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 - Estrato B3 Qualis

www.redp.com.br

Ano 7. Volume XI

Janeiro a Junho de 2013

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

O PROCESSO JUSTO E A COISA JULGADA: BREVE ANÁLISE QUANTO A INVIABILIDADE DE SUA DESCONSIDERAÇÃO
Artur Diego Amorin Vieira..... 4

RÉPLICA, TRÉPLICA E QUADRÚPLICA: INSTITUTOS RELEVANTES INDEVIDAMENTE DESPRESTIGIADOS
Bruno Garcia Redondo..... 34

SEMELHANÇAS ENTRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O CIVIL PROCEDURE RULES (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INGLÊS)
Caroline Gaudio Rezende..... 46

UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A IDEIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO
Daniela Olímpio de Oliveira..... 67

ALIMENTOS E SUA EFETIVIDADE NO CENÁRIO DE REFORMAS PROCESSUAIS
Delton Ricardo Soares Meirelles
Giselle Picorelli Yacoub Marques..... 99

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
DA JURISDIÇÃO CLÁSSICA RUMO À INSTAURAÇÃO DE UM MODELO DIALÓGICO
Fabiana Marcello Gonçalves..... 129

MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA AL 31.12.2011
Giovanni Matteucci.....152

OS EFEITOS COLATERAIS DA CRESCENTE TENDÊNCIA À JUDICIALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Michele Pedrosa Paumgartten..... 184

PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS OU PRECEDENTES À BRASILEIRA?
Igor Raatz..... 217

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO PELA FAZENDA PÚBLICA SOB UMA ÓTICA NEOCONSTITUCIONALISTA
Lara Ferreira Giovannetti..... 238

POR UM NOVO MANDADO DE SEGURANÇA: RETORNO À ORIGEM?
Leonardo Greco..... 269

O REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DE LIMINAR COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO RÉU À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA
Leonardo Oliveira Soares..... 278

NOTAS SOBRE O MODUS OPERANDI DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA PARA A AFERIÇÃO DAS VIOLAÇÕES DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS
Leonardo Faria Schenk..... 292

O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO: MIRANDA V. ARIZONA
Marco Felix Jobim
Maurício Martins Reis..... 309

OUTRAS HIPÓTESES PARA O CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ANÁLISE DOS LEADING CASES RESP 841.967/DF E RESP 1.013.436/RS
Marlos Corrêa da Costa Gomes.....323

LA MEDIAZIONE PROFILI OPERATIVI E PROBLEMATICHE OPERATIVE
Massimo Moriconi..... *339*

O FUTURO DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA APÓS A DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA
Michele Paumgartten..... *404*

O ÔNUS COMO FIGURA PROCESSUAL
Michele Taruffo..... *420*

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Pedro Gomes de Queiroz.....432

DO JULGAMENTO PRIMA FACIE COM BASE NO ARTIGO 285-A DO CPC: UM INSTRUMENTO CRIADO PARA PROPICIAR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO.
Tamires Maria Batista Andrade *468*

O PROCESSO JUSTO E A COISA JULGADA: BREVE ANÁLISE QUANTO À INVIABILIDADE DE SUA DESCONSIDERAÇÃO.

THE FAIR PROCESS AND THE RES JUDICATA: BRIEF ANALYSIS ABOUT THE INVIABILITY OF THEIR DISREGARD.

Artur Diego Amorim Vieira

Advogado. Servidor da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. Pesquisador Científico da Fundação Getúlio Vargas - Direito. Assistente de Ensino da Fundação Getúlio Vargas - Direito. Mestrado em andamento na Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro.

Resumo: A concepção da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental alinhada à ideia de processo justo vem promovendo a releitura de certos institutos processuais, como a coisa julgada. O presente trabalho pretende analisar a possibilidade na desconsideração da coisa julgada. Para tanto, percorreremos por suas noções elementares, desde a origem da expressão até a sua natureza e conceituação no direito positivo e em âmbito doutrinário, com especial relevo à relação existente entre a coisa julgada e a segurança jurídica. Estabelecidas estas bases, dedicaremos a parte final deste ensaio ao estudo da compatibilidade da desconsideração da coisa julgada estabelecida com a ordem jurídica inaugurada com a Constituição de 1988.

Palavras-chave: Coisa Julgada; Desconsideração; Impossibilidade; Processo Justo; Garantias Fundamentais.

Abstract: The conception of effective judicial protection as a fundamental right aligned to the idea of fair process has been promoting the reading of certain procedural institutes, such as res judicata. The present study aims to analyse the possibility in disregard for the res judicata. Therefore, we will cover its elementary notions, since the origin of the expression to its nature and conceptualization in positive law and doctrinal framework, with particular emphasis on the relationship between res judicata and legal

certainty. Established these bases, we shall devote the final part of this study to test the compatibility of the disregarding of res judicata established with the legal system inaugurated with the 1988 Constitution.

Keywords: Res judicata; Disregarding; Impossibility; Fair process; Fundamental guarantees.

Introdução

Cuida o presente estudo da analise quanto à viabilidade técnica na desconsideração da coisa julgada material. O tema vem sendo enfrentado de forma exaustiva nos últimos anos da história recente, já se tendo escrito rios de tinta neste respeito.

Como plano de vôo do presente estudo, deveremos percorrer, necessariamente, qual seja a devida compreensão das garantias fundamentais incidentes no plano do direito processual, oportunidade em que analisaremos a teoria do processo justo.

Superada esta fase preliminar, percorreremos pelo estudo das noções essenciais ao entendimento da garantia da coisa julgada no ordenamento pátrio, para, ao final, estudarmos qual seja o eixo central deste trabalho, consistente na análise da possibilidade, em termos técnicos, de se desconstituir uma decisão judicial acobertada pela autoridade da coisa julgada.

1. Das garantias fundamentais e o processo justo

1.1.A tutela jurisdicional efetiva como garantia constitucional

A tutela jurisdicional efetiva assume relevo no Estado Democrático de Direito contemporâneo, sendo mesmo considerada uma garantia constitucional, na medida em que o titular de uma situação jurídica de vantagem necessita desta para a proteção do Estado e para o pleno gozo deste direito. Assim, temos que a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados dependem da garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Ao disciplinar o exercício da jurisdição por meio de normas que garantam ao processo a maior efetividade possível, o direito processual está assegurando a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados.

O conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental foi introduzida pela jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Consiste este novo direito fundamental em uma série de regras mínimas, também conhecidas como garantias fundamentais do processo, que podem ser resumidas nas designações "devido processo legal", adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou "processo justo", constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana.

Entre nós, com base nos ensinamentos de GRECO, "esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa"[1]

1.2.O processo justo

A doutrina europeia – representada, em rol não exaustivo, por MORELLO[2], COMOGLIO[3], TARUFFO – vem dedicando especial atenção à construção da ideia de processo justo, propugnando a releitura do princípio do devido processo legal, através da análise das garantias fundamentais do processo.

Os Estados que instituem a dignidade da pessoa humana como garantia do Estado Democrático de Direito, em geral, estabelecem o contraditório como pilar central, sendo este considerado como a principal garantia do processo justo.

A acepção meramente formal do *due process of law* é incapaz de enfrentar os problemas complexos que advém da pós-modernidade e da sociedade complexa. Os

[1] GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. p. 2 disponível em http://*www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto165(1).doc*

[2] MORELLO, Augusto M. *Constitución y processo, La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata – Buenos Aires, 1998, p. XIII-XXII, 3-422; *El processo justo (de la teoria del debido proceso legal al acceso real a la Jurisdicción)*, in Studi in onore di V. Denti, vol. I, Padova, 1994, p. 467-491.

[3] COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani, *in Revista de Processo nº 112*, ano 28. out./dez. 2003. p. 159-176.

conceitos meramente teóricos são insuficientes para que se construa um processo efetivamente justo.

Ao estabelecer a relação existente entre o direito de ação e o direito ao processo justo, Greco afirma que

> a ação não é propriamente o direito ao processo, mas o direito à jurisdição. Quando se sustenta que todos têm direito a um processo justo, procura-se garantir aos que atuarem no processo o direito de formular alegações, propor e produzir provas e defender amplamente as suas posições de vantagem, ou seja, pretende-se que a jurisdição se exerça com a observância de todas as chamadas garantias fundamentais do processo.

O processo é o meio, o instrumento apto a garantir o exercício da jurisdição, não se confundindo, no entanto, com esta, que representa um dos poderes do Estado, através do qual promove-se a tutela dos direitos dos particulares e a solução dos litígios.

A partir desta ideia, a doutrina, sobretudo a italiana, passa a trabalhar com o que chamam de parâmetros mínimos do princípio do contraditório, sendo considerado inexistente o processo em que não seja assegurada esta garantia. Nestes termos, o contraditório qualificaria um procedimento em processo.

Para COMOGLIO, a concepção do princípio do contraditório, cuja origem remonta à Magna Carta, evolui para o contraditório participativo – que poderia ser compreendido como a segunda geração do contraditório – assim entendido o resultado da observância cumulativa dos seguintes parâmetros (conteúdos mínimos essenciais), expressamente ressalvados no art. 6º da convenção europeia dos direitos humanos[4]:

[4] "1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo".

i. Direito de ser ouvido em pelo menos uma audiência publica perante um juiz independente e imparcial, ainda que seja uma matéria unicamente de direito ou que o juiz já tenha diversos precedentes sobre a matéria[5];

ii. Direito de conhecer e se manifestar sobre todas as alegações e provas apresentadas pela parte contrária[6];

iii. Direito de propor e produzir todas as provas relevantes para a defesa do direito material, com vista a influenciar na decisão;

iv. Direito de ter a sua causa apreciada e decidida com apoio nos argumentos e provas apresentadas pelas partes, previamente conhecidos e debatidos[7].

O processo justo incorpora as técnicas processuais institucionalmente mais apropriadas para garantir e realizar plenamente o conteúdo essencial dos direitos fundamentais da pessoa.

As garantias fundamentais do processo podem ser divididas em individuais e estruturais, na medida em que aludam à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes nos casos concretos ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária.

Dentre as garantias individuais, Greco elenca: i) a impessoalidade da jurisdição; ii) a permanência da jurisdição; iii) a independência dos juízes; iv) a motivação das decisões; v) a igualdade concreta; vi) a inexistência de obstáculos ilegítimos; vii) a efetividade qualitativa; viii) a existência de um procedimento legal, flexível e previsível; ix) a publicidade dos atos processuais; x) a legalidade estrita no exercício do poder de coerção; xi) a prestação jurisdicional em prazo razoável; xii) duplo grau de jurisdição e xiii) respeito à dignidade humana.

Por sua vez, são garantias individuais: i) o acesso amplo à Justiça por todos os cidadãos; ii) a imparcialidade do juiz; iii) a ampla defesa; iv) os direitos do pobre; v) o

[5] Imperioso destacarmos a incompatibilidade deste parâmetro do contraditório participativo com os artigos 285-A e 330 do nosso código de processo civil.

[6] Tal garantia não se restringiria ao mero conhecimento e manifestação de documentos e provas acrescentados ao processo, mas, sobretudo, a oportunidade de se manifestar tempestivamente, para que seja apta a contribuir no convencimento do juízo. Ter-se-ia por inconciliável com este parâmetro do contraditório participativo os provimentos *inaudita altera pars*, de contraditório postergado.

[7] A concepção mais garantista deste parâmetro exclui a possibilidade do juiz apreciar qualquer questão de oficio, mesmo as de ordem pública, como a convenção europeia de direitos humanos. O parágrafo 3º do art. 267, do nosso CPC caminha em sentido oposto, admitindo o pronunciamento de ofício em algumas hipóteses.

juiz natural; vi) a inércia; vii) o contraditório; viii) a oralidade; ix) renúncia à tutela jurisdicional e x) a coisa julgada.

Tendo por estabelecido o que se entende por processo justo, cabe-nos dedicar atenção direcionada ao estudo da coisa julgada, uma das garantias individuais concretizadora deste modelo de *giusto proceso*.

2. Da coisa julgada

2.1.Da origem da expressão

A expressão coisa julgada origina-se do latim *res iudicata* que, por sua vez, decorre de outra expressão nessa mesma língua: *res in iudicium deducta*.

Ao propor a ação, caberá ao autor, necessariamente, afirmar a existência de uma relação jurídica que o liga ao demandado. Esta relação jurídica, em latim, é denominada *res in iudicium deducta*, que pode ser traduzida para o vernáculo como a relação deduzida em juízo.

Prosseguindo a ação, será esta relação jurídica, afirmada na peça vestibular, objeto da cognição judicial. Formado o juízo de valor a cerca da existência ou inexistência desta relação jurídica, será proferida a decisão judicial. Neste momento, a relação jurídica deixa de ser meramente deduzida e passa a ter sido julgada. Em latim, a *res in iudicium deducta*, após sofrer juízo de valor acerca de sua existência ou inexistência passa a ser *res iudicata*.

2.2.Da relação entre coisa julgada e segurança jurídica

A impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita[8], sendo necessário que o ordenamento jurídico prestigie a estabilidade daquilo que foi decidido, a fim de se evitar a eternização da incerteza em relação à situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário.

[8] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 417.

ARAGÃO[9] destaca que "a opção universalmente aceita, fundamentada no Direito Romano, consiste em, primeiro, submeter a sentença a reexame perante órgãos hierarquicamente superiores (eventualmente permitir sua rescisão posterior, acrescente-se) e após atribuir-lhe especial autoridade, que a torne imutável para o futuro em face de todos os participantes do processo em que fora ela pronunciada".

Um dos pilares do Estado democrático de direito é a segurança jurídica, direito fundamental cujo conteúdo contém inserido a noção de coisa julgada. Nosso ordenamento seguiu esta concepção, conforme se depreende da leitura do art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental.

Trata-se de princípio agregado ao Estado Democrático de Direito, porquanto para que se possa dizer, efetivamente, esteja este plenamente configurado é imprescindível a garantia de estabilidade jurídica, de segurança e orientação e realização do direito. Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante a menção expressa, na Constituição Federal, acerca da coisa julgada, porquanto esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito[10].

Portanto, ao estabelecer a definitividade da solução judicial imposta, a coisa julgada há de ser tida como garantia de segurança, e não de justiça das decisões oriundas do poder judiciário.

Nestes termos, tornando-se irrecorrível a decisão judicial, seja por ter sido esgotado os recursos elencados no ordenamento jurídico ou pela ausência de interposição do recurso no prazo disciplinado em lei, opera-se o seu trânsito em julgado, que faz surgir a coisa julgada.

2.3.Do conceito de coisa julgada

A atual Lei de introdução às normas de direito brasileiro[11] estabelece em seu art. 6º, §3º que "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso". Esta conceituação legal vem merecendo críticas doutrinárias.

[9] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992, p. 189.
[10] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 22.
[11] DECRETO-LEI Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominado de Lei de Introdução ao Código Civil até 30 de dezembro de 2010, quando entrou em vigor a lei nº 12.376, modificando a ementa daquela norma e ampliando o seu campo de aplicação.

LIEBMAN define a coisa julgada como "a imutabilidade do comando emergente de uma sentença"[12], sendo esta imutabilidade inerente à existência formal e aos efeitos provenientes da decisão judicial (declaratórios, constitutivos e condenatórios). Entre nós, utilizam-se desta conceituação Liebmaniana, entre outros, Amaral Santos[13], Frederico Marques[14] e Lauria Tucci[15].

Para esta corrente doutrinária, a coisa julgada deve ter seu estudo dividido em duas vertentes: a coisa julgada formal e a coisa julgada material, sendo aquela a imutabilidade da sentença e esta a imutabilidade dos seus efeitos. Formar-se-ia a coisa julgada formal em todas as sentenças, bastando para isso que ocorra o seu trânsito em julgado, enquanto que a coisa julgada material apenas nas sentenças definitivas[16].

Do que até aqui foi exposto, percebe-se que pela teoria de LIEBMAN, a imutabilidade da sentença se operacionaliza com o trânsito em julgado, momento em que não seja possível atacá-la via recurso, fenômeno que chamaríamos de coisa julgada formal. Especificando a hipótese, em se tratando de sentenças de mérito, à esta coisa julgada formal seria acrescido a impossibilidade de alteração dos efeitos da sentença, o que denominaríamos de coisa julgada material.

Para LIEBMAN, a coisa julgada formal seria um pressuposto lógico da coisa julgada substancial, haja vista que seria impossível a formação desta sem a daquela[17]. Em que pese a predominância, entre nós, da teoria até então exposta é certo que existem objeções ventiladas por processualistas de renome, como passaremos a analisar.

SILVA enxerga a coisa julgada material como sendo o fenômeno processual que implica na imutabilidade apenas do efeito declaratório das sentenças de mérito, não sendo os efeitos constitutivos e condenatórios alcançados por aquela autoridade[18].

---

[12] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984, p. 54.
[13] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, l. III, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 42.
[14] MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, vol. 3. São Paulo: Saraiva, p. 235.
[15] TUCCI, Rogério Lauria. *Sentença e Coisa Julgada Civil*, Belém, Cejup, 1984, p. 41.
[16] Em contraposição à noção de sentenças terminativas, aquelas que não apreciam o mérito, as sentenças definitivas extinguem o processo como julgamento do mérito.
[17] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984, p. 60.
[18] SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 104-106.

Como veremos adiante, esta concepção não merece prosperar, pois os efeitos constitutivos e condenatórios também alcançam a autoridade da coisa julgada, merecendo destaque a distinção entre as noções de conteúdo e efeitos da sentença.

Outros autores, aos quais filiamo-nos, discordam da afirmação de que a coisa julgada material torna imutável os efeitos da sentença, tendo em conta que estes podem ser alterados a qualquer tempo, mesmo após a formação da coisa julgada substancial. Dentre os defensores desta concepção, podemos destacar, na doutrina pátria, o mestre José Carlos Barbosa Moreira[19] e, na alienígena, Enrico Allorio[20].

De fato, os efeitos da sentença que analisa o mérito são mutáveis, não se destinando – nem mesmo se pretende que assim o seja – a se eternizarem. O efeito condenatório, por exemplo, destinando-se a viabilizar a execução forçada da prestação imposta ao devedor, desaparece após a satisfação desta obrigação, seja pelo seu cumprimento espontâneo ou mesmo através de execução forçada.

De igual modo, o efeito constitutivo da sentença de divórcio, ao romper o vínculo matrimonial existente entre os cônjuges, não pretende que este efeito seja intocado. Se assim o fosse, restaria por impossibilitado um novo casamento posterior entre as mesmas partes. Não há, no ordenamento jurídico vigente, qualquer impedimento que pessoas divorciadas voltem a casarem-se entre si. Ocorrendo esta hipótese, será tido por insubsistente o efeito constitutivo daquela sentença de divórcio.

Mesmo a sentença meramente declaratória, que afirme ou negue a existência de dada relação jurídica, não se protrai eternamente no tempo. Pense-se no caso de uma decisão judicial que afirme a existência de certa relação jurídica entre as partes do processo, conferindo maior certeza àquele negócio jurídico subjacente. Nada impede que esta relação jurídica afirmada seja extinta, por qualquer motivo, fazendo desaparecer a certeza oficial conferida pela sentença declaratória.

Para melhor compreensão desta crítica à teoria Liebmaniana, passaremos a tratar, de forma resumida, da distinção entre o conteúdo e os efeitos da sentença.

A sentença, como qualquer ato jurídico, tem um conteúdo, assim entendidas as notas essenciais que a distinguem dos outros atos jurídicos. Além disso, a sentença é,

[19] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, *in Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva. p. 109.
[20] ALLORIO, Enrico. Naturaleza de La Cosa Juzgada, *in Problemas de Derecho Procesal*, vol. II, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo , Buenos Aires, EJEA, 1963. p. 163.

também aqui como todos os atos jurídicos, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito[21].

BARBOSA MOREIRA define eficácia como a aptidão dos atos jurídicos à produção de efeitos e afirma que estes efeitos guardam correspondência com o seu conteúdo, o que operacionaliza por imputação[22].

Não obstante, tal correspondência não pode nos conduzir à confusão entre "efeito" e "conteúdo" dos atos jurídicos. Este encontra-se inserido no ato jurídico, ao passo que aquele lhe é extrínseco. "Conteúdo e efeito são entidades verdadeiramente inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra".[23]

Retornando à apreciação da imutabilidade provocada pela coisa julgada material, temos que somente o conteúdo da sentença, e não os efeitos dela decorrentes, recebe esta qualidade de imutável. É o conteúdo, o ato judicial consistente na fixação da norma reguladora do caso concreto, que se torna imutável e indiscutível[24]. O conteúdo da sentença revela a norma adequada para a resolução daquela hipótese que fora submetida à cognição judicial, ainda que desapareçam os seus efeitos[25].

A teoria Liebmaniana peca ao dedicar pouca importância à diferença existente entre os fenômenos processuais da coisa julgada formal e da coisa julgada material[26]. Somente a sentença que tiver alcançado a coisa julgada formal estará apta a alcançar a autoridade de coisa julgada material, sendo aquela um pressuposto lógico desta.[27]

Também a teoria sustentada por Ovídio Baptista da Silva equivoca-se no sentido de reconhecer somente ao efeito declaratório a imutabilidade decorrente da coisa julgada material. A partir da distinção que traçamos entre o conteúdo e os efeitos da sentença, podemos afirmar que, embora seja impossível modificarmos o conteúdo da

[21] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 441.
[22] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema, *in Temas de Direito Processual, Quarta Série*. São Paulo: Saraiva. p. 175-176.
[23] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema, *in Temas de Direito Processual, Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, p. 177.
[24] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, *in Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva. p. 110-112.
[25] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 469.
[26] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984, p. 60.
[27] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 470.

sentença constitutiva ou condenatória, o efeito delas decorrentes são suscetíveis de alteração, seja por futura sentença ou por acordo entre as partes.

Exemplificativamente, o conteúdo da sentença em uma "ação revisional de aluguel" não admite alteração. Não obstante, seu efeito constitutivo, ou seja, o novo valor do aluguel fixado na decisão, admite alteração, não possuindo a característica de imutabilidade e indiscutibilidade.

2.4.Da natureza da coisa julgada

Três são as principais teorias que se destinam a estudar a natureza da coisa julgada, entendendo-a como 1) um efeito da decisão; 2) uma qualidade dos efeitos da decisão; e 3) uma situação jurídica do conteúdo da decisão.

A primeira destas teorias, sustentada, entre outros, por Chiovenda[28], Celso Neves[29] e Pontes de Miranda[30], encara a coisa julgada como um efeito da sentença. Esta concepção restringe a coisa julgada ao elemento declaratório da decisão, sendo somente este imutável e indiscutível. A indiscutibilidade repousaria na força vinculante da declaração de existência ou inexistência do direito, tendo em vista que a eficácia da coisa julgada material consistiria em vincular as partes à declaração.

