antecipação da tutela se prestada caução ou garantia idônea.

4. A tutela antecipada poderá ser, com relação ao objeto do processo, parcial ou total. Caso a tutela antecipada tenha sido parcial, poderá, não obstante, ensejar a coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, com o objetivo de ser proferida decisão sobre os demais pontos ou questões que façam parte do objeto.

5. Na sentença que antecipa a tutela, o juiz indicará, de forma especialmente clara e precisa, os motivos e os fundamentos da sua decisão.

6. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada em qualquer momento, a pedido ou de ofício, mediante decisão fundamentada.

CAPÍTULO IV
RECURSOS

Art. 61. (Direito de recorrer)

O sistema recursal dependerá do ordenamento de cada país, assegurado o direito de apelar à segunda instância, em matéria de fato e de direito.

§ 1o As decisões dos órgãos jurisdicionais de apelação e dos órgãos de primeira instância, quando não apeláveis, podem ser recorridas perante uma corte suprema.

§ 2o O reexame da sentença não pode ser determinado de ofício.

CAPÍTULO V

EXECUÇÃO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Art. 62. (Execução e tutela jurisdicional efetiva)

Aplica-se a tutela jurisdicional efetiva em sede de execução de sentença contra a Administração Pública, que deve cumprir a condenação em prazo reduzido.

§ 1o A execução se distingue em obrigação de pagar e em obrigação de fazer e não fazer ou entregar coisa certa.

§ 2o Não havendo cumprimento espontâneo das obrigações, será realizada a execução forçada.

Art. 63. (Obrigação de pagar)

A execução forçada nas obrigações de pagar utilizará meios, como a penhora do patrimônio da Administração que não estiver afetado a serviço público essencial e a compensação de créditos e débitos.

Art. 64. (Obrigação de fazer e de não fazer ou de entregar coisa)

Para a execução da obrigação de fazer e de não fazer ou de entregar coisa, o órgão jurisdicional determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, tais como a imposição de multa ao agente público responsável, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2o A indenização por perdas e danos se dará sem prejuízo da multa fixada para compelir o demandado ao cumprimento específico da obrigação.

Art. 65. (Títulos executivos judiciais)

São títulos executivos judiciais contra a Administração Pública:

I – a sentença;

II – o laudo arbitral;

III – os acordos homologados judicialmente.

Art. 66. (Títulos executivos extrajudiciais)

São títulos executivos extrajudiciais os que a lei assim considerar, incluindo os acordos não homologados judicialmente e os atos administrativos e qualquer documento que provenham da Administração e que contenham uma obrigação clara, expressa e exigível.

CAPÍTULO VI

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE

Art. 67. (Instauração e alcance)

Em caso de abuso da personalidade jurídica, o órgão jurisdicional pode instaurar, de ofício ou a requerimento da parte, o incidente de desconsideração da personalidade, para que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O disposto neste artigo pode ser aplicado inversamente na hipótese de abuso da pessoa física, a fim de atingir os bens da pessoa jurídica.

Art. 68. (Cabimento)

O incidente da desconsideração, que poderá ser autuado em separado e não suspenderá o processo, é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, na execução de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Art. 69. (Defesa)

Requerida a desconsideração, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, em prazo razoável, se manifestarem e requererem as provas cabíveis.

Art. 70. (Decisão)

Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão impugnável por recurso.

CAPÍTULO VII

OUTROS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Art. 71. (Alternatividade)

Ressalvados os casos de nulidade dos atos administrativos, as partes poderão recorrer a outros meios adequados de solução de controvérsia, tais como arbitragem, conciliação, mediação, transação e composição amigável.

Art. 72. (Princípios)

O uso de meios alternativos de solução de controvérsias com a Administração estará sujeito aos seguintes princípios:

I – Legalidade. A arbitragem e os acordos com a Administração destinados a prevenir ou extinguir um litígio devem estar respaldados no princípio da legalidade de maneira a garantir a não afetação do patrimônio público ou sua conformidade com o ordenamento jurídico;

II – Isonomia. Os acordos que envolvam normas administrativas ou atuações de alcance geral devem atingir todos aqueles que se encontrarem na mesma situação fática, ainda que desses acordos não tenham participado;

III – Transigibilidade. Somente se poderá fazer uso de outros mecanismos de solução de conflitos quando suas formas e modalidades de solução forem transigíveis.

Art. 73. (Cabimento)

Também procederão outros meios adequados de solução de controvérsias, quando, sendo o conflito de caráter particular, decorrer de atos administrativos.

Art. 74. (Coisa julgada)

O acordo obtido por conciliação, transação ou composição consensual não requer homologação judicial, e o ato que o contiver tem eficácia equivalente à da coisa julgada.

Art. 75. (Revisão do acordo)

O acordo somente será judicialmente revisto em face da existência de vícios que gerem nulidade absoluta ou de fatos novos, supervenientes.

Art. 76. (Conteúdo da decisão arbitral)

Para resolver o conflito, os árbitros poderão declarar a nulidade de atos de caráter particular origem do conflito, quando forem ilegais e essa declaração for necessária para a solução da controvérsia.

Art. 77. (Controle da decisão arbitral)

O laudo que dispuser sobre um conflito de caráter contratual somente será objeto de controle judicial por vícios in procedendo. Não haverá revisão judicial de tais decisões por motivo de mérito.

Art. 78. (Cumprimento)

Será garantido o cumprimento dos acordos e das decisões obtidos por meio dos mecanismos de solução de conflitos. O interessado poderá recorrer à jurisdição para obter a execução forçada das decisões arbitrais e dos acordos que se produzirem pelo uso de tais mecanismos.