Ao sintetizar o pensamento de HELLWIG – para após censurá-lo, LIEBMAN[31] afirma que para aquele autor:

> as sentenças constitutivas, como as condenatórias, encerram, ainda, uma declaração, isto é, a declaracao do direito à mudança jurídica ou à prestação. Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, que se apresente esta por si só na sentença, quer seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem a ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ele possa se produzir.

Por outro lado, há quem encare a coisa julgada como uma qualidade que adere à sentença. Em rol não exaustivo, é possível citarmos Liebman[32], Lauria Tucci[33],

[28] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile.* 3 ed. 1923. Nápoles: Jovene. p. 901.
[29] NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. 1971. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 443.
[30] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 157.
[31] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 417.
[32] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984, p. 54.

Dinamarco[34], Grinover[35] e Greco Filho[36], sendo esta a concepção mais aceita entre os doutrinadores pátrios.

Esta visão liebmaniana da coisa julgada critica a acepção anterior destacando que não podem ser confundidos os efeitos da sentença com a autoridade da coisa julgada, entendida esta como a imutabilidade que qualifica estes efeitos. A coisa julgada não seria então um efeito da sentença, mas o modo como manifestam-se todos os seus efeitos, sendo, pois, um elemento novo que o qualifica.

A terceira corrente, que encara a coisa julgada como uma situação jurídica, por sua vez, critica esta concepção liebmaniana sobre a coisa julgada, pois os efeitos da decisão não seriam imutáveis, mas disponíveis e modificáveis. Entre os adeptos desta posição, temos: Freitas Câmara[37], Didier[38], Machado Guimaraes[39] e Barbosa Moreira[40].

A coisa julgada, para estes últimos, deve ser encarada como a imutabilidade do conteúdo da decisão, da parte dispositiva da sentença, que contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial. Não há de se falar em imutabilidade de seus efeitos.

Em determinado instante, a sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica: de mutável que era, faz-se imutável – e porque imutável, faz-se indiscutível, já que não teria sentido permitir-se nova discussão daquilo que não se pode mudar.[41]

A imutabilidade da sentença não lhe é "co-natural"[42] sendo possível a existência de sentenças que não se tornem imutáveis e indiscutíveis, na medida em que

---

[33] TUCCI, Rogério Lauria *ET alii* – Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 41.
[34] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2003, v. 3, p. 303 e 304.
[35] GRINOVER, Ada Pelegrini. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 57 e 58.
[36] GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11 ed. 1995. São Paulo: Saraiva. p. 264-265
[37] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 471
[38] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 425.
[39] Machado Guimaraes. *Estudos de Direito Processual Civil*. p. 14.
[40] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, *in Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva. p. 113.
[41] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, *in Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva. p. 107.
[42] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, *in Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva. p. 103.

estas características são oriundas de certa opção de política legislativa no sentido de privilegiar a segurança jurídica[43].

Diante de todo o exposto quanto às diversas teorias existentes sobre a natureza da coisa julgada, aderimos ao entendimento perfilado por esta terceira acepção, na medida em que encaramos a coisa julgada como um efeito jurídico (uma situação jurídica, portanto) que nasce a partir do advento de um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição exauriente, que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida. E este efeito jurídico (coisa julgada) é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão, da norma jurídica individualizada ali contida. A decisão judicial, neste ponto, é apenas um dos fatos que compõe o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada, que, portanto, não é um seu efeito[44].

2.5.Da relação entre a teoria da *tria eadem* e a coisa julgada

As sentenças que julgam o mérito da causa, resolvendo o objeto do processo, alcançam a qualidade de coisa julgada material, representando a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo desta decisão, produzindo efeitos para fora do processo, o que repercute de forma mais incisiva na estabilidade das relações jurídicas.

Com isso, resta impossibilitada a rediscussão da mesma matéria em outro processo, operando a coisa julgada material como um impedimento processual e, por consequência, vedando que o juiz ao qual a nova demanda foi distribuída exerça a cognição sobre o objeto deste processo. Trata-se de questão preliminar, que deve ser sempre apreciada pelo juiz, em qualquer processo, de oficio ou mediante provocação, no intuito de verificar se existe coisa julgada material que o impeça de apreciar o mérito da causa e, existindo tal impedimento processual, resta obrigado a proferir sentença terminativa.[45]

[43] Restaria impossibilitado a consecução deste principio constitucional se as questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário pudessem ser discutidas *ad infinitum*.
[44] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 426.
[45] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 473.

Neste aspecto, merece analise detida o que encontra-se disposto no art. 301, §3º do CPC. Segundo este dispositivo haveria coisa julgada quando há repetição de ação já decidida por sentença transitada em julgado.

Para melhor compreensão desta norma, faz-se necessário abordarmos a teoria do *tria eadem* ou das três identidades. Esta é a teoria adotada por nosso ordenamento jurídico para qualificação de duas ou mais demandas como idênticas. Assim, é necessário que haja, cumulativamente, coincidência das partes, da causa de pedir e dos pedidos, para que tenhamos identidade de demandas.

Por assim ser, em regra, somente haverá reconhecimento de coisa julgada material, e a consequente extinção do segundo processo sem resolução de mérito, se este processo superveniente ao trânsito em julgado da sentença for idêntico ao primeiro, ou seja, se houver igualdade de partes, da causa de pedir e dos pedidos. No entanto esta teoria não possui aplicação exaustiva a todas as hipóteses, existindo casos que reclamam a aplicação da "teoria da identidade da relação jurídica". Por esta segunda teoria, há identidade de demandas nas hipóteses em que a *res in iudicium deducta* for a mesma, ainda que algum dos elementos identificadores sejam distintos.

Um exemplo ajuda a ilustrar o que acabou de ser afirmado. Suponha que Sicrano ajuíze demanda em face de Beltrano pleiteando tão somente a declaração de existência de um crédito em seu favor. Sendo provado nos autos, pelo demandado, que o suposto crédito já fora adimplido, o único pedido desta demanda hipotética é julgado improcedente. Decorrido *in albis* o prazo para interposição dos recursos previsto no ordenamento processual vigente, referida decisão transita em julgado (momento em que se forma, como ocorre com todas as decisões que transitam em julgado, a coisa julgada formal). Tendo sido apreciado o mérito da demanda, também forma-se a coisa julgada material.

Em momento posterior ao transito em julgado, Sicrano ajuíza nova demanda em face de Beltrano objetivando a condenação deste ao pagamento do débito alegado. Percebe-se, facilmente, que há identidade de partes e de causa de pedir. No entanto, os pedidos são divergentes. Enquanto a primeira demanda continha pedido meramente declaratório, a segunda possui como pedido a condenação do réu ao adimplemento de obrigação de pagar.

Nesta situação proposta, pela teoria da tríplice identidade, estaremos diante de demandas distintas, pois os pedidos formulados são distintos. Não obstante, pela "teoria da identidade da relação jurídica", a segunda demanda ajuizada por Sicrano há de ser julgada improcedente, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito pelo reconhecimento da coisa julgada material, haja vista que ambas as causas versam sobre a mesma *res in iudicium deducta*.

2.6.Pressupostos da coisa julgada material

Faz-se necessário a presença de quatro pressupostos para que a decisão judicial reste acobertada pelo manto da coisa julgada material, são eles: a) decisão jurisdicional, b) provimento de mérito, nos termos do art. 468 do CPC, c) mérito julgado por cognição exauriente[46] e d) que tenha ocorrido a coisa julgada formal (art. 467 do CPC).

2.7.Limites objetivos

Consistem estes limites no alcance da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença transitada em julgado. Como nos ensina CÂMARA, busca-se saber "o que transitou em julgado"[47]. De acordo com o art. 468 do CPC, o limite da coisa julgada formada é o objeto do processo, ou seja, a limitação encontra base segura nos pedidos apreciados na decisão. Isto ocorre porque o CPC utiliza-se da palavra "lide" para designar o mérito da causa, o objeto do processo.

Quando o art. 468 diz que "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas" significa exatamente que os pedidos apreciados na decisão judicial formam a limitação objetiva à coisa julgada material formada pelo trânsito em julgado da sentença definitiva.

Aquelas matérias que não tiverem sido objeto do pedido da demanda não integram o processo e, por conseguinte, não serão alcançadas pela imutabilidade e indiscutibilidade provenientes da coisa julgada.

[46] Razão pela qual a decisão que antecipa a tutela, fundada em cognição sumária, não fica imune com a coisa julgada material.
[47] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 475.

Como vimos quando do estudo da origem da expressão coisa julgada, entende-se por *res iudicata* aquela relação jurídica que fora deduzida (*res in iudicium deducta*) e, após ser objeto da cognição judicial, foi alcançada pelo manto da coisa julgada.

Por conter a norma jurídica concreta criada pelo poder judiciário , apenas o dispositivo da sentença transita em julgado, não operando-se a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade em relação aos demais elementos da sentença. É o que se extrai, por exemplo, das lições de Vicente Greco Filho.[48]

Importante termos em mente que o dispositivo da sentença julga o pedido, a questão principal, na letra do art. 468[49] do CPC, ao passo que a fundamentação, incluindo-se a valoração das provas apresentadas, aborda questões incidentes, não sendo, portanto, agasalhada pela autoridade da coisa julgada, como se extrai do art. 469.

Dito isto, passaremos à analise detida de cada um dos elementos da sentença em relação à situação jurídica da coisa julgada.

Em relação ao relatório da sentença, não há maiores dificuldades, haja vista que este elemento da sentença é desprovido de qualquer carga decisória. Em relação à fundamentação da sentença, merece destaque a redação do art. 469 do CPC, que vem gerando divergências doutrinárias quanto à sua correta interpretação.

A motivação da sentença não é coberta pelo manto da coisa julgada, salvo nos casos em que seja proposta a competente "ação declaratória incidental", instituto processual destinado especificamente para este intento, fazendo com que a questão deixe de ser apreciada *incidenter tantum* e integre o objeto principal do processo[50].

2.8.Dos limites subjetivos

A coisa julgada pode operar-se *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*.

O dispositivo de regência das limitações subjetivas à autoridade da coisa julgada encontra-se, atualmente, no art. 472 do CPC, que, ao disciplinar as pessoas que são por ela atingidas, consagra a regra geral da coisa julgada inter partes.

[48] GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol II. p. 268.
[49] lide decidida é aquela que a parte apresenta ao Estado-juiz através de um pedido, qualificado como questão principal da demanda
[50] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Os limites objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil", *in Temas de Direito Processual, 1ª Série*. São Paulo: Saraiva. p. 94

Trata-se, em verdade, de regra tradicional no direito processual, vigorando desde os idos do Direito Romano, onde se afirmava: *res inter alios iudicata, aliis non praeiudicare*.

A imutabilidade e indiscutibilidade da sentença coberta pelo manto da coisa julgada opera-se entre aqueles que figuraram no processo como partes, não podendo atingir terceiros, estranhos à relação jurídica processual que a deu ensejo, seja beneficiando ou prejudicando-os, prestigiando-se, com isso, as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Não existe, em nosso ordenamento processual, nenhum impedimento a um terceiro que se oponha à coisa julgada formada em processo ao qual não participou.

Digno de nota a insuficiência do disposto na norma em apreço para disciplinar todos os fenômenos atrelados à extensão subjetiva da coisa julgada.

Cabe-nos, preliminarmente ao estudo dos casos que excepcionam a regra, definir os conceitos de coisa julgada *ultra partes* e *erga omnes*. Há um ponto de interseção entre estas noções de coisa julgada: a ruptura da limitação da coisa julgada às partes do processo. Naquele, a coisa julgada atinge determinados terceiros, enquanto que neste, a coisa julgada atinge todos os jurisdicionados.

Passaremos, neste ponto, a analisar algumas hipóteses especiais, que excepcionam esta regra geral insculpida no art. 472 do CPC. Começaremos com casos de coisa julgada ultra partes:

a) Substituição processual: os limites subjetivos da coisa julgada nos casos de substituição processual – hipóteses em que a parte do processo que deu ensejo à formação da coisa julgada agiu como legitimado extraordinário, encontrando-se em juízo atuando, em nome próprio, na defesa de interesse alheio – opera-se, sem restrições ao substituído, ou seja, ao legitimado ordinário, mesmo que este não tenha integrado o processo como parte[51].

Se o legitimado ordinário tivesse atuado, como parte, no processo que ensejou a coisa julgada, os efeitos dela decorrente seriam-lhe aplicáveis por decorrência direta do que encontra-se positivado no art. 472 do CPC.

[51] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984, p. 97; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. p. 190; Oliveira Junior. *Substituição Processual*. p. 169.

O substituído não é, verdadeiramente, um terceiro, pelo simples fato de ser o titular do interesse levado à apreciação judicial.

b) Sucessão, entre vivos ou *causa mortis*: A relação jurídica processual comporta alteração em seu polo subjetivo, o que se materializa através da sucessão das partes envolvidas.

Os sucessores assumem a posição do sucedido na relação jurídica, passando a ocupar todas as posições jurídicas (faculdades, ônus, sujeições, obrigações e direitos) titularizadas pelo sucedido.

Ocorre que a regra do art. 472, em sua literalidade, não poderia ser aplicada diretamente ao sucessor, pois ele não participou do processo que deu ensejo à formação da *res iudicata*.

No entanto, tal qual se verificou na situação anterior, os efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade da norma individualizadora contida na sentença serão estendidas aos sucessores, pois estes não podem ser tidos como terceiros, na medida em que passam a ocupar a posição do sucedido, que fora parte naquela demanda.

c) legitimação concorrente: hipótese polêmica em sede doutrinária, é a do co-legitimado, que poderia ter sido parte no processo como litisconsórcio unitário facultativo ativo, e a sua vinculação à autoridade da coisa julgada.

Tal questão tangencia os princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa. O desafio, nesta seara, é saber se haverá afronta a estas garantias constitucionais caso se reconheça a extensão dos efeitos da coisa julgada a esta categoria de terceiros.

Exemplificativamente, elenca-se, respectivamente, os grupos favoráveis e contrários a tal extensão: i. Barbosa Moreira[52], Cruz e Tucci[53] e Didier[54]; e ii. Grinover[55], Athos Gusmão Carneiro[56] e Ovídio Baptista da Silva[57].

---

[52] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente", *In Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 143-145.

[53] TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 229.

[54] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 431.

[55] GRINOVER, Ada Pelegrini. "Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato". *In* LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 238-243.

[56] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

[57] SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 96 em diante

Parece-nos que o ideal é a adoção de uma posição intermediária, através de uma interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 47 do CPC, permitindo-se ao juiz que ordene ao autor a intimação dos co-legitimados que não estejam integrando o pólo ativo da relação processual formada, para que manifestem-se sobre a participação no processo, cientificando-lhes que estarão submetidos à autoridade da coisa julgada, em qualquer dos casos.

Esta postura seria mais coerente com o sistema jurídico processual, tendo em conta que não há qualquer imposição à participação no processo como litisconsorte ativo e que não há como se admitir, na sociedade contemporânea, a produção de decisões judiciais sem efetividade.

d) decisão favorável a um dos credores solidários: com base no art. 274 do CC/02, esta decisão será estendida aos demais credores desta relação jurídica.

e) ações coletivas que versem sobre direitos coletivos em sentido estrito: art. 103, II, CDC. A coisa julgada formada nestas ações não se limita a atingir as partes originárias do processo, alcançando, também, todos os membros da categoria, classe ou grupo, que são ligados entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica base[58].

f) questões de estado: esta situação encontra-se disciplinada na parte final do art. 472 do CPC. Não obstante, em razão da leitura ambígua desta parte do dispositivo, optamos por tratá-la separadamente, com o condão de evitar interpretações equivocadas em relação ao mesmo.

A mera leitura do art. 472 do CPC parece levar à conclusão de que nas questões de estado a coisa julgada é oponível erga omnes. Assim, por exemplo, a sentença que decretasse a interdição, após o transito em julgado, seria imutável e indiscutível em relação às partes e a terceiros 59.

Esta, no entanto, não é a correta interpretação a ser extraída do texto. O que se está exigindo é a citação de todos os interessados, na condição de litisconsortes necessários. Em ocorrendo a citação dos interessados, não resta duvida da incidência dos efeitos da coisa julgada em relação a estes, pois passarão a ser parte.

[58] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 431.
[59] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 482.

Em sentido diverso, registre-se a posição de AMARAL SANTOS[60] e THEODOR JUNIOR[61], que defendem mesmo ser hipótese de coisa julgada erga omnes.

Caso ainda mais complicado será aquele em que não haja citação de algum dos interessados (litisconsórcio necessário). Nesta hipóteses, a sentença será ineficaz (*inutiliter data*), tanto aos que participaram quanto aos que não participaram do processo. Permanecerão como terceiros, externos ao processo, somente aqueles que não possuem interesse jurídico na causa, não sendo-lhes permitido insurgirem-se contra a coisa julgada[62].

Como coisa julgada erga omnes, podemos mencionar as seguintes hipóteses: i. ação de usucapião de imóveis; ii. ações coletivas que versam sobre direitos difusos ou direitos individuais homogêneos (art. 103, I e III do CDC); e iii. Ações de controle concentrado de constitucionalidade.

2.9.Coisa julgada nas sentenças determinativas

Sentença determinativa é aquela que estabelece a norma individualizadora em relação às relações jurídicas continuativas, ou seja, àquelas que protraem-se no tempo, como a "ação de alimentos" e a "ação revisional de aluguel".

Por decidir relações de trato sucessivo, este tipo de sentença pode se deparar com modificações nas circunstancias de fato ou de direito existentes quando de sua prolação[63]. Por assim ser, admite-se a revisão do que restou estatuído na sentença.

A questão que se coloca nesta seara refere-se à existência ou inexistência da coisa julgada nestas sentenças. Admitindo-se a autoridade da coisa julgada em relação às sentenças determinativas, surge uma nova duvida, a de saber qual o fundamento que justifica a alteração de algo que se estabeleceu através de sentença tornada imutável e indiscutível.

Em que pese a redação do criticável art. 15 da lei de alimentos (Lei nº 5.478/68), a sentença determinativa transita em julgado, alcançando a coisa julgada

[60] AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV, p. 457.
[61] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. vol. I. p. 587.
[62] FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3. P. 244-245; LIEBMAN, Enrico Tullio. "Limites à Coisa Julgada nas Questões de Estado", *in Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984, p. 211.
[63] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 485.

formal, tornando-se imutável a decisão ali proferida. Negar a aptidão destas sentenças ao transito em julgado – como faz Greco Filho[64] - ensejariam graves problemas, como a execução definitiva da carga condenatória.

Dificuldade maior vem sendo enfrentada em relação à formação da coisa julgada material em relação a estas sentenças. Há, inclusive, neste ponto, maior controvérsia em sede doutrinária.

A tese que conta com maior adesão entre os doutrinadores[65] admite a possibilidade destas sentenças alcançarem a coisa julgada material, tornando-se imutáveis e indiscutíveis.

A maior dificuldade, no entanto, encontra-se na fundamentação capaz de autorizar a revisão do que ficou estabelecido em sentença transitada em julgado, coberta pelo manto da coisa julgada.

A maior parte da doutrina[66] fundamenta a possibilidade desta revisão na existência de clausula rebus sic stantibus nas sentenças determinativas. Nas relações jurídicas continuativas, que se protraem no tempo, podem ocorrer alterações nas circunstancias de fato e de direito, assemelhando-as à "teoria da imprevisão", o que autorizaria a revisão.

Há quem sustente[67], no entanto, que todas as sentenças contem esta clausula rebus sic stantibus e nem todas admitem revisão. Para esta parcela da doutrina a justificação para a alteração do que disposto na sentença é a especial natureza da res in iudicium deducta, o que dá ensejo a uma sentença diferente das demais, no sentido de autorizar, no futuro, sua alteração, desde que haja mudança na realidade fática ou de direito. Esta seria, inclusive, a opção do legislador ordinário, tendo em conta o disposto no art. 471, I.

---

[64] GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 14 embargos de declaração São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2, p. 247.

[65] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro", *in Temas de Direito Processual, 1ª Série*, p. 111; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "A coisa julgada nas ações de alimentos", *in REPRO 62-10.*

[66] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 587; PORTO, Sergio Gilberto. *Coisa Julgada Civil.* Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 98; AMARAL SANTOS. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. vol. III, p. 56.

[67] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984, p. 26.

Registre-se uma terceira posição[68], a qual aderimos, que entende desnecessário o recurso à clausula rebus sic stantibus ou à especial natureza da relação jurídica deduzida no processo, pois as sentenças determinativas não possuiriam nada de diferente em relação aos princípios gerais da coisa julgada.

Afirma que a coisa julgada só atinge aquilo que foi julgado, ou seja, que a coisa julgada é a própria *res iudicanda* depois de ter sido *iudicata*[69] e conclui, utilizando-se da teoria da tríplice identidade (art. 301, §2º, CPC), no sentido de não haver demandas idênticas a justificar o impedimento de apreciação da segunda demanda, de revisão, especialmente por conter causa de pedir distinta.

3.Da desconsideração da coisa julgada

Tema objeto de recentes debates doutrinários e decisões judiciais de tribunais superiores com ampla repercussão na sociedade civil, importante empreendermos a uma analise criteriosa sobre as hipóteses e os meios de cessação da eficácia plena da coisa julgada.

Inicialmente, cabe-nos distinguir a noção de revisão e de relativização da coisa julgada, pois enquanto naquela utiliza-se dos meios positivados no ordenamento jurídico com o intento de cessar a eficácia plena da coisa julgada, nesta prescinde-se da legalidade, utilizando-se construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Dentre os instrumentos de revisão da coisa julgada temos: a) a ação rescisória[70]; b) a *querela nullitatis*[71] (art. 741, I) ou *exceptio nullitatis* (art. 475-L, I); c) a impugnação com base na existência de erro material[72]; d) a impugnação da sentença

[68] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 12 ed. 2005. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris. p. 487; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "A coisa julgada nas ações de alimentos", *in REPRO 62-10*, p. 20-21; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, *in Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva. p. 111-112.

[69] Chiovenda, Giusepe. "Sulla Cosa Ciudicata", *in Saggi di Diritto Processuale Civile, vol. II, p. 15-16.*

[70] Ação autônoma de impugnação de decisão definitiva transitada em julgado, alegando-se a existência de vícios rescisórios (art. 485, CPC) e pretendendo-se a desconstituição da coisa julgada material, dentro do prazo decadencial de dois anos contados do transito em julgado.

[71] Meio de impugnação de decisão que contenha vícios trans-rescisórios, ou seja, nos casos em que a norma jurídica concreta tenha sido proferida em processo no qual o réu revel não tenha sido citado ou quando esta citação tenha sido implementada de forma defeituosa (art. 475-L, I e art. 741, I). Não submete-se ao prazo decadencial da ação rescisória e possui hipóteses de cabimento mais restrita.

[72] Tivemos a oportunidade de abordar esta hipótese em passagem precedente no presente estudo, para onde remetemos o leitor.

inconstitucional (art. 475-L, §1º e art. 741, § único); e e) a denúncia[73] por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), com base no art. 44 deste diploma[74].

No que concerne à desconsideração da coisa julgada, encontramos na doutrina afirmação no sentido da impossibilidade de decisões judiciais cristalizarem-se quando contiverem, em seu conteúdo, soluções injustas ou inconstitucionais. Pregam, os defensores desta nova possibilidade, que estas decisões não seriam aptas a produzirem a coisa julgada material, podendo ser revistas, a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos.

Este movimento desconsiderador teve como mentor José Augusto Delgado, ministro do STJ, cujas lições foram difundidas por processualistas de renome, como Humberto Theodoro Junior e Cândido Rangel Dinamarco. Este último, por exemplo, exige, para que a coisa julgada conserve-se inalterável, que esteja em consonância com os valores constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, da moralidade administrativa; que haja justiça nos valores de eventual condenação imposta ao Estado; que não sejam ofendidos a cidadania e os direitos do homem, bem como que não seja violada a garantia de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O calcanhar de Aquiles desta corrente, ao nosso sentir, é a fundamentação da desconsideração da coisa julgada em conceitos jurídicos indeterminados, como a injustiça da decisão. Os opositores desta tendência relativicionista afirmam que, ao se admitir esta possibilidade, estaríamos a conferir ao Judiciário uma cláusula geral de revisão da coisa julgada – um cheque em branco -, enfraquecendo o vetor constitucional da segurança jurídica.

A injustiça da decisão não pode ser argumento apto a aniquilar a coisa julgada formada após um devido processo. Ovídio Baptista, ao criticar a tese perfilhada por Humberto Theodoro Junior, indaga o que seria Direito justo senão o Direito positivo?[75]

[73] Remédio "externo" de revisão da coisa julgada de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Estado Brasileiro reconheceu a jurisdição desta Corte, como exige o art. 62, I do Pacto, através do Decreto Legislativo nº 89/1998 e do Decreto Presidencial nº 4.463/2002. Pondera-se, em sede doutrinária, a suposta violação aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, nas hipóteses em que o individuo não faca parte do processo internacional, e veja a decisão judicial transitada em julgado, e que lhe era favorável, ser revista pela Corte Internacional.

[74] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 447.

[75] SILVA, Ovídio Baptista da. "Coisa Julgada Relativa". *In Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nª 109, p. 218-219.

Conclui afirmando que, em se admitindo todas as hipóteses propostas pelas defensores da relativização, dentre as quais, e principalmente, a "grave" e "séria" injustiça, nada restaria da coisa julgada.

A coisa julgada é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. Em outras palavras, mais do que se garantir ao cidadão o acesso à justiça, deve lhe ser assegurada uma solução definitiva, imutável, para sua causa de angústia.[76]

Como resposta à possibilidade de serem cristalizadas decisões injustas, ilegais ou em descompasso com a realidade fática, o ordenamento jurídico prevê os meios típicos em que estas podem ser desconstituídas, harmonizando as garantias da segurança jurídica e estabilidade das situações jurídicas com a legalidade e a justiça das decisões judiciais.

Para MARINONI, "admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de ´relativizar´ a coisa julgada não traria qualquer beneficio ou situação de justiça. Não há garantia no sentido da justiça da segunda decisão"[77]

Não existe uma "justiça" previa ao processo, que deva ser meramente revelada pelo Estado-Juiz. A norma jurídica individualizada, a ser aplicada em cada caso concreto, é formada através de processo jurisdicional, desenvolvido por meio de um procedimento cooperativo e em contraditório participativo. Esta decisão judicial não existe previamente, sendo formado uma nova regra jurídica a incidir naquela hipótese.

A justiça será construída, caso a caso, pela participação cooperativa dos sujeitos, garantindo-se o contraditório.

No mesmo sentido manifesta-se DIDIER, afirmando que

> Os programas jurídicos (leis) não determinam completamente as decisões dos tribunais e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência. Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral → particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente. Trata-se do chamado Direito judicial, desenvolvimento do Direito que não pode ser antecipado,

[76] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2, p. 452.

[77] MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". *In Relativização da coisa julgada – enfoque critico*. DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). 2 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006, P. 163.

> produzido nem impedido pelo legislador[78]. […] Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo). Ao decidir, o tribunal gera algo novo – se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior e decisão, já pronta.

Na mesma linha posiciona-se o filósofo alemão Nikla Luhmann:

> Si no existe uma alternativa, la decisión del tribunal ya fue antecipada por El legislador o por la conclusión del contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavia alternativas. No hay ninguma decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de la decisión, Sean necesarias (o posibles) más decisiones[79].

A decisão jurisdicional é o único ato de poder estatal apto a tornar-se imutável e indiscutível, ou seja, definitivo. A coisa julgada, portanto, é uma qualidade jurídica específica do ato jurisdicional, permitindo-se a revisão, pelo judiciário, da lei, do ato administrativo e dos negócios jurídicos oriundos do Estado. Já os atos jurisdicionais, no entanto, somente admitem rediscussão pelo próprio Poder Judiciário, através de meios de impugnação, como os recursos.

E assim o é em virtude da necessidade de existir uma palavra final ao litígio, que prescreva a solução normativa para o caso concreto, que seja a norma jurídica individualizada, o que se faz por meio da decisão jurisdicional acobertada pela coisa julgada.

Com esta engrenagem, concretiza-se o vetor constitucional da segurança jurídica, sem a dispensa do contraditório e da ampla defesa, na medida em que esta imutabilidade do provimento jurisdicional somente se implementa ao final de todo o procedimento.

A coisa julgada também deve ser analisada por outro ângulo, sob outro enfoque. Ela exerce uma limitação ao exercício da função jurisdicional, consubstanciando uma garantia do cidadão.

Ora, se os atos estatais provenientes do exercício da função jurisdicional representam, como vimos, a última palavra, o pronunciamento final do litígio, faz-se necessário que se crie um momento a partir do qual nem mesmo os órgãos jurisdicionais possam rever aquilo que foi por eles decididos.

---

[78] LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico". *Revista da AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 162-163.

[79] _____. *El derecho de la sociedad.* México: Universidad Iberoamericana. 2002. p. 370.

Assim é que a coisa julgada inviabiliza o reexame da norma jurídica individualizada contida no dispositivo da decisão seja pela lei, através de atos administrativos e, principalmente, pelo próprio Poder Judiciário.

A coisa julgada é garantia fundamental do processo porque se aquele a quem o juiz atribuiu o pleno gozo de um direito não puder, daí em diante, usufrui-lo plenamente sem ser mais molestado pelo adversário, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma conseqüência necessária do direito fundamental à segurança (artigo 5º, inciso I, da Constituição), pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, deve poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais[80].

Em que pese a previsibilidade da sequência dos atos processuais, disciplinados a depender do procedimento e do objeto litigioso levado à apreciação do órgão jurisdicional, é certo que o resultado deste processo será, sempre e necessariamente, desconhecido. Não por outra razão, costuma-se afirmar que o processo garante a certeza dos meios e a incerteza do resultado, pois, como analisado em linhas a cima, a norma jurídica criada para o caso concreto será sempre nova.

É exatamente aqui que repousa o grave risco em se admitir a revisão da coisa julgada por critérios atípicos e calcados em conceitos jurídicos indeterminados, como a injustiça, a desproporcionalidade e a inconstitucionalidade.

Por esta incerteza do resultado, bastaria ao demandante alegar um destes critérios atípicos para iniciar-se um processo de rediscussão da coisa julgada formada e, após a sua propositura, o resultado deste segundo processo também será incerto, na medida em que não se sabe o resultado do processo antes do processo, pois a sua solução é, através dele, construída. Este o motivo pelo qual a ação rescisória é típica e contem um prazo decadencial para o seu ajuizamento.

Diddier traz à baila interessante argumento, inadmitindo a construção teórica do que classifica de um absurdo casuístico e pontual, como o ocorrido em relação ao movimento relativizador da coisa julgada, senão vejamos:

> O movimento da relativização da coisa julgada surgiu da necessidade de revisão de algumas sentenças, que revelam situações especificas marcadas pela desproporcionalidade. Situações particulares absurdas não podem gerar teorizações, que são sempre abstratas, exatamente porque são excepcionais.

[80] GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*.

> Pergunto: vale a pena, por que o absurdo pode acontecer, criar, abstratamente, a possibilidade de revisão atípica da coisa julgada? Não é correto criar uma regra geral por indução, partindo-se de uma situação absurda. Admitimos a criação de regras gerais por indução (a partir do caso concreto), o que, alias, está ratificado pela previsão constitucional da 'súmula vinculante'(art. 103-A, CF/88) e pela força normativa que se vem emprestando aos precedentes judiciais. Mas a regra geral induzida parte de uma situação-tipo, padrão, comum, trivial, prosaica; não de uma situação excepcional.A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério é exterminá-la.

Conclusão

Diante de todo o exposto, posicionamo-nos contrários à cláusula aberta de relativização da coisa julgada, por critérios atípicos, como a injustiça, a desproporcionalidade e inconstitucionalidade.

Reconhecemos a necessidade de revisão do instituto, mas com a devida cautela e ponderação, instituindo-se critérios racionais e objetivos.

Defendemos a tese da necessidade de alteração da legislação quanto ao ponto, para adequação do instituo à realidade, como a revisão das hipóteses de cabimento da ação rescisória, para contemplar e/ou aperfeiçoar os casos de superveniência de inovações cientificas[81], de decisões eivadas de *errores in procedendo* ou para correção de injustiças (art. 485, IX, CPC); melhor sistematização da *querela nullitatis*, para incluir o seu cabimento para impugnação de decisões judiciais com vícios formais graves.

Na perspectiva das garantias fundamentais do processo e do processo justo, cumpre salientar que na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário.

Acreditamos não ser admissível a revisão atípica da coisa julgada por critérios de justiça, por debilitar o sistema jurídico processual e fragilizar a garantia constitucional da segurança jurídica e, em última análise, inviabilizar a implementação de um processo justo.

[81] Como o exame genético para a identificação da filiação biológica.

Afinal, o que nos garantiria a justiça da segunda decisão que reviu a primeira?

Bibliografia

ALLORIO, Enrico. Naturaleza de La Cosa Juzgada, in Problemas de Derecho Procesal, vol. II, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo , Buenos Aires, EJEA, 1963.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992, p. 189.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, in Temas de Direito Processual, Terceira Série. São Paulo: Saraiva.

_____. Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações sobre o Tema, in Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva.

_____.. "Os limites objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil", in Temas de Direito Processual, 1ª Série. São Paulo: Saraiva.

_____. "Ainda e sempre a Coisa Julgada", in Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres).

_____. "A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro", in Temas de Direito Processual, 1ª Série.

_____. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente", In Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; Litisconsórcio unitário. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol I. Lumen Juris.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de terceiros. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di Diritto Processuale Civile. 3 ed. 1923. Nápoles: Jovene. p. 901.

_____. "Sulla Cosa Ciudicata", in Saggi di Diritto Processuale Civile, vol. II.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2003, v. 3.

_____. Litisconsórcio, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 190;

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "A coisa julgada nas ações de alimentos", in REPRO 62-10, p. 20-21;

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo,* disponível em http://*www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto165(1).doc*

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 11 ed. 1995. Vol. II. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

_____. "Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato". In LIEBMAN, Enrico Tulio. Eficácia e autoridade da sentença. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984.

_____. "Limites à Coisa Julgada nas Questões de Estado", in Eficácia e Autoridade da Sentença, trad. Brás. De Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1984.

MACHADO GUIMARAES. "Preclusão, Coisa Julgada, Efeito Preclusivo", in Estudos de Direito Processual.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, vol. 3. São Paulo: Saraiva. 1990.

MITIDIERO, Daniel. "Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva". Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 2004.

MOURÃO, Luiz Eduardo. Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas). Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3.

SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. Primeiras Linhas de Direito Processual. vol. III. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Ovídio Baptista da. Sentença e Coisa Julgada. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

_____. "Coisa Julgada Relativa". In Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nª 109.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1990;

TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria et alii – Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TUCCI, Rogério Lauria. *Sentença e Coisa Julgada Civil*, Belém, Cejup, 1984

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. Dogma da coisa julgada. São Paulo: RT, 2003.

RÉPLICA, TRÉPLICA E QUADRÚPLICA: INSTITUTOS RELEVANTES INDEVIDAMENTE DESPRESTIGIADOS

Bruno Garcia Redondo

Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-graduado em Advocacia Pública pela ESAP (PGERJ/UERJ-CEPED). Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ (TJRJ/UNESA). Professor de Direito Processual Civil, Direito Processual Coletivo e Direito Processual Tributário. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC) e do Instituto *Iberoamericano de Derecho Procesal* (IIDP). Conselheiro da OAB-RJ. Presidente da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ. Procurador da OAB-RJ. Procurador da UERJ. Advogado.

Resumo: Este ensaio examina os institutos da réplica, da tréplica e da quadruplica no Direito Processual Civil.

Riassunto: Questo studio cerca di esaminare l'obiezione (la risposta) dell'autore alla difesa del convenuto e l'obiezione (la risposta) dell convenuto alla difesa dell'autore.

Palavras-chave: Réplica — Princípios — Ônus — Tréplica — Quadrúplica.

Parole chiave: Obiezione — Difesa — Principi — Onere.

1. Introdução

Enquanto a petição inicial e, principalmente, a contestação, são objetos de densos trabalhos por parte de estudiosos e de aprofundamento pelos Tribunais, a *réplica*[1] é ato processual que não costuma desfrutar da merecida atenção.

[1] A *réplica* é instituto processual que não recebe essa denominação, nem qualquer outra, no Código de Processo Civil de 1973, sendo um ato processual atualmente inominado. Entretanto, seu equivalente era assim denominado tanto nas Ordenações do Reino Português (e, nos dias atuais, igualmente no art. 502 do CPC de Portugal), quanto no Decreto 737/1850 (primeira lei processual comercial e civil brasileira), razão

Regulada em 02 (dois) dispositivos legais de redação bastante simples (arts. 326 e 327 do CPC), a réplica é objeto de escassos comentários pela doutrina e de desatenção pelo Poder Judiciário, tendo sua importância resumida à mera observância *formal* da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CRFB).

A réplica, entretanto, não se encerra em mera *faculdade* de contraditório pelo autor. Pelo contrário, deve ser regida por princípios e *ônus* que, se desatendidos, devem gerar consequências materiais e processuais relevantes.

Dependendo do conteúdo da réplica, pode ser necessária a intimação do réu para apresentação de *tréplica* e, dependendo dos termos desta, a oitiva do autor para eventual *quadrúplica*.

Passemos, pois, a delinear os principais contornos desses institutos.

2. Cabimento e prazo da réplica

Cabe ao autor invocar, na petição inicial, os fundamentos fáticos e jurídicos que constituem o seu direito (art. 333, I, CPC). Por seu turno, ao réu compete, na contestação, negar os fatos constitutivos alegados pelo demandante — defesa de mérito *direta* — e invocar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor — defesa de mérito *indireta* (art. 333, II, CPC). Deve o réu invocar não somente questões relacionadas ao direito material, mas também questões processuais que lhe sejam favoráveis (questões *preliminares*, elencadas nos incisos do art. 301 do CPC).

Caso o réu, em sua contestação, limite-se a aduzir defesa de mérito *direta*, o contraditório estará aperfeiçoado e inteiramente satisfeito: o binômio *ataque-defesa* estará esgotado, sem invocação de qualquer elemento novo, revelando-se inteiramente descabida a concessão, ao autor, de oportunidade para apresentar réplica[2].

Se o réu, contudo, houver juntado documentos à sua contestação, a regra do art. 398 do CPC impõe a necessidade de intimação do autor para, em 05 (cinco) dias, impugnar aquela prova documental.

---

pela qual a *prática forense* brasileira consagrou a denominação *réplica* para o ato processual previsto nos arts. 326 e 327 do CPC.

[2] Em linha semelhante, DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1, p. 548; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 384; e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 625.

Em cenário diverso, vindo o réu a invocar questões *processuais* (art. 327), ou a apresentar defesa de mérito *indireta* (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conforme art. 326), esses elementos configurarão "fatos novos", porquanto não ventilados, até então, na relação processual. Por se tratar de pontos novos, invocados, pela primeira vez, naquele momento (isto é, na contestação do réu), surge a inafastável necessidade de intimação do autor — para apresentação de réplica em 10 (dez) dias, a fim de que a garantia do contraditório seja devidamente observada. A ausência de intimação do autor para apresentar réplica, quando cabível, aliada a posterior julgamento (total ou parcialmente) contrário ao demandante, é defeito processual insanável (devido ao prejuízo) que impõe a decretação da *nulidade* do procedimento do ponto em que deveria ter sido oportunizada a réplica em diante[3].

Seja no caso de aplicação exclusiva do art. 326 ou do art. 327, seja na hipótese de incidência simultânea de ambos ou, até mesmo, dos três dispositivos (art. 326, 327 e 398), o decêndio permanece inalterado, sendo único (*um só*) o prazo de 10 (dez) dias para a réplica e para a impugnação dos documentos, inexistindo qualquer cumulação ou dobra de prazo em razão da duplicidade do cabimento de réplica[4-5].

Caso o magistrado, ao analisar o conteúdo da inicial e da contestação, verifique a existência de irregularidade ou de defeito processual, deve intimar a parte para corrigi-lo, fixando prazo nunca superior a 30 (trinta) dias. Não obstante a segunda parte do art. 327 referir-se somente à nulidade *sanável*, deve a parte ser intimada a manifestar-se sobre o vício mesmo em caso de defeito *insanável*[6], uma vez que o contraditório prévio é garantia constitucional inafastável, cuja observância se impõe inclusive quando se tratar de defeito

[3] MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009. v. 1, p. 185; e AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 469-470. Igualmente, STJ, 4. T., REsp 655.226/PE, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 13.09.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 269; STJ, 4. T., REsp 39.702/SP, rel. Min. Dias Trindade, j. 14.12.1993, *DJ* 28.03.1994, p. 6.329. Do mesmo modo.

[4] Dessa forma, MOREIRA, José Carlos BARBOSA. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 50; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1, p. 384; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2, p. 76; THEODORO JÙNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 424; e PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 174.

[5] Em sentido contrário, ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 906.

[6] Igualmente defendendo a necessidade de prévia intimação da parte, inclusive em caso de defeito insanável, para manifestar-se e tentar corrigir o vício em até 30 (trinta) dias, FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 455.

insanável, de matéria cognoscível de ofício ("matéria de ordem pública", ligada ao interesse público) ou de questão de Direito.

A réplica, como se vê, é corolário das garantias constitucionais do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa*[7], tendo hipótese de cabimento restrita às situações constantes dos arts. 326 e 327: invocação, pelo réu, na contestação, de defesa *processual* ou de defesa de mérito *indireta*.

3. Natureza jurídica da réplica e sua inafastável relação com o regramento jurídico da contestação

Tendo em vista sua destinação de contraposição aos fatos novos alegados pelo réu, a natureza jurídica da réplica é, pois, de *resposta do autor* à inovação fática (na realidade, ampliação da causa de pedir) empreendida pelo demandado, sendo verdadeira "contestação" do demandante contra os "fatos novos" invocados pelo réu em sua peça defensiva.

Para bem seguir a clássica parêmia *ubi eadem ratio ibi eadem jus*[8], deve a réplica observar, *mutatis mutandis*, o regramento jurídico (princípios, ônus e consequências) da contestação.

4. Princípios e ônus que regem a réplica

A réplica não costuma ser relacionada aos princípios e ônus que regem a contestação, distinção equivocada de tratamento que não se justifica à luz da função que a réplica exerce, de verdadeira "contestação" do autor aos fatos novos levantados pelo réu em sua contestação.

Aplicam-se à réplica, portanto, os mesmos princípios e ônus que regem a contestação: (i) *princípio da concentração* (todas as alegações defensivas e favoráveis ao autor, contra os fatos novos invocados pelo réu, devem ser veiculadas, de uma só vez, na

[7] Nesse sentido, STJ, 2. T., REsp 840.690/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.2010, *DJe* 28.09.2010. Para aprofundamento do estudo sobre os direitos fundamentais à participação em contraditório e à amplitude da defesa, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, *passim*.

[8] Tradução livre: onde houver a mesma razão deve incidir o mesmo direito.

réplica, sob pena de preclusão, por analogia ao art. 300); (ii) *princípio da eventualidade* (deve o autor delinear, na réplica, todas as possíveis alegações em seu favor, ainda que contraditórias entre si, relacionadas aos fatos novos constantes da contestação do réu, sob pena de preclusão); e (iii) o *ônus da impugnação especificada dos fatos* (cabe ao autor, na réplica, rejeitar, precisa e especificamente, cada um dos fatos novos alegados pelo réu na contestação, sob pena de incontrovérsia quanto aos mesmos e presunção relativa de veracidade, por analogia aos arts. 302, 319 e 334, II, III e IV, CPC)[9].

5. Consequências materiais e processuais pela desatenção aos princípios e ônus que regem a réplica

Em vista de que a réplica exerce rigorosamente a mesma função processual da contestação, o não protocolo de réplica no prazo legal, ou a sua apresentação com desatenção aos princípios e ônus que a regem, deve sujeitar o autor aos efeitos (sanções) materiais e processuais semelhantes aos da revelia, com exceção do art. 322, inaplicável pelo fato de o demandante já ter advogado constituído nos autos.

Trata-se de solução que se revela imperativo inafastável da garantia constitucional da *isonomia substancial*[10] aplicada ao Direito Processual Civil: como o réu sofre sanções quando não apresenta contestação ou nela não impugna especificadamente os fatos alegados pelo autor na inicial, deve o demandante ser igualmente punido sempre que deixar de apresentar réplica ou não vier a impugnar, de forma especificada, os fatos novos levantados pelo réu na contestação.

[9] Nessa linha, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, p. 60; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 2, t. 1, p. 228; e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 314.

[10] Nunca é excessivo relembrar que a *igualdade* não deve ser meramente *formal*, promovendo tratamento igual a pessoas em situações equivalentes. Ela deve ser *substancial* (material), para que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades Atribui-se a Aristóteles a formulação desta concepção *substancial* da isonomia, devendo-se a Rui Barbosa a difusão desse aspecto no Brasil. Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* (trad. port. do grego de António de Castro Caeiro). São Paulo: Atlas, 2009, p. 109 (Livro V, Item III); BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 119; MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67-68; e NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 97-98.

Assim é que a desatenção pelo autor ao prazo, aos princípios ou ao ônus da réplica, deve gerar, contra ele — salvo as exceções dos arts. 302,303, 320 e 351 — , os seguintes efeitos: (i) incontrovérsia dos "fatos novos" levantados pelo réu em sua contestação[11], sobre os quais passa a pairar presunção relativa (*iuris tantum*) de veracidade[12-13] (arts. 302 e 319); (ii) preclusão, em desfavor do autor, do poder de alegar matérias defensivas ligadas ao interesse exclusivamente privado relativas à inovação fática empreendida pelo réu na contestação; e (iii) possibilidade de dispensa do ônus da prova do réu quanto aos "fatos novos" que levantou na contestação, tornando-se eventualmente desnecessária a produção de provas sobre eles[14-15] (art. 334, II, III e IV), abrindo-se, ainda, a possibilidade de julgamento imediato do mérito (art. 330, II, CPC).

Em suma, aplicam-se à réplica — na realidade, à *desatenção* aos princípios e ônus que regem esse instituto — praticamente todos os efeitos (materiais e processuais) que decorrem da revelia.

6. Provas na réplica

Os arts. 326 e 327 do CPC afirmam que ao autor é facultado, na réplica, produzir prova *documental*. Ainda que o texto legal aparentemente restrinja os meios de prova que podem ser requeridos e produzidos pelo autor na réplica, a interpretação correta do

[11] Desse modo, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op cit., p. 60. Da mesma forma, TJRJ, 3. C. Civ., AC 0018702-82.2008.8.19.0042, rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. 10.11.2011; TJRJ, 3. C. Civ., AC 0013205-29.2003.8.19.0021, rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. 14.01.2011; TJRJ, 10. C. Civ., AC 0011607-26.2009.8.19.0087, rel. Des. Gilberto Dutra Moreira, j. 02.06.2010; TJSP, 12. C. D. Priv., AC 9180312-76.2004.8.26.0000, rel. Des. José Reynaldo, j. 27.05.2009; TJRJ, 9. C. Civ., AC 0033306-79.2005.8.19.0001, rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 23.09.2008; TJSP, 27. C. D. Priv., AC 1042643003, rel. Des. Beatriz Braga, j. 29.04.2008; TJRJ, 3. C. Civ., AC 0148181-33.2003.8.19.0001, rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. 25.04.2006; e TJRS, 18. C. Civ., AC 70004834925, rel. Des. Pedro Luiz Pozza, j. 03.06.2004.

[12] No mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 228; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 314; e OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 39.

[13] Em sentido contrário, sustentando serem inaplicáveis os arts. 302 e 319 (incontrovérsia e presunção de veracidade) contra o autor que deixa de apresentar réplica, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 292; e AMENDOEIRA JR., Sidnei. Op. cit., p. 471.

[14] Igualmente, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op cit., p. 60; e FIGUEIRA JR., Joel. Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo RT, 1999. v. 4, t. 2, p. 424.

[15] De modo contrário, AMENDOEIRA JR., Sidnei. Op. cit., p. 471.

dispositivo deve ser no sentido de se admitir, ao demandante, a produção de *qualquer* meio de prova em sede de réplica[16-17].

Afinal, se o réu, para defender-se do ataque do autor, pode requerer a produção de qualquer meio de prova na contestação, as garantias constitucionais da isonomia e do contraditório e da ampla defesa impõem que se reconheça, ao autor, o direito de valer-se de todos os meios de prova, na réplica, para defender-se do ataque realizado pelo réu na contestação. Tratando-se a réplica da defesa do autor contra os fatos novos invocados pelo réu em sua defesa, deve ser permitido, àquele, requerer e produzir qualquer meio de prova, ainda que não indicado na petição inicial, conquanto destinado a contrapor as alegações inovadoras da contestação, tendo em vista a ampliação da causa de pedir operada pelo demandado em sua defesa.

Caso o autor junte documentos à sua replica, deverá ser garantido, ao réu, o contraditório sobre os mesmos em 05 (cinco) dias (art. 398).

7. Conteúdo (matérias alegáveis e extensão cognitiva) da réplica

Costuma-se afirmar que a réplica, ao contrário da petição inicial, seria ato processual de *cognição limitada* no plano horizontal[18], sendo restritas as alegações que o autor poderia aduzir em seu bojo. Como ao demandante teria sido dada a oportunidade de, na petição inicial, invocar — sem qualquer limitação — todas as matérias de fato e de direito que lhe eram favoráveis, na réplica as suas alegações deveriam ficar limitadas às questões preliminares e aos "fatos novos" invocados pelo réu em contestação.

Nessa linha, caberia ao autor, em réplica, somente rejeitar ou reconhecer a "matéria nova" levantada pelo demandado, sendo-lhe vedado aduzir novos fatos (impeditivos, modificativos ou extintivos) sobre os fatos já "novos" aludidos pelo réu[19]. A invocação de fatos novos pelo autor na réplica seria descabida tanto porque implicaria ampliação da causa de pedir, vedada pelos arts. 264 e 294 do CPC, que consagram a

[16] Da mesma forma, reconhecendo o cabimento irrestrito de produção de todos os meios de prova em sede de réplica, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 4, p. 292.
[17] De modo contrário, ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 906.
[18] Valemo-nos da classificação da cognição proposta por WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 111-113.
[19] Defendendo expressamente a *limitação cognitiva* em sede de réplica, por todos, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 384-385.

chamada *estabilização objetiva da demanda*, quanto porque inexistira previsão legal para os contraditórios posteriores que se fariam necessários (ao réu a oportunidade de *tréplica* e, caso nesta fossem invocados fatos novos, ao autor a possibilidade de uma *quadrúplica*, e assim sucessivamente, alongando, *ad aeternum*, a fase postulatória).

Esse entendimento, *data venia*, não nos parece o mais adequado à luz do modelo constitucional do Direito Processual Civil. Afinal, se o réu tem o direito de invocar defesa de mérito *indireta* (fatos novos) em sua defesa na contestação, por qual razão o contraditório do autor (em sede réplica) a essa inovação fática deveria ficar limitado à *defesa* direta?

As garantias constitucionais da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, bem como os princípios que regem a réplica (concentração, eventualidade e impugnação especificada), impõem uma conclusão inafastável: como o réu, quando se defende de um fato novo (como o são todos os fatos que o autor aduz na inicial), tem contraditório amplíssimo e defesa irrestrita (podendo alegar defesas *processual* e de *mérito*, tanto *direta*, quanto *indireta*), idêntico tratamento deve receber o autor, sendo-lhe permitido, em sua resposta (réplica) à inovação fática que o demandando realizou na contestação, exercer, de forma plena, seu contraditório e ampla defesa, mediante invocação de defesa de mérito tanto *direta*, quanto *indireta* (fatos novos defensivos do autor que, evidentemente, tenham *conexidade* com os pontos novos de ataque imediatamente anteriores aduzidos pelo réu)[20].

8. Cabimento, ainda que excepcional, de eventuais tréplica e quadrúplica

Sempre que o autor, em réplica, aduzir fato novo (impeditivo, modificativo ou extintivo do fato novo que o réu havia invocado em contestação), se faz necessário assegurar, ao réu, a oportunidade de *tréplica*, para que possa defender-se contra a inovação realizada pelo autor, a fim de que seja aperfeiçoado o binômio *ataque-defesa*. Eventualmente, caso seja essencial para a ampla defesa do réu (contra os fatos novos

[20] Dessa forma, defendendo a *amplitude cognitiva* em sede de réplica — e os eventuais cabimentos de *tréplica* e de *quadrúplica* — , SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 270: "Antes que se levante, aqui também, o argumento ad terrorem de que ficaria aberta a porta para indefinida alteração do objeto litigioso, é evidente que esse encadeamento de demandas seria raríssimo e deveria respeitar como requisito principal a *conexidade* com a demanda precedente.".

invocados pelo autor na réplica) a adução de fato novo na tréplica, será igualmente indispensável garantir-se, ao autor, a *quadrúplica*[21-22].

Não negamos que as defesas por meio de *tréplica* (pelo réu) e de *quadrúplica* (pelo autor) não encontram previsão expressa no Código de Processo Civil — ao contrário, *e.g.*, do art. 477 do Código de Processo Penal, que se refere claramente à *tréplica* — sendo, portanto, hipóteses excepcionais no processo civil. Mas o caráter de exceção desses institutos definitivamente não é capaz de excluir a necessidade de sua observância sempre que cabível — isto é, *tréplica* em todos os casos nos quais o autor invocar fato novo na réplica, e *quadrúplica* sempre que o réu aduzir ponto novo na *tréplica*, desde que conexas aos fatos novos a elas imediatamente anteriores.

Trata-se de inafastável interpretação da legislação infraconstitucional conforme a Constituição. As garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que obrigaram o Legislador a consagrar a réplica nos arts. 326 e 327 do CPC, são as mesmas que fundamentam os direitos de *tréplica* e de *quadrúplica*, que têm como base, também, o importante princípio da flexibilização procedimental[23].

Todo o regramento jurídico da réplica é, evidentemente, aplicável à *tréplica* e à *quadruplica*, *v.g.*, princípios da concentração e da eventualidade; ônus da impugnação

[21] Igualmente defendendo os eventuais cabimentos de *tréplica* e de *quadrúplica*, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 270: "Nessa mesma linha, poder-se-ia cogitar ainda que, em raríssimas hipóteses, haverá necessidade de contraditório sobre a réplica do autor (sempre que, nela, se reconhecer uma nova demanda, de acordo com os critérios acima elencados). (...) Nesse caso, a 'tréplica', a despeito de não estar prevista em nosso CPC em vigor, seria forçosa e traria consigo nova demanda. (...) Assim, em 'réplica', o autor haveria de articular demanda conexa à demanda do réu; em 'tréplica' o réu deveria trazer matéria necessariamente conexa à 'réplica'.".

[22] De modo contrário, sustentando expressamente o descabimento de *tréplica* e de *quadrúplica*, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 384-385.

[23] Para aprofundamento do estudo sobre o princípio da flexibilização procedimental (da adequação formal, da elasticidade ou da adaptabilidade do procedimento) e a instrumentalidade do processo, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, *passim*; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177-187 e 264-380; DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 40-45; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 54-64; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1, p. 290-302; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, *passim*; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro: UERJ, a. 4, v. 6, jul.-dez. 2010, p. 135-164; CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. In: CARPI, Federico (coord.). *Accordi di parte e processo* (quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile). Milano: Giuffrè, 2008, p. 99-119; e ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. *Revista de processo - REPRO*, São Paulo: RT, a. 36, n. 193, mar. 2011, p. 167-200.

especificada; prazo de 10 (dez) dias para protocolo; e possibilidade de requerimento de produção de todos os meios de prova em sede desses institutos.

9. Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: RT, 2011.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. *Revista de processo*, São Paulo: RT, a. 36, n. 193, mar. 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* (trad. port. do grego de António de Castro Caeiro). São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 2, t. 1.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro: UERJ, a. 4, v. 6, jul.-dez. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. In: CARPI, Federico (coord.). *Accordi di parte e processo* (quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile). Milano: Giuffrè, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

FIGUEIRA JR., Joel. Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo RT, 1999. v. 4, t. 2.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

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

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009. v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JÙNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

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

SEMELHANÇAS ENTRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O CIVIL PROCEDURE RULES (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INGLÊS)

Caroline Gaudio Rezende

Advogada. Mestranda Universidade Estácio de Sá. Bolsista PROSUP/ CAPES.

Resumo: O Projeto de novo Código de Processo Civil tem como fins a celeridade e a efetividade, almejando-se o Acesso à Justiça adequado. Paralelamente, pode ser observado que na década de 90 na Inglaterra havia o mesmo dilema em que o acesso era tão somente formal, decorrendo o surgimento de um sistema processual codificado. Em estudo comparado as duas legislações, verifica-se como será demonstrado grande proximidades entre o sistema hoje vigente na Inglaterra e aquele a qual se propõe no Brasil, quanto as origens e institutos a fim de ser prestada uma justiça célere e eficaz.

Palavras Chave: Código de Processo Civil na Inglaterra. Projeto de Código Processual no Brasil. Acesso à Justiça. Celeridade. Efetividade.

Abtsract: The Project of the new Code of Civil Procedure has as purpose the speed and effectiveness, aiming to adequate access to justice. Simultaneously, it can be observed that in the 90s in England had the same dilemma in which access was merely formal, happening the emergence of a procedural system encoded. A study compared the two laws, it will be shown as large approximation between the system currently in force in England and one which is proposed in Brazil, as the origins and institutes in order to be given swift and effective justice.

Keywords: Civil Procedure Rules. Procedure. Access to Justice. Celerity. Effectiveness. Procedural economy.

Sumário: Introdução 1. Lord Woolf e Acesso à Justiça: Os fundamentos para um Código de Processo Civil na Inglaterra e no País de Gales 2. Novo Código de Processo Civil no Brasil – PL 8046/2010: A busca do Acesso à Justiça através da Celeridade e Efetividade 3. Aproximações entre o sistema inglês e o proposto para o Brasil 4. Conclusão 5. Bibliografia.

Introdução

A partir da inserção na Constituição de 1988 do Acesso à Justiça ao rol de direitos fundamentais observa-se que nas duas últimas décadas vem se debatendo meios para que este seja prestado de maneira satisfatória ao indivíduo quando provocado o Estado no exercício da atividade judiciária. Não obstante, nos últimos anos essas discussões e estudos a respeito do tema passaram a ter mais relevância, com o advento do Pacto Republicano com a finalidade de melhorar a Justiça no Brasil que ensejou a Emenda Constitucional 45, na qual esta passou a prever no corpo constitucional o princípio da prestação jurisdicional efetiva. E, posteriormente, com o pedido de elaboração de um novo Código de Processo Civil que culminou com apresentação do Projeto de Lei do Código (PL 8046/2010) a qual se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados.

A necessidade do debate no que tange ao Acesso à Justiça é originária da evolução do seu conceito que hodiernamente passou a não limitar-se apenas o Judiciário a estar a disposição daquele que se sentir ameaçado ou lesado conforme descrito na redação art. 5º, XXXV da Constituição. Ou seja, passa a se compreender que Acesso à Justiça é a possibilidade de poder demandar perante ao Poder Judiciário. Mas este concomitantemente deve possuir mecanismos aptos na lei processual e na sua estrutura interna que possam garantir que o jurisdicionado venha a usufruir do comando judicial, caso contrário o acesso será tão somente de natureza formal. Isto é, sendo apenas uma previsão normativa sem resultados práticos.

Neste sentido, considerando os novos valores constitucionais inseridos com a Carta Magna de 1988 e a natural procura pelo Judiciário que estes direitos trazem em si, aliados ainda a diversas mudanças jurídicas e sociais do Estado brasileiro que houveram são realizadas nos anos subsequentes à Constituição diversas mudanças na legislação processual (Código de Processo de 1973) para que houvesse o efetivo acesso (tirar o

Estado da inércia e ter o direito efetivamente protegido e usufruído). E ainda a formação de microssistemas que atuam ao lado do Código Processual para determinadas questões de direito, quais sejam: o processo coletivo através das ações coletivas previstas na legislação especial (em especial a Ação Civil Pública – Lei 7347/85) e Juizados Especiais definida quanto a tal a sua competência nas leis específicas que tratam o tema.

No entanto, os ciclos de reformas empreendidos no sistema do direito processual não foram capazes de impedir o que correntemente denomina-se de crise do Poder Judiciário. Esta crise diz respeito a obstáculos e diversos problemas que esta atividade apresenta impossibilitando que haja o acesso material à justiça. E como principais problemas são indicados a falta de celeridade na realização dos atos processuais e a inefetividade do processo, que é uma consequência da celeridade (e esta tem origem na inobservância da economia processual). Neste anseio por um Judiciário que satisfaça o jurisdicionado e também ao Estado, bem como cumpra-se a garantia processual da efetividade que é princípio esculpido na Constituição a partir da Emenda Constitucional 45 nasce o Projeto de Novo Código de Processo. A necessidade da sua criação parte do entendimento de que mudanças pontuais como as que tenham sido realizadas nos últimos 20 anos no vigente *codex* continuarão a não trazer a solução para uma melhora no exercício da atividade judiciária. São vistas como medidas paliativas que não resolvem a Crise. É, portanto, emergencial uma mudança em toda a estrutura processual.

Todavia, a busca pelo Acesso à Justiça material que é o Judiciário ao ser provocado esteja apto a realizar a sua função da melhor maneira possível não é uma preocupação que cinge-se ao ordenamento pátrio. Situação semelhante pode ser verificada na Inglaterra que ocorreu no final dos anos 90 (que desencadeou o movimento de melhorar o Acesso à Justiça nos demais países da Europa) na qual constatada as dificuldades de se ter o acesso material ao Judiciário criou-se uma legislação codificada com vias de se ter uma melhor prestação desta atividade do Estado. O *Civil Procedure Rules* (*CPR*) surge da finalidade de promover o Acesso à Justiça a partir de estudos dos problemas verificados na estrutura processual e judiciária inglesa.

Assim, a partir do exposto o objeto do presente trabalho é um estudo comparativo que pode ser feito com o Código de Processo Civil Inglês, vigente um pouco mais de dez anos com as bases e origens para formação do novo diploma processual no Brasil, que é o Projeto de Novo Código de Processo (PL 8046/2010). Além da preocupação quanto a

promover o Acesso à Justiça tornando o Judiciário mais sensível as necessidades dos indivíduos os ordenamentos mencionados também se aproximam em relação a institutos previstos nas mesmas (os mecanismos de solução alternativa de conflitos – com ênfase na mediação e os processos modelos para julgamento de causas repetitivas, sendo estas grandes apostas do Projeto no Brasil) como caminhos de se atingir a celeridade e efetividade. Estes que são elementos que compõe a noção de acesso material buscando previsões que reorganizem o diploma processual, mas que ao mesmo tempo não rompam com os demais postulados constitucionais processuais, em especial o devido processo legal havendo um Acesso à Justiça em que resguarda o processo justo.

1. Lord Woolf e Acesso à Justiça: Os fundamentos para um Código de Processo na Inglaterra e País de Gales

O Código de Processo Civil Inglês (*Civil Procedure Rules – CPR*) é fruto da constatação de que ao Judiciário na Inglaterra não seguia o modelo ideal de justiça, havendo dificuldades para o indivíduo que provocasse o exercício da atividade jurisdicional. Estes óbices ocorriam devido a diversos fatores, dentre eles: falta de regulação única quanto as regras do processuais e os custos do processo.

No que tange a primeira causa apontada é devido a Inglaterra integrar o sistema de tradição do *common law*. Desta feita, a justiça processual era regida pela a jurisprudência com a fixação de seus precedentes, bem como pela legislação interna dos Tribunais de cada localidade, tendo em vista que a característica de tal sistema é ser o direito construído a partir dos julgados e costumes. Não havia, portanto, um direito unificado.

Ademais, o segundo problema é quanto ao custo do processo. Este era o grande problema na Inglaterra até então, pois como descreve Adrian Zurkreman[1] as custas processuais além de caras eram imprevisíveis, desproporcionais e em alguns casos eram de maior valor do que objeto da lide. Assim, se configura o o principal problema de se garantir o direito de acesso.

1 ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York, Oxford, 1999, p. 12.

A partir da identificação destes elementos inicia-se nos meados da década de 90 a maior reforma que houve no último século no país[2]. E esta nasce com o objetivo de melhorar a prestação deste Poder com vias de se possibilitar um real Acesso à Justiça a partir da unificação das regras processuais em que promove a reorganização do ordenamento e a estrutura do Judiciário.

Com fulcro nas constatações acima indicadas é elaborado em 1998 o Código de Processo de Civil Inglês (*Civil Procedure Rules - CPR*). Contudo, previamente houve a formação de relatórios produzidos pelo Magistrado Lord Woolf.

A elaboração dos mesmos foi para detectar as falhas de maneira global no sistema a fim de ensejar a criação da regulação. Coube a ele identificar os problemas existentes em toda estrutura e propor as soluções com base nesta pesquisa realizada para ser constituído o *CPR* de acordo com a realidade da sociedade inglesa. O magistrado foi, portanto, o responsável pela reorganização do direito processual britânico sendo as principais observações das quais o CPR retira sua fundamentação a partir do *Final Report.* Neste relatório ele justifica a necessidade das reformas elencadas considerando que as previsões processuais da justiça inglesa eram de acordo com suas palavras "*still too often inaccessible and incomprehensible to ordinary people*"[3]. Assim, verifica-se que a sua preocupação era tornar o processo inteligível àquele que se utilizava deste. Logo, para o acesso ser real não basta o advogado entender o processo. A parte também deve compreendê-lo.

Com os relatórios finalizados o Código foi constituído no ano de 1998 cuja a produção dos seus efeitos ocorreu a partir de 26 de abril do ano seguinte sendo aplicável em toda Inglaterra e estendido ao País de Gales. No entanto, cabe ressalvar que no processo de elaboração da codificação algumas observações feitas nos Relatórios de Lord Woolf foram antecipadas.

Pontue-se ainda que foi realizada também uma reforma no aspecto financeiro para viabilizar os gastos com o processo judicial quando este fosse necessário ser instaurado, considerando que a codificação também prevê o uso dos mecanismos substitutivos da

2 Lord Chancellor's Departmente on Alternative Dispute Resoluction in November 1999 states that. Publicado em novembro de 1999. Disponível em: <http://www.lcd.gov.uk/consult/civ-just/adr/indexfr.htm> . Acesso em: 20 de novembro de 2012.

3 *Acess to justice, Ínterim Report,*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm.>. Acesso em: 20 de novembro de 2012, p. 119.

jurisdição com prioridade. Desta feita, todas estas mudanças foram feitas com a finalidade de tornar a justiça mais acessível.

A partir do Código de Processo aponta Neil Andrews[4] que o direito processual inglês passa a ser pautado pelos princípios a seguir descritos que constam na parte inicial da legislação: ser justo no tratamento aos litigantes; custo processual razoável aos procedimentos oferecidos e tais serem adequados as demandas; haver a celeridade na prestação da atividade; ser compreensível para os jurisdicionados; responder as necessidades de quem provocar o Judiciário; garantir a eficácia a partir de uma organização do sistema processual e por fim haver segurança no que tange à natureza dos casos particulares.

Como acima ressalvo uma das bases para a promoção do acesso foi a economia. Todavia, esta não se restringe tão somente aos aspecto financeiro. Ao se estudar a legislação verifica-se nas disposições das regras processuais que esta é analisada sob dois aspectos: tanto no sentido dos gastos na instrução processual tornando o processo menos custoso as partes e ao próprio Estado como também relativo processual. A fim de se atingir este objetivo os meios escolhidos que podem ser indicadas são: a reestruturação do aparelho judicial através do aumento dos poderes do juiz retirando a condução do processo das mãos do advogado, o uso dos institutos substitutivos da jurisdição (*ADR*) e a formação de processos modelos em causas de natureza repetitiva (*Global Litigation Order- GLO*).

Quanto a nova postura e função do juiz na relação processual tal ocorre, tendo em vista que ele passa a ser condutor do processo, vez que até então o andamento do processo era feito pelo advogado das partes.[5] Isto ocorria no processo inglês, pois esta é uma característica dos países de tradição de *common law* em que os magistrados possuem uma postura mais passiva. Neste sentir aduz Owen Fiss[6] ao estabelecer a diferença do juiz da solução de controvérsias daquele que promove a reforma estrutural a qual da signficado aos valores constitucionais a partir das décadas de 50 e 60 nos Estados Unidos que o

4 ANDREWS, Neil. *Fundamental Principles Of Civil Procedure: Order Out of Chaos*. X. E. Kramer and C. H. van Rhee (eds.), Civil Litigation in a Globalising World. Disponível em: < http://www.google.com.br/search?hl=enBR&source=hp&q=ANDREWS%2C+Neil+Fundamental+Principles+Of+Civil+Procedure%3A+Order+Out+of+Chaos.+X.+E.+Kramer+and+C.+H.+&gbv=2&oq=ANDREWS%2C+Neil.+Fundamental+Principles+Of+Civil+Procedure%3A+Order+Out+of+Chaos.+X.+E.+Kramer+and+C.+H.+&gs_l=heirloom-hp.3...1339.1339.0.2344.1.1.0.0.0.0.0.0..0.0...0.0...1ac.1.b1DDDmIH_80>. Acesso em: 20 de novembro de 2012, p. 20.

5 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende**.** O case management inglês: um sistema maduro? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VII. p. 292.

6 FISS, Owen. *Um novo Processo Civil.* Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2004, p. 58

primeiro é um mero expectador do processo, cabendo as partes produzirem as provas que desejarem e realizarem o andamento processual. Cabe a ele apenas a declarar a quem pertence ao direito objeto de litígio. E com a reforma na Inglaterra o *CPR* o retira desta posição de inércia. Logo, com esta modificação na atuação do juiz ele no correr do andamento processual praticará atos que velem pela economia processual. Impedindo consequentemente a realização de atos protelatórios e desnecessários.

Já os meios alternativos para a solução de conflitos (*ADR*) são a mediação, arbitragem e conciliação. No que tange ao relatório de Lord Woolf ele mencionou a necessidade das *ADR* em um capítulo próprio sob título *Alternative approaches to dispensing justice.*[7] Contudo, pontue-se que não configuram uma novidade no Código, pois eles já haviam sido introduzidos no final da década de 80 através da mediação.[8] Esta é inclusive a principal alternativa usada e é aplicada em várias matérias como, por exemplo, nos casos de direito de família e direito penal. Sendo que ela tem grande importância na área empresarial.[9] Há, portanto, um escopo de atuação ampla.

No direito inglês existe uma inclinação para se valer desta via alternativa de solução de conflitos, pois se evita a provocação do Judiciário (atingindo desta feita a economia de processos e os gastos decorrentes destes ao erário). A tutela via Poder Judiciário é no ordenamento a última alternativa. E sua aplicação aos casos concretos é entendida com efeitos positivos devido a diminuição de conflitos submetidos ao Estado-Juiz.[10]

Por fim, o outro instituto apontado nesta pesquisa é o julgamento a partir de processos modelos (*test claim*) que encontram-se previstos na *Rule* 19, sendo o instituto denominado de *Global Litigation Order* (GLO). Em linhas gerais, através do mesmo causas que possuem questões de fato e de direito semelhantes sendo debatidas em diversos processos serão julgadas em conjunto no que tange a este ponto em comum após a instalação do incidente a qual suspende o andamento dos demais processos até haver o julgamento pela *Managment Court*- órgão com competência para julgamento do processo

7 Civil Justice Reform. Fianl report. Disponível em: <http://www.legco.gov.hk/yr06-07/english/bc/bc57/papers/bc570611cb2-1960-e.pdf.>. Acesso em : 25 de novembro de 2012.

8 MISTELIS,Loukas ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership. *In*: ADR Buletin: Vol. 6: No. 3, Artigo 6. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol6/iss3/6>. Acesso em: 20 de novembro de 2012, p.3

9 Idem, p.2-3

10 MISTELIS, Loukas A. England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership. Disponível em: <http://www.academia.edu/262766/ADR_In_England_and_Wales_12_Am>. Acesso em: 20 de novembro de 2013, p. 14

representantivo da questão repetitiva. Ressalve-se que o meio de resolução coletiva de causas repetidas convive em harmonia com o julgamento dos processos coletivos *(representative parties*), havendo a previsão os dois institutos no sistema processual inglês sem haver a exclusão do outro.

A partir do exposto, quanto ao histórico para formação da *Civil Procedure Rules* verificará a seguir os caminhos e os principais aspectos que ensejaram a formação do Projeto de Código Processo Civil no Brasil.

2. Novo Código de Processo Civil no Brasil – PL 8046/2010: A busca do Acesso à Justiça através da Celeridade e Efetividade

Após diversas reformas efetuadas sobre o Código vigente, sobretudo com a Emenda Constitucional 45 a fim de torná-lo correspondente aos novos anseios sociais e demandas levadas ao Judiciário que se originam dos valores constitucionais que passaram a haver a partir da Constituição de 1988 e, observando-se que as alterações legislativas empreendidas sobre o mesmo não lograram o êxito desejado advém com base no II Pacto Republicano[11] a criação de um novo diploma processual.

Almeja-se que os princípios da celeridade e efetividade, escopos constitucionais após a Emenda supracitada, sejam efetivamente cumpridos, pois conforme descrito na Exposição de Motivos do Projeto de Novo CPC[12] estas são as balisas de sua formação. Isto é, os dispositivos, institutos e atos processuais previstos foram pensados para que se obtenha a prestação jurisdicional a contento e produzindo frutos no âmbito social.

A justificativa para estes fundamentos, bem como da criação do novo diploma processual decorre do entendimento de que modernamente o Judiciário enfrenta o fenômeno de estar vivendo uma crise cujo os motivos são a falta da celeridade nos seus atos que levam consequentemente a inefetividade. Anseia-se, portanto, se obter o acesso material à justiça, pois o acesso vinha sendo apresentado tão somente formal. Ou seja, percebe-se apenas que há a previsão da inafastabilidade do Poder Judiciário na Carta Constitucional, ele é aberto a sociedade. Mas em contrapartida aqueles que ingressam não conseguem sair e devido a demora do deslinde processual muitas vezes o título torna-se inócuo, tendo em vista já ter havido o perecimento do direito material.

11 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 08 de agosto de 2012.
12 Disponível em:< http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2012.

Todavia, cabe ressalvar que a busca desenfreada pela celeridade e efetividade[13] tão debatidas, em especial na última década, é na realidade uma consequência de um sistema não integrativo das regras previstas no Código Processual de 1973 com seus microssistemas criados nos últimos 20 anos, quais sejam: tutela coletiva e Juizados Especiais. Como estes não conseguiram atingir os fins colimados houve um natural assoberbamento pela resolução dos litígios através das regras tradicionais, em que o é direito marcado pelo individualismo e patrimonialismo. Portanto, o problema da justiça civil no Brasil não se restringe apenas a estrutura do CPC vigente. É um conjunto de causas que deram ensejo a crise do Poder Judiciário.

A tutela coletiva tem seu microssistema de proteção com fundamento nas leis esparsas relativas ao direito material objeto de proteção (como Estatuto da Criança e Adolescente e do Idoso, por exemplo) e também duas outras leis que se integram para regular a matéria no aspecto processual: Lei de Ação Civil Pública (lei 7347/85) e o Código de Defesa Consumidor (Lei 8078;90) , na qual quanto a última as suas disposições processuais elencadas a partir do art. 81 e seguintes não se restringem ao direito consumerista. Porém, os óbices enfrentados pela proteção destes direitos, principalmente no que se refere aos direitos individuais homogêneos, pois poucas vezes se encontram aduzidos em juízo por este meio são invariavelmente discutidos pela demanda individual gerando inúmeras causas repetitivas. Desta feita, o primeiro órgão a receber essas demandas foi o Juizado Especial, tendo em vista ser uma sistema processual menos formal que o CPC. O Juizado passou a ser um grande catalisador de demandas repetidas. Porém, como este não estava apto a solucionar estas novas demandas cuja a formação é fruto natural da nova sociedade acarretaram um inchaço devido ao elevado número de demandas submetidas deixando de cumprir os princípios[14] que pautam sua atuação, tendo em vista a demora na prestação da atividade judicial neste órgão. A consequência foi a procura pelas Varas Cíveis que levam decisões contraditórias ferindo o princípio a segurança jurídica.

Com as mudanças realizadas sob o CPC de Buzaide, tendo sido sensível das mudanças que estavam havendo no contexto jurídico social buscou diminuir o formalismo

13 As reformas pelo cumprimento destes princípios constitucionais vem sendo questionadas pela doutrina como uma ânsia que pode ser perniciosa em que não pode ser feita a qualquer custo. Neste sentido, argui-se a noção aristotélica de justiça, na qual ela para ser obtida deve ter um tempo de amadurecimento, que se revela através do princípio da duração razoável do processo. ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco.** Tradução Edison Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2007, p. 148- 149

14 Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

e a solenidade dos atos para dar mais leveza e consequentemente agilidade as relações processuais, pois de acordo com exposto Humberto Theodoro Junior[15] quando elaborado o CPC de 73 a preocupação era com a administração da justiça. No entanto, pouco fez quanto a estrutura do Judiciário havendo assim uma diferença entre as reformas e o que se objetiva através das mesmas com a prática forense com aplicação das novas regras processuais. Cabe ainda ressalvar que as reformas passaram a serem mais marcantes nos últimos 10 anos quando elas foram mais profundas com a alteração do sistema de processo de execução e a inserção de novos institutos como, por exemplo a fixação de precedentes jurisprudenciais.

Assim, a partir do novel diploma pode-se verificar que se objetiva implementa no Brasil as três ondas renovatórias do processo lecionadas por Mauro Cappelleti.[16] As duas primeiras ondas já se encontram inseridas no ordenamento pátrio desde a inauguração da nova ordem constitucional. Mas apesar de estar previsto o acesso aos hipossuficientes econômicos e a defesa aos direitos difusos (em sentido lato) quanto a estrutura o Judiciário houve um silêncio.

Desta feita, verifica-se que a primeira onda que diz respeito a proteção aos hipossuficientes econômicos se encontra tutelada através da instituição da Defensoria Pública como órgão legitimado a promover a proteção dos necessitados desta classe, sendo a Defensoria Pública função essencial à Justiça e direito fundamental previstos, respectivamente, nos arts. 134 e 5º LXXIX, da Carta Magna.

Quanto aos direitos difusos expressão esta utilizada pelo doutrinador para se referir aos direitos hoje compreendidos como de natureza coletiva, eles também encontram-se no ordenamento desde antes mesmo da previsão na Lei Fundamental. A sua inserção foi paulatina desde o início dos anos 80.[17] Contudo, se solidificaram e ganharam maior força com as previsões constitucionais que se encontram espalhadas por todo o corpo do texto político.

15 THEODORO JUNIOR, Humberto. C*eleridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(5)%20 formatado.pdf.>. Acesso em 05 de setembro de 2012, p. 8.

16 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

17 Os direitos coletivos foram sendo introduzidos aos poucos no ordenamento jurídico. Na realidade, a primeira lei a dispor sobre a sua proteção foi a Lei de Ação Popular – lei 4735/65, já tendo havido previsão na Constituição de 1934 em que o indivíduo cabia promover a tutela. In: MENDES, Aluisio. Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 255.

No entanto, como acima mencionado o direito brasileiro ficou carente da reforma estrutural que Cappelleti descreve na terceira onda. Este hiato entre a previsão de índole constitucional que traz uma extensão grande quanto a direitos com este status, tendo em vista o modelo constitucional adotado da Constitucionalização de direitos (já que ela como expõe Denise Auad[18] estabelece valores não se restringindo a estruturar a organização do Estado e dos Poderes) atrelado ainda a mudança dos direitos deduzidos em juízo por serem prioritariamente de massa com a manutenção da estrutura do Judiciário referente a conflitos de natureza patrimonial e individual leva a saturação do Estado-Juiz. Associado a isto há ainda o próprio pensamento conservador dos operadores do Judiciário. Neste sentido descreve Humberto Dalla[19] que no que tange aos direitos coletivos não passou a haver uma: "mentalidade apropriada à solução de conflitos de massa, os quais demandam regras próprias, sendo inviável a aplicação das mesmas regras atinentes à jurisdição individual". E tal não se restringe apenas aos direitos coletivos, mas no que tange ao ordenamento como um todo e suas reformas.

Assim, verifica-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil não pode ser entendido apenas como uma reforma, mas ele vai além já que almeja a reestruturação integral do processo civil.

Entretanto, considerando que ao se buscar os princípios da celeridade e efetividade não pode deixar de lado os demais princípios constitucionais o Projeto também traz a noção do processo justo. Este é aquele como descreve Eduardo Cambi[20] que observa as garantias constitucionais, pois com a Constituição permeada por direitos dá ensejo ao neprocessualismo.

Dentre as mudanças quanto ao julgamento dos litígios o Projeto apresentado incorpora dois institutos de origem do direito comparado que atuam ao lado dos princípios ora apresentados a partir da economia processual, sendo eles: as medidas alternativas de resolução de conflitos e a inserção do uso de processos modelos em primeiro grau. Todavia cabe pontuar que estas não são propriamente novidades no ordenamento pátrio. Vez que a arbitragem possui lei própria (lei 9307/ 96) dispondo a respeito de sua aplicação e a

18 AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. *In*: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 19. Vol. 77. Out/ Nov 2.011, p. 45.

19 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Individual Homogêneo e legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores. *In: Revista de Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*, volume 7, nº. 26, Rio de Janeiro, 2004, p. 246.

20 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In:* Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acesso em 02 de setembro de 2012, p. 25

mediação é tratada em termos legislativos a partir do Projeto de Lei do Senado sob nº 517 de 2011 – originariamente houve o PL 4. 827/98. Contudo, com a introdução do novo Código eles passam a ter o status de auxiliares a Justiça, objetivando-se desta feita postergar a apreciação através de um processo formal pela figura do Juiz. Prioriza-se esta forma de resolução a determinadas demandas, pois como descreve Leonardo Grecco[21] hoje "A função jurisdicional não se resume a solucionar litígios reais ou potenciais. Serve também para tutelar interesses dos particulares, ainda que não haja litígio"

Quanto aos processos modelos para julgamento de questões repetidas estes já existem em grau recursal como previsto nos arts 543-B e 543-C. E também em âmbito do Juizado Especial Federal há previsão correspondente – art 14, Lei 10.259/ 01 em que pode se pedir a uniformização da jurisprudência e o mesmo ocorre na lei 12. 153 de 2009 art. 18 que cuida do Juizado Especial da Fazenda Pública. Com a concentração do julgamento a partir de um processo que simbolize os melhores debates a respeito da questão repetitiva alcança-se ainda outro princípio basilar das relações jurídicas, qual seja: a segurança jurídica. Este é possível, pois ao fixar o precedente com efeito vinculante aos demais processos repetitivos impedirá a existência de decisões divergentes. Sua importância no contexto atual de alterações da lei processual existe, tendo em vista que esta é também uma das razões da fragilidade do Judiciário perante a sociedade.

Diante do exposto, verifica-se desta feita uma grande aproximação entre a *Civil Procedure Rules* e os fundamentos do novo Código proposto para o Brasil. E também quanto a institutos previstos nas legislações que buscam promover a partir destas o Acesso à Justiça ao indivíduo que desejar a solução do conflito através do Judiciário. E estes pontos de semelhança serão analisados a seguir.

3. Aproximações entre o sistema inglês e o proposto para o Brasil

Embora os ordenamentos objeto de estudo integrem tradicionalmente sistemas opostos *common law* x *civil law* esta separação clássica é cada vez mais diminuída. Neste sentido verifica-se que modernamente há a convergência entres as tradições dos países anglo saxões e romano germânico. E tal afirmação pode ser identificada no presente

21 GRECO, Leonardo**.** *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18-19.

trabalho que realiza a comparação entre o Código de Processo Civil da Inglaterra e País de Gales com o Projeto de um novo Código para o Brasil. Logo, o maior exemplo desta aproximação do sistema da *common law* ao romano germânico é a codificação das regras processuais, que em geral regula a vida jurídica a partir dos costumes e jurisprudência. E em contrapartida pode ser citada no que tange ao ordenamento brasileiro a formação dos institutos que se valem de precedentes jurisprudenciais, fenômeno este intensificado com a edição da Emenda Constitucional 45 a partir das Súmulas Vinculantes, Recursos Repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no PL 8046/ 2010 do novo estatuto processual.

Entretanto, as aproximações estudadas no que tange ao regime processual civil como apresentado pelo histórico dizem a respeito a formação de ambos os Códigos. E é objeto de pesquisa os fundamentos para a edição das novas legislações e ainda institutos albergados pelos diplomas legais supramencionados que são os meios substitutivos da jurisdição e julgamento por processos de amostragem em causas com questões repetidas.

Quanto ao primeiro aspecto tanto o CPR como o Projeto brasileiros tiveram como ponto de partida trazer um Acesso à Justiça real (material) ao cidadão, deixando o acesso de ser uma previsão no ordenamento. A preocupação em ambos surge a constatação de que aquele a qual ingressava no Judiciário havia dificuldades em relação a própria prática dos atos de andamento processual e na estrutura *interna corpis* para se ter a proteção e a reparação do seu direito material quando lesado ou ameaçado. Assim, os óbices devem ser transpostos internamente. Partindo-se da premissa que o processo tem um caráter instrumental por ser o veículo do direito material quando este tem problemas de exercício quanto ao seu titular, ele estava deixando de cumprir esta finalidade. Como aponta Aluisio Mendes o direito material fica neste caso em segundo plano a partir do momento que o direito processual não tem meios de salvaguardar aquele.[22]

Verifica-se, portanto, que nos últimos anos vem se resgatando a preocupação com o Acesso à Justiça, tendo em vista que a primeira vez de grande debate quanto ao tema foi com as lições de Mauro Cappelletti nas décadas de 50 e 60 como já acima indicado quando o doutrinador italiano descreve as ondas renovatórias do processo. Ideias estas que se propagaram por todo mundo havendo reformas nas legislações para incorporá-las. No entanto, atualmente a noção de Acesso à Justiça se ampliou com a busca de meios de se te-

22 MENDES, *op cit*, p. 33- 36

la concretamente e desta forma retorna ao debate através das reformas. A índole na primeira fase de promoção do Acesso à Justiça era colocar o Judiciário a disposição do indivíduo.

Nesta segunda fase almeja um Poder Judiciário que consiga satisfazer os anseios da sociedade quando retirado da sua inércia. Atualmente, os indivíduos não se contentam com o Estado-Juiz a sua disposição. Ele deve ter mecanismos aptos que permitam o jurisdicionado usufruir e ter encerrada a contento esta atividade. Na realidade, este é também um desejo do próprio Estado tendo em vista os gastos ao erário e os problemas que uma justiça inefetiva traz a sua imagem. Desta feita, passa a se compreender neste momento do direito processual que a demora na prestação da atividade judicial é uma denegação ao acesso à justiça.

Na Europa este segundo movimento de se obter o Acesso à Justiça tem origem com código inglês. A partir das observações feitas por Lord Woolf e as mudanças promovidas pelo *CPR* é de tamanha importância que após a Inglaterra ensejou os movimentos de Acesso à Justiça nos últimos anos no continente europeu. Tal repercussão ocorre considerando as atividades no bloco europeu (União Europeia) havendo ainda a fixação das diretrizes da União Europeia a qual se objetivam a harmonizar as regras jurídicas.

Semelhante preocupação com o Acesso à Justiça ocorre no Brasil, tendo sido as reformas realizadas com o objetivo de se transpor as barreiras hoje presentes. As reformas sobre o CPC de 73 apenas as diminuíram sem ter eliminado, sendo o último o objetivo perquirido pelo Projeto de Novo Código de Processo.

Esta segunda fase do movimento de Acesso à Justiça no Brasil é marcada pelas edições dos Pactos Republicanos. O I Pacto Republicano[23] que dá origem a Emenda Constitucional 45 aduz que.

> A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

A citada Emenda é também popularmente conhecida como a Emenda da Reforma do Judiciário considerando as mudanças feitas no corpo do texto político. Embora tenham

23 Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf> Acesso em: 20 de novembro de 2012

sido promovidas mudanças na estrutura do Judiciário estas se concentram quanto aos Tribunais Superiores, em especial buscando trazer filtros ao Supremo para diminuir a quantidade de processos que eram levadas a submissão da Corte. Mas no que tange aos juízos de primeiro grau estes ficaram com a mesma estrutura interna de outrora. Quanto a estes as reformas no CPC com base na Emenda vieram quanto aos atos processuais, a fim da simplificação e assim cumprir a efetividade do processo.

A partir da releitura da compreensão do Acesso à Justiça e da observância da necessidade de mudanças profundas no sistema como todo para se atingir aquele inicia-se este movimento de alterações na lei processual que culminam tanto na Inglaterra como no Brasil em um novo diploma processual que reorganiza este direito. No ordenamento pátrio as reformas pontuais em alguns momentos causaram contradições, tendo em vista que a mudança não foi pensada no todo, fazendo do vigente Código uma colcha de retalhos. Assim, a partes menos formais e outras mais solenes. A consequência é que as reformas foram medidas paliativas e sem solução ao problema do processo que satisfaça aos integrantes da relação processual, pois a insatisfação ainda é presente.

Esta reorganização parte do princípio da existência de problemas da estrutura vigente e a partir destas conclusões lançam as novas propostas. Tanto na Inglaterra como no Brasil realizam uma restruturação ampla que compreende internamente o Judiciário (respeitando as disposições constitucionais), quanto ao papel do juiz e por fim é promovida ainda uma uma revisitação de institutos antigos os relendo, excluindo outros e trazendo novos para o ordenamento.

No que tange aos institutos jurídicos *per s*i, ao ser empreendida a restruturação do sistema processual a semelhança entre o CPR e ao PL 8046/ 2010 diz respeito a institutos que são iguais e que aplicação das regras processuais também são semelhantes, sendo eles: as medidas alternativas para a solução de conflitos e o julgamento por processos modelos em causas repetitivas. Além da correspondência quanto aos institutos e a forma de aplicação a finalidade também é a mesma, almejando o mesmo efeito, qual seja: buscar resolver a multiplicação de demandas a serem apreciadas pelo magistrado.

Como já mencionado os substitutivos da jurisdição são usados prioritariamente, desestimulando a solução através da figura do magistrado, sendo a mediação grande destaque em ambas as ordenações. No Brasil as medidas alternativas vem ganhando grande espaço havendo diversos estudos a respeito do tema. Acredita-se que conflitos de

determinada natureza,os essencialmente individuais, são melhores resolvidos por exemplo através da mediação, pois nem sempre a decisão judicial consegue atingir a pacificação entre as partes. (função principal do processo). Em distanciamento ao sistema inglês, cabe pontuar que a mediação pela forma a qual está no Projeto apresentado tem uma atuação mais limitada. O seu escopo é quanto a causas de natureza disponível.

Portanto, embora a mediação seja objeto de muitas pesquisas no Brasil que se referem aos estudos italianos ela também se encontra prevista no Código inglês como já analisado. E é de grande importância, considerando os resultados positivos obtidos com sua aplicação, bem como foi o local a qual se introduziu o sistema na Europa.

No que tange as causas repetidas a previsão de julgamento a partir de um processo teste é bem semelhante a sistemática prevista no *Civil Procedure Rules*. Embora a Exposição de Motivos do Projeto de novo Código mencione a inspiração ao modelo germânico do *Musterverfahren* previsto na *Gesetez über Musterverfahren in Kapitalamarktreichtlichen Streitigkeiten - KapMuG*, ao fazer um estudo comparativo entre a *Global Litigation Order* prevista na *Rule* 19 e a forma a qual foi enviado o Projeto ao Congresso verifica-se muitos pontos de intercessão. Em especial, tendo em vista que a ordenação alemã prevê um tempo de aplicação para o instituto e a limitação do objeto sobre qual recai o julgamento em bloco.[24] E estas especificidades não estão previstas na *test claim* e no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Contudo, cabe pontuar que as previsões não são idênticas quanto a aplicação do instituto, vez que o *CPR* determina a aplicação a questões de fato e de direito – tal qual ocorre na *KapMuG*. E a previsão do Projeto cinge apenas a mesma fundamentação jurídica – aplicável tão somente a teses jurídicas como é tradição dos institutos de uniformização da jurisprudência no Brasil que ganharam força a partir da Emenda Constitucional 45.

Desta feita, o conceito de justiça é modernamente complexo, pois não envolve apenas a subjetividade da decisão judicial.[25] Mas sim justo passa a ser compreendido

24 A KapMug estabelece que seu âmbito de aplicação é relativo as lides referentes ao mercado de capitais e recente alteração estendeu seus efeitos até novembro de 2020 no *§ 28.*

25 A noção de justo é como expõe Hans Kelsen algo subjetivo. Neste sentir aduz: "Não sei, nem posso dizer, o que é justiça, a justiça absoluta que a humanidade está buscando. Devo contentar-me com uma justiça relativa e só posso dizer o que é justiça para mim. A justiça, para mim, é uma ordenação social sob cuja proteção pode prosperar a busca da verdade. A "minha" justiça, portanto, é a justiça da liberdade, a justiça da democracia: em suma, a justiça da tolerância". *In:* KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça.* Tradução João Baptista Machado. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. XXXI

através do acesso efetivo ao Poder Judiciário, pois como pontua Clemerson Merlin Cléve[26] "Não basta haver decisão justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão justa". A partir desta afirmação as legislações ora em contento passam a partir de uma reorganização do direito processual materializar nas previsões dos Códigos este novo conceito de Acesso à Justiça em de haver a sua disposição um Judiciário que não crie óbices durante a relação processual. E que aina respeite um processo justo.

Entretanto, cabe frisar que a principal mudança e que na realidade é pilar da alteração não é a busca a celeridade, efetividade e economia processual. A principal reforma que se encontra na estrutura e organização em si do Judiciário – é a solução das mazelas interna corpis. Esta mudança é fundamental para que possa ser apta a corresponder as novas disposições legais, caso contrário os institutos não lograram o êxito para o qual foram pensados.

4. Conclusão

O presente estudo veio trazer um paralelo entre o Código de Processo Civil Inglês (*CPR- Civil Procedure Rules*) e o Projeto de Lei 8046/ 2010 que diz respeito a proposta de novo Código de Processo Civil no Brasil. Para tanto, foi realizado um estudo comparativo entre as razões (Acesso à Justiça material) para criação das ordenações e dois institutos (medidas alternativas de solução de conflitos e processos modelos) que possuem em ambas ordenações e se mostram semelhantes devido aos fins para qual foram previstos. Quantos aos institutos não foi objeto adentrar no mérito destes e especificar aproximações e diferenças, mas sim as linhas gerais dos mesmos.

A partir do exposto, verifica-se que embora sejam de tradições diferentes os ordenamentos inglês e brasileiro são exemplos da convergência entre os sistema do *common law* e *civil law*, cujo o distanciamento é contemporaneamente uma linha tênue. As diferenças não são tão grandes, porque verifica-se, por exemplo, em especial quanto a Inglaterra ao elaboração um conjunto de regras sob o formato de uma legislação codificada que é o Código de Processo Civil cuja aplicação se estende ao País de Gales.

A *Civil Procedure Rules* e o Projeto do novo CPC simbolizam o movimento atual de Acesso à Justiça. Os dois surgem nos ordenamentos de seus países como base a

26 CLÉVE, Clemerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e da Teoria do Direito.** São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 50

promoção de um Acesso à Justiça material que se mostra adequado e sensível as realidades sociojurídicas, tendo em vista que as disposições até então vigentes não vinham sendo aptas de produzir a pacificação dos conflitos. Ao propô-los o acesso se revela ser tão somente um postulado em que se garante a entrada ao Judiciário. E assim, sendo o processo entendido como instrumento do direito material o direito processual se mostra inócuo de lograr o êxito de veicular a proteção àqueles direitos. Desta feita, o ponto de partida é o Acesso à Justiça material e este se revela sendo aquele que tem como características a celeridade e a efetividade ao mesmo tempo que deve ser econômico bem como não viole as demais garantias processuais.

Como se almeja se ter o acesso com processo menos formal para que seu andamento não seja longo e possa trazer a possibilidade de exercer o comando judicial (a efetividade) a forma de se atingir estes comandos é prezar pela economia. E esta ganha dois enfoques tanto na realização dos atos como também quanto relativo aos custos para o Estado. Para tanto, um dos caminhos para se obter é a partir de dois institutos previstos tanto na ordenação inglesa como no Projeto brasileiro que vem com a intenção de cumprir as premissas acima de celeridade, efetividade e economia, quais sejam: mecanismos substitutivos da jurisdição (arbitragem, mediação e conciliação) o e julgamento através de processos modelos em causas que se configuram como repetidas. No que tange ao primeiro evita-se a submissão da causa ao Estado-Juiz, este atua preferencialmente quando as medidas alternativas se mostraram infrutíferas. E o outro instituto que embora as ordenações se distanciem quanto ao objeto, pois na legislação britânica se referem a repetição de fato e de direito e em contrapartida no Brasil limitar-se-á apenas questões de direito, há um processo único a ser julgado enquanto os demais encontram-se suspensos e evita-se ainda decisões dispares, velando-se consequentemente pela segurança jurídica. Tanto em um instituto como no outro verifica-se que ele se distanciam devido a extensão ou não de sua aplicação, já que no Brasil é mais contida.

A *Civil Procedure Rules* após dez anos de vigência é apontada na doutrina como positiva. No que tange as disposições previstas no Projeto de novo Código de Processo é apresentado há algumas críticas quanto as mudanças propostas e até mesmo da necessidade de sua edição a princípio, no entanto, apenas com a aplicação das disposições normativas é que poderá verificar se realmente o objetivo descrito na Exposição de Motivos logrou o

êxito para qual foi proposto o novo CPC. E consequentemente se as críticas foram pertinentes.

Por fim, cabe pontuar que a alteração legislativa não é apenas a única a renovar o direito processual e torná-lo mais acessível a sociedade que se vê carente devido a demora na prestação, o que impede de usufruir o título executivo e ainda decisões contraditórias a casos semelhantes gerando a sensação de insegurança. É também emergencial uma alteração da postura dos operadores da lei. As novas disposições quanto a matéria processual devem ser aplicadas a partir da sua vigência, mas também servem como um norte a ser caminhado por aqueles que lhe darão aplicação no caso concreto que deve ser feita de acordo com a *men legis* – não limitando-se essa postura apenas ao magistrado. Ou seja, a mudança não é restrita a uma oxigenação do ordenamento com a revisão das disposições processuais, mas também uma nova postura de todos operadores à luz das modificações advindas com o novo diploma. Caso contrário, os velhos problemas permanecerão com um Código novo que não se mostra efetivo por óbices internos do Judiciário quanto a sua aplicação. Assim, a exemplo da Inglaterra o Brasil deve também seguir a postura quanto a aplicação das disposições processuais quando da vigência de um novo CPC.

5. Bibliografia

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O case management inglês: um sistema maduro? *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP***.** Volume VII, p. 288-300.

ANDREWS, Neil. Fundamental Principles Of Civil Procedure: Order Out of Chaos. X. E. Kramer and C. H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*. Disponível em:http://www.google.com.br/search?hl=enBR&source=hp&q=ANDREWS%2C+Neil+Fundamental+Principles+Of+Civil+Procedure%3A+Order+Out+of+Chaos.+X.+E.+Kramer+and+C.+H.+&gbv=2&oq=ANDREWS%2C+Neil.+Fundamental+Principles+Of+Civil+Procedure%3A+Order+Out+of+Chaos.+X.+E.+Kramer+and+C.+H.+&gs_l=heirloom-hp.3...1339.1339.0.2344.1.1.0.0.0.0.0.0..0.0...0.0...1ac.1.b1DDDmIH_80>. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução Edison Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2007;

AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 19. Vol. 77. Out/ Nov 2.01, p 40-61.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In:* Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acesso em 02 de setembro de 2012, p. 1- 44

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional e da Teoria do Direito.* São Paulo: Acadêmica, 1993.

FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade.* Coordenação da Tradução: Carlos Alberto Salles. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça.* Tradução João Baptista Machado. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MENDES, Aluisio Gonlçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.* 3. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MISTELIS, Loukas."ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership," *ADR Bulletin:* Vol. 6: No. 3, Article 6. Disponível em: http://epublications.bond.edu.au/adr/vol6/iss3/6>.Acesso em: 20 de novembro de 2012.

_____A. *England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership*. Disponível em: http://www.academia.edu/262766/ADR_In_England_and_Wales_12_Am. Acesso em: 20 de novembro de 2012

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Individual Homogêneo e legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores. *In: Revista de Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*, volume 7, nº. 26, Rio de Janeiro, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais.* Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(5)%20formatado.pdf.>. Acesso em 05 de setembro de 2012

ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York, Oxford, 1999.

UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A IDEIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO

A REREADING THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE AND IDEA OF DEJUDICIALIZATION

Daniela Olímpio de Oliveira

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

Resumo: Acesso à Justiça é um princípio que está ligado ao Estado, e não exclusivamente ao Judiciário, ainda que este seja o órgão orientado finalisticamente a sua promoção. A relação entre a Constituição e o processo vem a ser revisitada pela lógica do pluralismo jurídico e da quebra do dogma do protagonismo judicial. Utiliza-se a ideia de acesso à Justiça como ferramenta de realização constitucional e de promoção do justo em diversos níveis da sociedade. Seja do ponto de vista da justiça-moral ou do ponto de vista da justiça-pacificação, busca-se identificar o núcleo do que seja acesso à Justiça hoje.

Palavras-Chave: Acesso á Justiça – Desjudicialização– Policentrismo processual – Técnica – Meios alternativos.

Abstract: Access to justice is a principle which is connected to the state, and not exclusively to the judiciary, although this is the body oriented finalisticamente your promotion. The relationship between the Constitution and the process has to be revisited by the logic of legal pluralism and breaks the dogma of judicial prominenceUses the idea of access to justice as a tool for achieving constitutional and promoting fair at various levels of society. Be the point of view of justice-moral or point of view of justice-peace, seeks to identify the core of which is access to justice today.

Key-words: Access to justice – Dejudicialization - Polycentrism process - Technique - Alternative means

1. Introdução

O presente artigo se propõe a examinar as modernas concepções sobre o tema do acesso à justiça para encartar os movimentos de desjudicialização no seu contexto. Afinal, se um determinado instituto deixa de ser apreciado pelo Poder Judiciário como um imperativo da jurisdição, significa isso uma consagração do acesso à justiça ou, ao contrário, sua ofensa? Observa-se que, tradicionalmente, a expressão "acesso à justiça" permanece ligada a ideia de acesso ao Poder Judiciário, na resolução das controvérsias.

Hoje, não só os meios alternativos de solução de controvérsias – mediação, conciliação, arbitragem – como ainda a desjudicialização de alguns procedimentos, como o de inventário, divórcio, execução fiscal, representam fato marcante do contemporâneo processo civil (aqui designado como aquele que não é penal), revelado pela desburocratização e minimização do Judiciário em relação à pacificação social. De se destacar, ainda, a processualidade na Administração Pública, como fator de desafogamento judicial, por um devido processo administrativo, com o fortalecimento do contraditório e da ampla defesa do administrado.

Neste cenário, e por outro lado, a cultura do ativismo judicial contraditoriamente também revela um agigantamento do Judiciário no que tange à definição de valores. Hodiernamente, assiste-se ao centralismo do Poder Judiciário na efetivação dos princípios fundamentais, com a exclusividade típica do monopólio jurisdicional de se dizer a última palavra. Centralismo este que esgota em discussões herméticas a moral jurídica, ensejando duras críticas sobre a ausência de legitimidade democrática das decisões, reforçando, por outro lado, a busca de uma legitimidade racional, na motivação das decisões e na melhor técnica jurídica.

A *valorização* da forma é também uma tendência contemporânea, a se pensar no processo como instrumento que visa atender a finalidades sociais. Os escopos do processo passam a ser resgatados de maneira que a técnica seja reapreciada e adequada à sua função. O desenvolvimento de técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias, que se intensifica diuturnamente, não traz consigo o condão de eliminar a procura pelo órgão

judicial. Ao contrário, a explosão de litigiosidade aumenta com o passar dos tempos e do amadurecimento da cidadania na sociedade. O conhecimento dos direitos, as reformas processuais, os casos polêmicos sendo acompanhados pela mídia, as políticas de informatização e de transparência, são todos pontos de discussão que se intensificam na pauta de debate sobre o *acesso à justiça.*

Ao lado da preocupação com o Poder Judiciário, sua estrutura, seus procedimentos e a forma, opera-se outra revolução indicativa do princípio do acesso à justiça que é a consagração de outros centros de processamento das lides, especialmente pela composição de conflitos. Não só isso, mas também pela autonomia do cidadão frente aos órgãos públicos não-estatais com procedimentos judiciais que se *administralizaram.*

Para não perder de vista a efetividade dos princípios constitucionais processuais que promovem o devido processo legal e o acesso à justiça, busca-se o entendimento, seja do ponto de vista da justiça-moral, ou do ponto de vista da justiça-pacificação, sobre o núcleo central do que seja acesso à Justiça hoje.

Cuida-se de uma discussão que envolve não só a abertura do Poder Judiciário às demandas sociais, numericamente falando, mas também, o *modus operandi* deste Judiciário, em se tratando de sua organização, ou da técnica processual. De outra ponta, em novas concepções, examina-se o acesso à justiça pela ótica de meios coexistenciais de soluções de controvérsias, seja já pelas consagradas técnicas de mediação e arbitragem, seja pelos procedimentos *desjudicializados*, com a oportunização de outros focos de tratamento das lides e de construção dos valores concretos. Ao que parece, tudo é um cenário só. O que se propõe é a real identificação nuclear da concepção de acesso à justiça.

2. Ondas do acesso à justiça e hoje

Um trabalho clássico e referencial sobre o acesso à justiça foi o realizado por Mauro Cappelletti e Brant Garth (1988), no conhecido e revolucionário projeto de pesquisa intitulado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, no qual foram discriminadas experiências envolvendo inúmeros países, e que serviu de base para os movimentos reformistas processuais.

Esses autores, também, já de antemão estabeleceram que a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, podendo ser usada, num primeiro sentido, para designar o

sistema estatal de resolução de controvérsias igualmente acessível a todos e, num segundo entendimento, que produza resultados *justos*. Ao passo que naquele a ideia está muito mais ligada ao Judiciário, neste segundo momento acesso à justiça já passa a ser examinado em relação aos resultados, à efetividade, independentemente do *locus operandi*. Neste contexto, o princípio do acesso à justiça é elevado à categoria de um direito fundamental, haja vista se prestar a realizar o direito material, assegurado na ordem constitucional e infraconstitucional, e a relação entre a técnica e a efetividade, os meios e os fins, assume a condição de grande vetor para as pesquisas relacionadas ao tema.

No trabalho citado, foram examinados os principais obstáculos a serem superados para que se mostre mais efetivo o acesso à justiça, sendo identificados: a) o obstáculo *econômico* (pobreza); b) o obstáculo *organizador* (relacionados à tutela coletiva); e c) o obstáculo propriamente *processual*, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.

Nestes termos, o primeiro movimento foi pela defesa da assistência judiciária. O obstáculo identificado estaria relacionado à pobreza, à condição hipossuficiente, o que inviabiliza recursos materiais e impede a informação e a representação adequada, desembocando em um não acesso à justiça.

A segunda bandeira foi relacionada à defesa dos interesses de grupos, coletivos ou difusos, um marco da organização da sociedade contemporânea. Trata-se de interesses diferenciados e que requer um processamento especial, o que não é real na contemporaneidade, tendo sido identificadas falhas no sistema processual neste aspecto.

Por fim, o terceiro obstáculo seria decorrente da insuficiência do processo judicial para a solução de determinados litígios, surgindo aí os mecanismos alternativos e coexistenciais de solução de controvérsias. Assim, a busca é pela articulação do processo civil com o tipo de litígio, usando da técnica, atores e instituições judiciais e até mesmo extrajudiciais (CAPPELLETTI, 1998).

Ressalte-se nesse último obstáculo, e em especial, a sugestão dos meios extrajudiciais. A referência a mecanismos extrajudicias e até *coexistenciais*, com o aprofundamento dos seus contornos, e seus limites, bem como da própria técnica adotada em procedimentos judiciais, com vistas à sua efetividade, representa o aspecto fundamental dessa terceira onda de acesso à justiça.

Os movimentos destinados a superar esses obstáculos apresentados relacionados ao acesso à justiça foram denominados “ondas renovatórias” do direito processual. E a cada novo olhar que o processo civil assume em relação à questão do acesso à justiça, somam-se novas pautas de discussão, sem desconsiderar aqueloutras já identificadas. Usando de analogia, da mesma forma que, em direito constitucional, estudam-se as gerações de direitos e suas variadas formas de se pensar a jusfundamentalidade dos princípios, a evolução do direito de acesso à justiça também passa a açambarcar novas dimensões, sem desconsiderar as já conquistadas pela promoção do Judiciário.

Destaque para José Roberto dos Santos Bedaque (2006) que, neste aspecto, até propõe uma ampliação das ondas renovatórias do direito processual, a incluir, especificamente, a questão da técnica, diretamente relacionada ao *instrumento* – processo. A preocupação com o obstáculo *técnica* seria um movimento específico, ao lado dos demais, merecendo maior atenção para as reformas de simplificação do processo, preservando a forma e a segurança.

Nesse sentido também observa Mauro Cappelletti:

> O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada; e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva (CAPPELLETTI, 1998, p.12).

É neste sentido que o autor italiano, em texto posterior (1998) diz que os movimentos renovatórios do acesso à justiça estão associados a ideais políticos diversos, presentes nos contextos reformadores. De certa forma, as propostas reformistas se voltaram para melhorias técnicas, desconsiderando a própria organização da administração da justiça. Mas, com o fortalecimento da filosofia de Estado calcada no ideal de bem-estar social, insurgiu nova onda renovatória, o quarto movimento de acesso à justiça. Neste, o grande desafio é a adequação de uma política reformista do processo civil ao direito no welfare state. O paradigma surge com a preocupação com as prestações do Estado aos interesses da sociedade. Um novo universo de normas e de princípios surge e, com isso, regramentos em excesso e burocracia.

Neste sistema, para que a justiça seja verdadeiramente acessível a todos, é preciso uma ação positiva e permanente do próprio Estado (CAPPELLETTI, 1988, p.34). O processo tem o olhar voltado para a efetividade dos novos direitos, sendo alargado o

campo de atuação, do Poder Judiciário apenas para os problemas e perspectivas de todo o Estado-Providência.

Mantém-se, obviamente, a preocupação com o acesso real da população ao poder judiciário. Na verdade, nem são coisas tão distintas assim. O acesso é maximizado com a melhor técnica; e o resultado justo só é alcançado se toda a demanda, numericamente falando, for acolhida. Tanto no aspecto numérico, quanto no qualitativo, o acesso à justiça merece ser estudado unitário e globalmente.

A revisitação ao tema acesso à justiça, hoje, permite considerá-lo como um direito fundamental compreendido à luz da efetividade das técnicas processuais e das instituições. Mais especificamente como um direito social porque é garantia e realização da justiça, vista como igualdade, vista como dignidade humana, como moral jurídica. Se, por um lado, a ciência processual é distinta e autônoma do direito material, por outro lado, o sentido do processo é a realização, o mais fidedigna possível, deste direito material. E, neste campo, o pensamento sobre a *forma* e *formalismo* começa a se fazer presente nas reformas processuais e nas discussões sobre acesso à justiça. O direito processual tem a preocupação em realizar o direito material – e isso hoje representa acesso à justiça.

Cappelletti aborda acesso à justiça sob um aspecto sociológico, da efetividade dos resultados. Para ele (1991), ao invés de uma visão *unidimensional*, restrita a norma, o direito deve ser considerado sob uma visão *tridimensional*, a saber: primeiro, pela premissa ou *instância social* que um dado setor do direito entende resolver; segundo, pela *resposta* dada no plano normativo, mas também institucional e processual; por fim, pelos *resultados* no plano social (econômico, político, etc.). O processo, entendido como instrumento, deve ser observado por este aspecto - como proposta de solução efetiva de dadas controvérsias.

A concepção tridimensional permite examinar os obstáculos reais ao acesso efetivo à justiça, como o tratamento das custas judiciais, em especial quando diante de causas de pequena monta; a possibilidade judicial das partes, abordando aqui desde recursos financeiros escassos, até a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; a questão dos interesses difusos e a necessária medida para atacar problemas decorrentes deste nicho; a instrumentalidade das formas.

O exame da efetividade do processo realmente passa pela aproximação cada vez maior entre direito substantivo e direito processual e, para tanto, observam-se, até mesmo, modificações no próprio direito substantivo “destinadas a evitar litígios ou facilitar sua

solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios" (CAPPELLETTI, 1998, p.71). Outra tendência é a inserção de instrumentos e procedimentos especiais mais acessíveis para determinados tipos de causas de peculiar relevância social (os autores acima indicados chamam esse movimento de *desvio especializado*). A variar da demanda, formam-se processos coexistenciais aos judiciais, como mecanismos de viabilização da justiça particular.

Essas vias alternativas são objeto de preocupação com a inafastabilidade do controle jurisdicional:

> Devemos, no entanto, ser cautelosos para que o objetivo de evitar o congestionamento não afaste causas que, de fato, devam ser julgadas pelos tribunais, tais como muitos casos que envolvem direitos constitucionais ou a proteção de interesses difusos ou de classe. (CAPPELLETTI, 1998, p.92).

O presente contexto parece ser o da identificação dos limites da ação judicial em relação a esta atuação de outros centros, oriundos da diversidade presente em um pluralismo jurídico próprio da nova ordem democrática. A consideração pelo que seja efetivamente a garantia de um acesso à justiça precisa ser identificada em contornos gnoseológicos (a visão de uma forma consciente pelo sujeito) a fim de se reconhecerem seus efeitos epistemiológicos (pelas pesquisas científicas e todos os princípios e leis que as informam).

Como visto, a questão do acesso à justiça ora é tratada pela ótica da *acessibilidade* ao órgão judicial, ora a aplicação é vista pelo seu resultado, sua justiça. Ao que se observa, porém, a terceira onda do acesso à justiça somaria ambas as perspectivas, incluindo a temática da técnica, buscando concentrar o exame também na ideia de pluralismo de normas, procedimentos, instituições e pessoas teleologicamente desenvolvidos para as justiças-valores da sociedade diversificada.

A evolução da abordagem desta temática reflete a evolução do próprio Estado, que sai de uma preocupação apenas estrutural de atendimento às demandas, passando pelo acolhimento das questões sociais e a coletividade, chegando à revisitação de sua finalidade e dos instrumentos dispostos ao atendimento dos resultados propostos, dialogando agora com a sociedade sobre os meios de resolução de conflitos. Os movimentos ou ondas do acesso à justiça refletem o próprio paradigma político que evolui do aspecto puramente liberal, passando pela ótica social, e atingindo o pluralismo político e social. Com tamanhas modificações, surge uma necessidade premente de se encontrar um núcleo

fundamental para a expressão acesso à justiça, de forma a ser melhor assegurado nas tratativas estatais.

O contexto pós-social promove novas reduções do Estado na esfera social, donde se projetam atores e instituições não-estatais a conduzirem temas públicos, num pluralismo jurídico em prol do exercício dos direitos fundamentais. Não só é pensada a reformulação do Judiciário, como também se buscam meios coexistenciais de solução de litígios e promoção do justo. Neste cenário, que é o presente, o núcleo material do acesso à justiça é condição *sine qua non* para a legitimação do agir estatal e da descentralização jusfundamental.

3. Acesso à justiça como princípio fundamental

A constitucionalização do acesso à justiça está inserida na modernidade e pode ser examinada com a consagração da indissolúvel relação havida entre direito e moral. A justiça, do acesso à justiça, toma a ideia de finalidade, do justo, da moral, no que tange às decisões jurisdicionals.

Acesso à Justiça, enquanto parte de uma ideia de devido processo legal, já foi devidamente relacionado aos pilares do Estado Democrático de Direito, conforme mencionou Cândido Rangel Dinamarco (2001), ao afirmar que desrespeitar o devido processo é desrespeitar o próprio modelo de democracia que a Constituição desenhou, porque aquele é um microssistema deste.

> Falar em acesso à *ordem jurídica justa*, por exemplo (ou na garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional), é invocar os próprios fins do Estado moderno, que se preocupa com o bem-comum e, portanto, com a felicidade das pessoas; valorizar o princípio do *contraditório* equivale a trazer para o processo um dos componentes do próprio regime democrático, que é a *participação* dos indivíduos como elementos de legitimação do exercício do poder e imposição das decisões tomadas por quem o exerce; cuidar da garantia do *devido processo legal* no processo civil vale por traduzir em termos processuais os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, também inerentes à democracia moderna; garantir a imparcialidade nos julgamentos mediante o estabelecimento do *juiz natural* significa assegurar a impessoalidade no exercício do poder estatal pelos juizes, agentes públicos que não devem atuar segundo seus próprios interesses mas para a obtenção dos fins do próprio Estado; *etc*. (DINARMARCO, 2001, p.194)

Nestes termos, abre-se novos olhares para o aspecto constitucional da semântica acesso à justiça.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2007) reconhecendo que o sentido da expressão "acesso à justiça" é bastante relativo a um contexto sócio-cultural, na sua obra, "Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública", busca identificar um sentido principiológico ao tema, apresentando quatro sub-princípios derivados, de molde a precisar um núcleo essencial valorativo.

São eles: *i) acessibilidade*, relacionada à capacidade de estar em juízo sem qualquer obstáculo – pressupõe direito à informação, a uma legitimação adequada, bem como à possibilidade dos custos processuais; *ii) operosidade*, relacionada à atuação ética e técnica das pessoas envolvidas direta ou indiretamente na atividade judicial, ou mesmo, extrajudicial; *.iii) utilidade*, empregada no sentido de efetividade da prestação jurisdicional – reexamina-se, aqui, temas como coisa julgada, nulidades processuais, utilidade na execução, enfim, a própria temática da instrumentalidade do processo e a extensão da jurisdição sob o ponto de vista subjetivo e objetivo; e, por fim, *iv) proporcionalidade*, com o imperativo de se empregar seus sub-princípios com a maior precisão possível, de forma a harmonizar a atividade jurisdicional à norma constitucional.

A sistematização desses princípios derivados do núcleo acesso à justiça nos permite aferir que a sua ideia central está mesmo condizente com o terceiro movimento ou onda de acesso à justiça preconizada por Mauro Cappelletti e Brant Garth, posto que são somadas características chaves que absorvem toda sua extensão, não podendo os estudos sobre o tema desconsiderar qualquer desses seus aspectos. Também, as correntes filosóficas que preconizam o acesso como efetividade da ordem jurídica e as que se detém no tratamento da demanda, são ambas albergadas com a sistematização destes sub-princípios.

Considerando a ordem neoconstitucional, pelo tratamento das questões decorrentes de um movimento atual de desjudicialização de processos e instituições, com o fortalecimento de alternativas extrajudiciais de solução de controvérsias, não considerando apenas as tradicionalmente já conhecidas – mediação e arbitragem – como também pelo fortalecimento de procedimentos cartorários extrajudiciais e da processualidade administrativa nas esferas públicas de poder, enfim, evidenciam que o Estado Contemporâneo é policêntrico e o acesso à Justiça evidencia certa polissemia, na medida em que se presta a funções variadas para o devido processo legal. Em qualquer aspecto, acesso à justiça, para que seja afirmada a sua realização, merece ser analisado pelos seus desdobramentos - da *acessibilidade*, *operosidade*, *utilidade* e *proporcionalidade*.

Em tema de *acessibilidade,* tem-se aqui a síntese da opinião de muitos doutrinadores sobre o conceito de acesso à Justiça[1]. Por este aspecto, a ideia de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, num primeiro exame, soa incompatível com o princípio do acesso à justiça. Factualmente, o redirecionamento de lides a situações extrajudiciais retira do Judiciário a apreciação de temas, o que pode significar uma restrição do acesso ao órgão judicial. A concepção do princípio deve passar pelo alargamento de meios presentes numa sociedade plural para facilitar a produção de resultados mais próximos das variadas realidades sócio-cultural-econômicas presentes no país. Estado, público não-estatal, sociedade civil, empresas, indivíduos, todos imbuídos na realização do justo, no *agir comunicativo.* E o Poder Judiciário se mantém presente neste cenário, vigilante, como pelo resgate da ideia de *guarda noturno*, próprio de um regime de *laissez-faire* liberal, só que agora voltado à guarda da isonomia material pressuposta na norma formal, por uma defesa *substantiva* da ordem constitucional. Quer dizer, o Judiciário como órgão presente e atuante, ao lado das demais vias de promoção do justo, não mais como órgão único, ou primeiro, mas ainda como órgão último da proteção dos princípios fundamentais.

A *operosidade* relaciona a melhor técnica, inclusive pelo aporte de mecanismos extrajudiciais, com a ética na condução desses processos pelos atores envolvidos. O exame da adequação dos procedimentos, inclusive pela própria razoabilidade - entendida como medida empregada para atingir determinado fim - e a responsabilização dos agentes pela sua improbidade processual são parâmetros que permitem determinadas mudanças processuais.

Atualmente, discute-se no Congresso Nacional a proposta de um novo Código de Processo Civil[2], e questões como o excessivo número de demandas, a prodigalidade recursal, as excessivas solenidades processuais (FUX, 2011), dentre outras, são enfrentadas para se assegurar um melhor, e mais operacional, acesso à ordem jurídica justa.

[1] Veja Eduardo Cambi, para o qual *"O direito fundamental ao acesso à justiça (art.5º, XXXV, da CF/1988) está assentado no direito do cidadão ter seus direitos analisados por um órgão judicial (right to day in court)"*. (2011, p.246). No mesmo sentido GRECO, (2005, p.230), *"O acesso à Justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais."*

[2] Projeto de Lei 08046-2010/Câmara dos Deputados

De outra ponta, a desjudicialização também pode apresentar-se como *melhor técnica*, sendo a medida encontrada em alguns procedimentos que desafogam o Judiciário e promovem a pacificação social.

No aspecto da *utilidade*, vê-se que a prestação jurisdicional precisa promover o resultado pensado pelo direito material, o mais fidedigno possível. Não raras vezes, o resultado prático é alcançado por outras vias, não judiciais. Como sabido, pelas experiências travadas, a técnica da mediação responde melhor à solução de conflitos de natureza continuada (família, vizinhança etc), sendo mais efetivo, socialmente falando do que a atuação judicial, sub-rogatória. Não sendo útil a prestação judicial, não será crível o acesso à justiça.

Com efeito, Boaventura de Sousa Santos (2007) já destacou que deve-se levar em conta que pelo fato de as sociedades contemporâneas serem jurídica e judicialmente plurais, sob o ponto de vista sociológico, vários sistemas são presente "e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos" (p.9).

Finalmente, sob a ótica da *proporcionalidade*, a dosagem dos valores constitucionais merece ser feita objetivamente, de forma que ao se pensar na aplicação restritiva de algum princípio, deve-se ponderar pela sua necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A abertura das vias pacificadoras e a multiplicidade dos espaços públicos de processualidade na Administração Pública eliminam demandas antes de apreciação tradicional do Poder Judiciário. Esses meios não retira o controle jurisdicional da lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais. Portanto, são formas *necessárias*, pelo desafogar judicial e pela realização efetiva do acesso à ordem jurídica justa; *adequadas*, assim concebidas sempre que promovem mesmo a pacificação social; e *proporcionais em sentido estrito,* na medida em que a estas vias alternativas não se elimina o acesso ao Judiciário, preservando-se essa instituição e consolidando seu agir.

O tema envolve a efetividade social do acesso à justiça, já que compreendido sob a ótica do resultado da prestação jurisdicional; administrativa; ou mesmo conciliatória. O Estado Contemporâneo, como dito, requer um acesso à justiça-judiciário e um acesso à justiça–decisão. Estes aspectos estão também inseridos na última "onda renovatória" do acesso à justiça, que almeja enfrentar a crise interna do procedimento judicial ao mesmo

tempo em que vislumbra outras possibilidades de realização do direito, que não apenas o órgão jurisdicional estatal. Cuida-se de dois pontos de vista a pedirem maior exame.

3.1 "Justiça" como valor

Nos estudos sobre *acesso à Justiça* a expressão aparece quase sempre relacionada à instituição Poder Judiciário. As obras científicas que cuidam do tema geralmente estão a falar da abertura dos *portões da Justiça* ao maior número de pessoas possível. Justiça-*instituição* e a acolhida aos jurisdicionados formam o sentido mais comumente encontrado pela análise das obras doutrinárias. As pesquisas pensam em atendimento ao público, em apuro técnico, em escolha adequada do meio, em processamento. *Acesso à Justiça* leia-se *Acesso ao Judiciário.* Portanto, *justiça* como instituição, e não como um valor. Assim está na práxis doutrinária.

Ocorre que o grande risco dessa premissa está na aceitação do processamento das controvérsias jurídicas em outras arenas que não a presidida pelo Estado-juiz. E, ainda, se acesso à justiça corresponde a acesso ao Judiciário, então qualquer mecanismos *alternativos* – o nome já é sugestivo neste sentido -, bem como qualquer tentativa de se desjudicializar procedimentos antes exclusivos do Poder Judiciário, poderiam ser desde já considerados como completamente inconstitucionais por ferirem o princípio do devido processo legal e do acesso à justiça.

Essa precipitada conclusão é até bastante compreensível, haja vista a linguagem ser considerada a fonte para uma ordem empírica. Acontece que, em não raras situações, a cultura geral pode provocar um distanciamento destas tais ordens empíricas, posto que é inato o sentimento que vem de ordens espontâneas e que promove esse rompimento com o que está estabelecido. Assim preleciona Michel Foucault (2000, prefácio XVI):

> Os códigos fundamentais de uma cultura – aqueles que regem sua linguagem, seus esquemas perceptivos, suas trocas, suas técnicas, seus valores, a hierarquia de suas práticas – fixam, logo de entrada, para cada homem as ordens empíricas com as quais terá de lidar e nas quais se há de encontrar. Na outra extremidade do pensamento, teorias científicas ou interpretações de filósofos explicam por que há em geral uma ordem, a que a lei geral obedece, que princípio pode justificá-la, por que razão é esta a ordem estabelecida e não outra. Mas, entre essas duas regiões tão distantes, reina um domínio que, apesar de ter sobretudo um papel intermediário, não é menos fundamental: é mais confuso, mais obscuro e, sem dúvida, menos fácil de analisar. É aí que uma cultura, afastando-se insensivelmente das ordens empíricas que lhes são prescritas por seus códigos

> primários, instaurando uma primeira distância em relação a elas, fá-las perder sua transparência inicial, cessa de se deixar passivamente atravessar por elas, desprende-se de seus poderes imediatos e invisíveis, libera-se o bastante para constatar que essas ordens não são talvez as únicas possíveis nem as melhores: de tal sorte que se encontre diante do fato bruto de que há, sob suas ordens espontâneas, coisas que são em si mesmas ordenáveis, que pertencem a uma certa ordem muda, em suma, que há ordem.

Trazendo para nossa pauta de discussão, há um signo pré-estabelecido compreendido na expressão Acesso à Justiça. E há variadas discussões doutrinárias, científicas, sobre o assunto a justificar a visão de mundo que examina o tema à luz do aparelhamento estatal. Mas há, a par dessa realidade, uma cultura que busca o valor contido na expressão, que é protegido constitucionalmente como direito individual. Acesso à Justiça é direito-garantia individual, não podendo ser desconhecido ou ter seu sentido desvirtuado. Há uma ordem natural que precisa ser identificada para melhor tratamento do princípio.

O cuidado com o tema e com o sentido que deve ser considerado ao ler a expressão "acesso à justiça" é, pois, de maior relevância à ciência jurídica, posto que envolve a consideração sobre a legitimidade dos instrumentos que buscam a pacificação social. Portanto, o presente estudo propõe um passo atrás. Tratar de acesso à justiça como se fosse o mesmo que acesso ao Judiciário condiciona o exame do *justo* ao exame de uma decisão judiciaql. Esta limitação do olhar crítico fulmina a consideração de quaisquer mecanismos *alternativos* de solução de controvérsias como promoção do acesso à justiça ao pensar que somente o Poder Judiciário legitima o justo. Seria levantar uma bandeira de apoio a algo que não se sabe bem do que se trata.

E o que é a *justiça* do *acesso à justiça*? Uma questão aparentemente banal é fundamental para a análise de questões de pluralismo jurídico e de garantia dos valores constitucionais estabelecidos. Por isso, voltar um passo. Partir das premissas que formam o conceito tão assente, mas pouco refletido como o "acesso à justiça" é o caminho mais legítimo para se pensar em evoluções e melhor tratamento das questões processuais.

Compreender o que é justiça não é uma necessidade só de agora. Talvez seja uma das questões mais antigas da filosofia. E, até a contemporaneidade a questão parece em aberto. Observa-se uma ampla variedade de sentidos para a palavra. Em Hart, encontramos uma crítica do sentido de justo ligado tanto ao termo *jurídico* como à moral*:*

.

> Os termos usados com mais freqüência pelos juristas para elogiar ou condenar o direito ou a administração dele são as palavras "justo" e "injusto" e, muitas vezes, eles escrevem como se os conceitos de justiça e de moral coincidissem. De fato, existem razões muito fundadas para atribuir à justiça uma posição bastante proeminente na crítica das instituições jurídicas: todavia, é importante perceber que ela é um setor separado da moral e que as normas jurídicas e a administração destas podem ser aprovadas ou desaprovadas de maneiras diferentes. Uma reflexão bastante breve sobre alguns tipos comuns de juízo moral é suficiente para mostrar esse caráter especial da justiça. (*apud* MAFFETONE, 2005, p.351).

A complexidade do tema é percebida no próprio dicionário. Numa pesquisa rápida, encontramos sinônimos sugeridos para a palavra justiça, sendo:

> 1. Conformidade com o Direito; 2. Vontade permanente de dar a cada um o que é seu; 3. Acto de dar ou atribuir a cada qual o que por direito lhe pertence: *fazer justiça a alguém;* 4. Faculdade de premiar ou punir, segundo o Direito; 5. Direito escrito; 6. Alçada; 7. Magistratura, conjunto dos magistrados e pessoas que servem junto deles: a *respeitabilidade da justiça;* 8.Inocência primitiva, antes do pecado do primeiro homem. (Lat. *justitia*). (http://www.dicionarioweb.com.br/justi%C3%A7a.html)

Optou-se mesmo por indicar um dicionário geral, não-jurídico, para indicar os inumeráveis sinônimos da expressão *justiça*, haja vista assim ser melhor percebida, sem pretensão acadêmica, a amplitude semântica estabelecida. Certamente, um dicionário de política ou de filosófica fará a devida conformação dos sentidos à esfera estatal-jurídica. Parte-se, então, de um leque variado de concepções neutras para, através do funil do Direito, o tema ser construído jurídica e processualmente.

Como se está a dizer, a palavra sugere desde um valor (*inocência primitiva*) a uma instituição (*magistratura*), passando por ordenamento jurídico (*direito escrito*) e por instâncias de recurso (*alçada*). De certa forma, esses pontos de vista serão aqui examinados. O sentido de justiça como um valor, relacionado à moral e à virtude é o mais discutido no campo da filosofia, e ainda aqui há uma variedade enorme de opiniões. E como diz Chaïm Perelman (1996, p.8),

> se nos dissermos que faz milhares de anos que todos os antagonistas, nos conflitos públicos e privados, nas guerras, nas revoluções, nos processos, nas brigas de interesses, declaram sempre e se empenham em provar que a justiça está do seu lado, que se invoca a justiça todas as vezes que se recorre a um árbitro, perceberemos imediatamente a incrível multiplicidade dos sentidos que se atribuem a essa noção, e a confusão extraordinária que é provocada por seu uso.

Os significados *direito*, *Poder Judiciário*, *procedimentos* são usados como premissas para outras discussões, mas não são investigados primariamente como sinônimos da expressão *justiça.* Obviamente, estes serão também examinados no capítulo seguinte, posto que é junto à instituição *Judiciário* com o *processamento* do *direito* que o ideal de justiça é em grande parte concretizado.

Não obstante o termo acesso à justiça ter um sentido bem ligado a esse tratamento judicial do bem da vida, a expressão unitária *justiça* já se vincula muito mais à ideia de um valor fundamental, surgindo, para tanto, inúmeras teorias de justiça (*equidade*; *bem-estar*; *reconhecimento*).

São comuns, por exemplo, os seguintes princípios decorrentes do ideal de justiça: i) *a cada qual a mesma coisa*; ii) *a cada qual segundo seus méritos;* iii) *a cada qual segundo suas obras;* iv) *a cada qual segundo suas necessidades;* v) *a cada qual segundo sua posição;* vi) *a cada qual segundo o que a lei lhe atribui* (PERELMAN, 1996, p.9). Em cada diretiva uma questão de fundo que é pressuposta, sendo descrita em termos relativos a uma época, uma cultura, uma ideologia.

Outrossim, apesar da variedade de tratativas, um consenso existe na contemporaneidade e é o que remete a noção de justiça à ideia de igualdade. Esse seria o valor-base, inalterável da justiça abstrata, geral, que, como alguns teorizaram, convive com uma ideia particular sobre a aplicação da premissa maior. Chaïm Perelman (1996, p.18), por exemplo, expõe um sentido formal ou abstrato e um sentido concreto ou particular de justiça. O primeiro seria a fórmula comum - *os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma* - e, posto que esta fórmula contém um elemento indeterminado, uma variável – *como se reconhece a igualdade?* - abre-se espaço para diferentes concepções particulares e gera as infindáveis controvérsias.

A partir de cada uma dessas teorias, deparamo-nos, ainda, com outras variáveis, relacionadas ao uso da justiça, tal como identifica Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves, ou seja, pode ainda significar:

> a) um parâmetro para a tomada de decisões; b) um critério para a produção de normas; c) um critério para a aferição da legitimidade e da validade de normas e decisões; d) um princípio norteador da organização e da ordenação da sociedade; e e) um parâmetro para a definição, elaboração e consecução de políticas públicas. (2011, p.10)

Seja qual caminho percorrer, é de se concordar com Chaïm Perelman (1996, p.7), onde se lê que “dentre todas as noções prestigiosas, a de justiça parece uma das mais

eminentes e a mais irremediavelmente confusa". Nestes termos, o que há de seguro é a pluralidade de entendimentos. Com isso, abre-se espaço para o debate que posiciona a justiça no contexto pós-liberal e multicultural, e que alberga a validade dos movimentos sociais e do pluralismo das instituições no fazer o direito e promover a sociedade.

A partir de então, buscar-se-á ampliar o entendimento sobre acesso à justiça, especialmente de acordo com o entendimento de Michael Walzer (2003, p.429), para o qual "a justiça é relativa aos significados sociais".

3.2 Acesso à justiça sob o ponto de vista interno: técnica

A temática, como ressaltado, envolve variados aspectos. Observando "acesso à justiça" sob o ponto de vista interno do processo civil, isto é, considerando o tratamento pelo Judiciário das lides que lhe são submetidas, percebe-se, que as reformas constitucionais e legislativas tendentes a promover com maior efetividade um devido processo legal à população estão em franca ascensão.

Já foi observado que o processo civil pensado num contexto liberal de proteção do indivíduo, sua propriedade e liberdade, tornou-se estagnado em razão justamente da mudança de paradigmas e de demandas que lhe são inerentes.

A reforma começa pela Constituição Brasileira de 1988, que desenha um Estado Democrático de Direito Social e, também, sob o ponto de vista processual, traça diretrizes e estabelece princípios a serem observados pelo agir legislativo e judiciário. Em termos de garantias processuais constitucionais, mister se faz a sua leitura com base nessa dogmática da ordem política vigente. Assim, a técnica legislativa e a judiciária, cada uma a seu nível, equacionalizam o estamento constitucional que hoje proclama com maior intensidade valores de ordem plural, individual, coletivo e difuso em variadas esferas de proteção.

Destaque para a Emenda Constituição 45/2004 que inseriu na Constituição temas significativos como a garantia da duração razoável do processo; a federalização das violações aos direitos humanos; a súmula vinculante; a repercussão geral da questão constitucional como pressuposto para a admissibilidade do recurso extraordinário; e os Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público (PINHO, 2012). Observa-se que na medida em que se reconhece uma dialética entre o texto e as ações tomadas para que seja implementado o texto, novos textos, com caráter modelador (ou aparador de

pequenas arestas), são também inseridos no sistema. A Emenda 45/04 é um exemplo dessa realidade, oriunda de uma necessidade de adequação do sistema processual ao volume de demandas proporcionado pela própria Constituição.

Neste ponto que se pensa o acesso à justiça, não só pelo aspecto numérico, posto que triagem processual não é acesso. O sentido da expressão "atendimento" vai desde a triagem, ou distribuição do feito, até a realização efetiva do direito material litigado com o respectivo retorno à pacificação social. Ou ainda, desde que atendidos estes mesmos objetivos, de pacificar, pode-se então vislumbrar na instrumentalidade das formas, até mesmo estranhas ao processo judicial, a realização do direito *justo.*

De qualquer modo, e do ponto de vista estritamente interno para maximização da forma processual, a partir das alterações no núcleo fundamental constitucional, as normas infraconstitucionais vão surgindo para completar o ciclo de reformas tendentes à melhoria dos resultados.

São reformas que, do ponto de vista interno da processualística civil, visaram promover melhor acesso, pelo melhor resultado. Ao lado delas, destaque para o projeto de lei de um novo Código de Processo Civil, com uma proposta ampliada de movimento reformatório com vistas à sistematização das suas normas dentro de um método que propicia maior visibilidade do ponto de vista externo, e tende à efetividade, se se considerar finalisticamente o tratamento das demandas. O acesso à justiça sob o ponto de vista da técnica, voltada esta para o atendimento das finalidades processuais, através das inúmeras reformas legislativas, enfrenta nova etapa, que desembocará em breve num novo código.

Está-se diante do cuidado com a *forma*, mas vista esta sob a ótica de *instrumento* na realização do direito e sua justiça. Assim é que o apuro técnico tem se revelado de grande preocupação com o processo, que tem por escopo a realização mais perfeita possível do direito material. O enfoque dado à forma neste contexto é *valorativo.* São abandonadas concepções da forma como um fim em si mesmo, e do direito processual independente do direito material – pensado aqui não pelo ângulo da sua metodologia de compreensão, mas em prol de um rompimento com seu verdadeiro escopo.

A abordagem sobre o *formalismo-valorativo* é especialmente construída por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006), segundo o qual a expressão remete a soluções para o conflito entre o formalismo excessivo e justiça. A partir da célebre frase de Rudolf von

Jhering, "a forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade", o doutrinador pátrio promove a defesa do formalismo processual controlado, que veda um processo organizado discricionariamente pelo juiz, mas que é orientado finalisticamente.

Ainda, uma consideração é feita. O processo é cercado de valores culturais que são empregues na ligação que se dá entre o *ser* e o *dever-ser*, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos da vida criados, apreendidos e transmitidos pelos membros da sociedade, sendo mesmo expressão desta. Com efeito, destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

> o processo não se encontra *in res* natura, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são ahistóricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, sem suma.(2006, p.10)
> (...)
> Daí a ideia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social. (2006, p.12)

A forma, nascida culturalmente de uma escolha social, vincula-se à uma finalidade processual. O formalismo exacerbado – formalismo estéril nos dizeres de Bedaque (2006, p.32) - contribui para a demora no processo e inviabiliza a efetivação da tutela jurisdicional. De se questionar o número expressivo de processos que se encerram sem apreciação do mérito. Com isso, frustram-se esperanças, além dos desgastes de ordem material, como dinheiro e tempo.

Ainda é lembrado por Bedaque (2006, p.32) que no direito antigo *processo* e *forma* eram tidos por sinônimos, não existindo qualquer consideração pensada em termos de resultado, sendo essa preocupação mais recente, ligada ao desenvolvimento da sociedade, com o crescimento e complexidade das relações comerciais e das lides. E sintetiza:

> Será que não está na hora de repensarmos o fenômeno processual, do ponto de vista da técnica? Não existem ainda resquícios do tecnicismo, com manifestações, muitas vezes inconscientes, de amor obsessivo aos valores do próprio processo, que acabam prevalecendo sobre o fim pretendido e representado pelo resultado produzido no plano substancial? Não estaria a ineficiência do processo ligada – em grande parte, pelo menos – à má aplicação das regras destinadas a regular seu desenvolvimento ordenado? Não há, por parte do processualista, visão excessivamente formalista do fenômeno processual, que outra coisa não é senão método destinado à solução de litígios? Não estaríamos

> valorizando demasiadamente as formas e os meios, em detrimento do objetivo visado? (2006, p.77)

Hoje, merece destaque o *princípio* da *instrumentalidade das formas*, para que haja o máximo aproveitamento do instrumento, bem como o *princípio da adaptabilidade* que, do ponto de vista da atuação do magistrado, lhe permite amoldar o processo aos contornos reais da lide posta em juízo, possibilitando, inclusive, a realização de atos diversos daqueles previstos na lei, porém de constatada utilidade aos objetivos do processo. Ambos os princípios empregados neste contexto de movimento renovador do processo civil que tem essa preocupação com a técnica e com a forma.

Luiz Guilherme Marinoni (2010), em sentido aproximado, também defende o princípio da adaptabilidade como sendo indispensável para analisar a realidade social, portanto a substância sobre a qual o procedimento incide. E arremata:

> Toma-se, aqui, a ideia de procedimento diferenciado em relação ao procedimento ordinário – esse último instituído sem qualquer consideração ao direito material e à realidade social. Existindo situações de direito substancial e posições sociais justificadoras de distintos tratamentos, a diferenciação de procedimentos está de acordo com o direito à tutela jurisdicional efetiva. (MARINONI, 2010, p.147).

É bem verdade que esses princípios refletem uma mudança de paradigmas na seara processual. O emprego do formalismo exagerado está bem ligado à ideia de *princípio dispositivo*, que concebe plena liberdade às partes para atuarem em duelos jurisdicionais.

O contexto atual prima pelo parâmetro *publicista*, no qual o Estado resgata sua função jurisdicional de forma plena, não apenas com a palavra final nas questões processuais, mas ainda no agir e conduzir o processo. Justifica-se, portanto, os princípios derivados da *instrumentalidade das formas*, da *adaptabilidade do procedimento*, dos *poderes instrutórios do juiz.*

Ao mesmo passo, neste novo cenário, do magistrado são redobradas as exigências sistêmicas para demonstrar sua imparcialidade, agora envolta a uma atuação mais dinâmica na esfera processual. Juiz imparcial não significa juiz neutro. E postulados antigos passam a assumir importância capital, como o *dever de motivação das decisões.*

Além desta questão da imparcialidade e do juiz natural, não se pode deixar de comentar que todo esse agir em prol da efetividade e da própria finalidade do processo,

acaba por retomar o acirrado debate que considera sopesar valores que importam à dinâmica processual, estando, de um lado, a busca pelo *resultado célere*, encontrado em um processo moldado para o caso concreto, e, de outro, a necessidade de se assegurar a *segurança jurídica*, com o amplo acesso à justiça, através das formas de realização da ampla defesa e do devido processo legal.

Realmente, o discurso novo, voltado contra as formas exageradas e desprovidas de finalidade, defende a eliminação dos excessos e a simplificação dos atos e fases do processo, visando um resultado mais célere. Isso parece esbarrar na segurança jurídica, que exige cautela no tratamento da questão processual e da prática dos atos assecuratórios do contraditório e da ampla defesa.

Defende-se a busca pela razão prática da forma, sempre aliada ao referencial do princípio maior do devido processo legal. Neste sentido devem ser empregados os meios para evitar a morosidade sem comprometer a segurança. Inclusive, e lembra Bedaque (2006, p.48) que quanto mais célere o processo, até mesmo o uso das tutelas de urgência passa a ser mitigado já que o resultado útil é proporcionado pela cognição exauriente da decisão final de mérito, em pronto atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A celeridade aqui vista em consonância com o garantismo processual, portanto.

Especialmente, é o agir estatal diante do processo que se destaca. Sob o ponto de vista interno, a grande preocupação é com a técnica, tanto da que é possibilitada pelas inovações e reformas legislativas, como pela instrumentalidade manuseada pelo órgão julgador e pelas partes no processo. Em todos esses aspectos, a prioridade está no resultado – abrem-se as portas do Judiciário, adota-se o melhor caminho procedimental, atuam as partes de maneira ética e em cima dos valores processuais constitucionais, e o resultado é proporcionalmente justo ao que foi pedido e ao que foi tratado. O ponto de vista interno é o da maximização do sistema processual.

3.3. Acesso à justiça e policentrismo processual

Visto que o direito à tutela jurisdicional efetiva integra a compreensão do acesso à justiça numa abordagem interna da processualística, e que, por isso, passa a ser "fundamental verificar a partir de que lugar o procedimento deve ser formatado" (MARINONI, 2006, p.146), passa-se a concentrar a análise em outro aspecto também da

terceira onda renovatória do acesso à justiça, a saber, a efervescência dos meios alternativos e coexistenciais de solução de controvérsias.

Esse movimento se fortalece com a conhecida crise do Poder Judiciário, vivenciada a partir da segunda metade do século XX, a partir da crescente judicialização da política e das questões sociais com seus cada vez mais complexos conflitos.

Os chamados *Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASC's*[3] surgem como forma de tutela jurisdicional diferenciada, em oposição aos procedimentos clássicos do processo civil tradicional. A grande bandeira desses métodos é lastreada na técnica que incentiva e promove a *conciliação*[4], pela defesa da pacificação social efetiva. De outra ponta, mas no mesmo sentido, os MASC's também promovem a autonomia dos indivíduos e a diminuição da intervenção estatal nas lides. Em conformidade com o pensamento de Boaventura de Sousa Santos (2005), esses meios alternativos tem por unidade de análise o *litígio* (e não a norma) e por orientação teórica o *pluralismo jurídico.* Portanto, são instrumentos próprios das sociedades contemporâneas e complexas, e refletem mesmo a *democratização* da sociedade, correspondendo a opções outras face ao direito estatal e aos tribunais oficiais.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) é notório pesquisador dessa temática e traça os principais aspectos dos MASC's: "caracterizam-se pela ruptura com o formalismo processual; pela possibilidade de juízos de equidade, (...) bem como pela celeridade e confidencialidade" (p.48).

Certo é que os MASC's não geram uma ruptura jurisdicional, do ponto de vista formal, haja vista a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional estatal. Assim, a palavra "alternativos" está mais para a autonomia do indivíduo em relação às suas escolhas pela resolução de conflitos.

[3] Dos Estados Unidos foi importada a sigla ADR – *Alternative Dispute Resolution* em inúmeras ocasiões mais conhecida que a equivalente em português.

[4] A conciliação também é uma forma de composição endoprocessual. Observa-se que o Código de Processo Civil a menciona como um dever fundamental do juiz (art. 125, IV), além da sua previsão específica na audiência preliminar, que tem esse objetivo precípuo (art. 331) e na própria audiência de instrução e julgamento (art. 448) como uma primeira etapa a ser ali tentada. Também encontra-se a promoção da conciliação, tipicamente, nos dissídios trabalhistas com as *Juntas de Conciliação Prévia*, além da construção como um princípio nos juizados especiais, e até mesmo em questões que envolvem interesse coletivo, como a previsão de convenção entre fornecedores e consumidores. A conciliação não é típico meio de solução alternativa, mas ali está seu objetivo maior, haja vista a solução das controvérsias ali primar pelo consenso. bandeira maior.

O modelo brasileiro de jurisdição estatal reflete esse monopólio da última palavra, de forma a contarmos com o controle do órgão judicial sobre as questões de direito que perpassam pelas tratativas humanas, inclusive quando se opta por essa vias *alternativas* de soluções das controvérsias. Da mesma forma, a existência de tribunais não-jurisdicionais não significa dupla jurisdição, permanecendo o controle judicial dos atos privados, administrativos e legislativos. Neste sentido, também esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso (2004):

> ...por opção jurídico-polícia de remota tradição, entre nós a distribuição da justiça (i) é monopolizada pelo Poder Judiciário, e nesse sentido se diz que nossa justiça é *unitária*, não dividindo espaço com o contencioso administrativo, como ocorre alhures; (ii) é exercida exclusivamente pelos órgãos arrolados em *numerus clausus* no art. 92 da CF, implicando, *a contrario sensu*, que os demais órgãos decisórios (Tribunais Arbitrais, de Impostos e Taxas, de Contas, Desportivos, Juntas, Comissões e Conselhos diversos), se é verdade que decidem os processos de sua competência, todavia não o fazem de modo a agregar a tais decisões a *auctoritas rei iudicatae*, sendo esta nota (a estabilidade *endo* e *panprocessual*) o que singulariza a *função judicante*, propriamente dita. (MANCUSO, 2004, p.13)

Ao mesmo tempo, apesar dessa constatação organizacional da *justiça* brasileira, o fato social, e também jurídico, de um *pluralismo*, acaba por desembocar numa diversidade de meios também na esfera processual, a apontar variáveis de jurisdição que atendem ao escopo de pacificação social tão ou melhor que a via estatal.

A constatação das novas vias de ação para a solução de problemas do Estado contemporâneo, bem como a identificação de outros focos de poder emergindo dos núcleos sociais, nos dizeres de Valentin Thury Cornejo (2002) habilita a busca de novas soluções pontuais, numa aplicação das relações entre *casuísmo e sistema*, próprias da metodologia científica contemporânea.

Daí, uma questão apontada por Delton Ricardo Soares Meirelles (2007) merece destaque. Em relação ao debate sobre os fundamentos desses meios alternativos, identifica-se a questão sobre qual seria o papel dos MASC's: "garantir uma maior legitimidade da jurisdição estatal ou satisfazer aos objetivos de redução do Estado?" (p.72). O autor destaca que sob uma perspectiva weberiana, "os Estados modernos somente puderam construir sua dominação política a partir da apropriação do poder decisório" (2007, p.75). O que poderia vir a significar uma diminuição do poder estatal com a legitimação dos

meios alternativos de solução de controvérsias, podendo representar, inclusive, o berço de um sistema opressor.

Obviamente que o volume de processos, o inchaço do judiciário, a morosidade procedimental acabam por contribuir com movimentos que defendam alternativas à jurisdição. Nascem, a partir daí núcleos privados de conciliação, que integram um contexto amplo de "privatização" das funções estatais que, inclusive, se pauta em critérios de equidade, não somente direito escrito, para condução das conciliações.

Convém destacar que para José Carlos Barbosa Moreira (2001) esse entendimento sobre a privatização das funções estatais deve ser reconsiderado. O processo não se privatiza, ao contrário, cuida-se de atividades privadas que são agora revestidas de um manto publicístico – "o caso é antes de publicização da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de privatização" (2001, p.11)

Em sentido semelhante, Diogo de Figueiredo Moreira Neto infere que este novo contexto afasta de vez "a confusão persistente entre *monopólio da jurisdição*, de sentido coercitivo, e *monopólio da justiça*, em que a força do consenso das partes em conflito é que conduz à fórmula de composição" (2008, p.120).

Não se pode deixar de considerar que a garantia do acesso ao Judiciário é compreendida como a melhor opção para os litígios travados entre indivíduos que estejam em posição processual desigual, haja vista a própria condição fática de ordem social e econômica, como as lides das relações empregatícias, consumeiristas, locatícias, dentre outras que somam a hipossuficiência na balança. Para estas, em a maioria das ocasiões, não se recomenda alternativas jurisdicionais. Somente para aqueloutras em que a igualdade dos pólos é identificável.

A inovação do ordenamento jurídico para os métodos alternativos foi dada com a Lei n.9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem. O juízo arbitral, hoje identificado como *jurisdição não-estatal*, importa renúncia à via judiciária, mas a ela se equivale. As partes confiam a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder Judiciário. É, portanto, um procedimento voluntário.

O mecanismo de arbitragem se fortaleceu especialmente após o reconhecimento de sua legitimidade pelo próprio Poder Judiciário. Legitimidade reconhecida no sentido de exclusivo meio de decisão de mérito, uma vez eleito entre as partes em sua autonomia da vontade. Em certas ocasiões, manobras das partes que se sentiam contrariadas tentaram

desqualificar a arbitragem buscando a instância judicial sobre o argumento da "inafastabilidade do controle jurisdicional" (art.5º, inc. XXXV, CF/88).

Não obstante, a Lei 9.307/96 possibilita o controle jurisdicional da validade da cláusula compromissória e até o processamento do compromisso arbitral para que se dê continuidade à arbitragem, uma vez que é um negócio firmado entre pessoas capazes e sobre questões de direitos patrimoniais disponíveis. O Poder Judiciário compreende bem os MASC's e é importante difusor destas práticas, haja vista reconhecer a legitimidade de suas práticas, sendo contido em relação ao exame do mérito dos processamentos[5]. A

[5] ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEI 9.307/96 – LEI DE ARBITRAGEM. APLICAÇÃO IMEDIATA. CONTRATO CELEBRADO ANTES DE SUA VIGÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CLÁUSULA CONTRATUAL DE ARBITRAGEM. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. SENTENÇA MANTIDA POR NOVO FUNDAMENTO, ORA REFORMADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A Corte Especial deste STJ, por ocasião do julgamento da Sentença Estrangeira 349/EX, de relatoria da Min. ELIANA CALMON (DJ 21/5/07), pacificou entendimento no sentido de que as disposições contidas na Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos em que estiver incluída cláusula arbitral, inclusive naqueles celebrados anteriormente à sua vigência, ante a natureza processual da referida norma. Naquela oportunidade, S.Exa. confirmou orientação consagrada no REsp 712.566/RJ (Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ 5/9/05) e na SEC 5.847-1, do Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 17/12/99). 2. Colhe-se do voto condutor da Min. NANCY ANDRIGHI no REsp 712.566/RJ, que : "... com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito". Assim, "impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata". Ademais, "pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial. Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923". 3. Não prosperam os argumentos expendidos pela empresa recorrida, na medida em que: a) o recurso especial não encontra óbice na Súmula 5/STJ, porquanto não se trata de interpretar as Cláusulas Contratuais 6.2 e 6.3, mas analisar os efeitos temporais da Lei de Arbitragem, impondo, ou não, sua aplicação aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência; b) também não incidem as Súmulas 282, 283 e 356/STF, uma vez que os temas relativos à existência no contrato de cláusula de arbitragem e atinentes à prescrição foram devidamente prequestionados na instância de origem, assim como todos os fundamentos essenciais do acórdão recorrido, inerentes a essa questão, foram impugnados na petição recursal; e c) houve a correta comprovação da divergência jurisprudencial, inclusive com a juntada de acórdãos paradigmas que demonstravam a similitude fática entre os casos confrontados. 4. Lado outro, as referências superficiais constantes das notas taquigráficas em relação a efetividade das cláusulas contratuais de arbitramento à hipótese, o foram de forma meramente incidental e concisa, verdadeiro obiter dictum, não integrando o decisum, este, sim, representado pelo voto claro e preciso do relator em seu fundamento nuclear, qual seja, a não aplicação da Lei de Arbitragem ao caso por ter sido o contrato celebrado anteriormente à sua vigência. 5. Uma vez reformado o acórdão recorrido, e impossibilitado a este Tribunal Superior examinar cláusulas contratuais, por óbice da Súmula 5/STJ, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para pronunciamento explicito quanto ao fundamento primordial adotado na sentença de procedência, afastando, assim, inclusive, eventual risco de supressão de grau jurisdicional, diante da dúvida, plausível, quanto ao exame, ou não, de tal aspecto pelo TRF2. 5. Recurso Especial parcialmente provido para afastar o fundamento da irretroatividade da Lei de Arbitragem ao contrato celebrado anteriormente à sua vigência e determinar o retorno dos autos ao TRF2 para novo julgamento do recurso de apelação, no ponto em foco. Prejudicadas demais questões. (STJ, REsp 933.371/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/10/2010)

súmula 485 do STJ representa bem essa ideia: "a lei de arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição".

Hoje muito usada em atividades empresariais, a arbitragem representa segurança jurídica, o que acaba por fortalecer investimentos no país. Busca-se com ela uma solução célere e eficaz, alternativa ao Judiciário.

Outro mecanismo sempre associado à arbitragem, mas que dela se distancia em termos de natureza jurídica e processamento, é a mediação. Embora não haja um veículo legal específico sobre o tema, a mediação é técnica antiga, sendo lembrada a Constituição do Império, de 1824[6], como primeiro marco da mediação. Trata-se de composição voluntária de conflitos onde os interessados buscam a necessária intervenção de um terceiro imparcial, sem interesse direto na demanda. Esse terceiro, o mediador, não tem poder jurisdicional, portanto sua tarefa maior é o auxílio na composição voluntária.

Pode-se pensar em mediação extra ou endoprocessual. Neste segundo aspecto está mais relacionada ao termo *conciliação*, tal como previsto nos procedimentos do juizado especial (art. 98, I, da CF/88) e com as Juntas de *Conciliação* da Justiça do Trabalho (CLT, Decreto-Lei 5.452/43, arts.650-653), além da previsão genérica no próprio Código de Processo Civil, ao mencionar o dever do juiz de buscar a *conciliação* (art. 125, II, do Código de Processo Civil).

Especificamente cuidando da expressão *mediação*, cita-se a lei que regula o direito de participação nos lucros dos empregado (Lei 10.101/2000), que a prevê ao lado da arbitragem.

A conciliação está mais para um *agir finalístico*, ao passo que a mediação é verdadeiro instituto autônomo que tem por objeto a conciliação, mas de uma forma destacada de outros meios de solução de controvérsias. O mediador, como o árbitro e o juiz, é pessoa dotada de imparcialidade, mas não há investidura, nem função jurisdicional de dizer o direito a par da vontade dos litigantes. Como ressalta Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

> o papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas,

[6] Constituição de 1824. 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.

> ao conduzir as partes à suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas. (2005, p.107)

O instituto vem se fortalecendo a cada dia, especialmente nos casos em que as relações são duradouras e envolvem trato continuado, como questões de vizinhança e de família. A mediação é prática típica de uma sociedade pluralista e complexa.

Os citados e tradicionais institutos de solução de controvérsias, alternativos a jurisdição estatal, estão inseridos num fenômeno jurídico maior acontecendo na contemporaneidade e que incide na reformulação de todo o processo civil em torno do valor de pluralismo jurídico. O cenário reflete num policentrismo processual com o descobrimento de nichos de realização do direito que não integram a estrutura do Poder Judiciário. Não apenas arbitragem e mediação - meios clássicos em sua alternatividade, e de suma importância no pioneirismo das técnicas processuais extrajudiciais.

Observa-se uma ampliação da diversidade dos focos de processamento jurídicos, a se pensar na ampliação mesma do sentido do princípio do devido processo legal. Em termos de pluralismo, o Judiciário se contém, ao passo que o processo se expande. Por isso, entende-se equivocado o uso da expressão “extraprocessual” quando se está a referir a procedimentos “extrajudiciais”. Definitivamente, não são termos sinônimos.

Partindo dessa premissa plural das variadas ordens jurídicas, todas *justas* do ponto de vista particular de um nicho social, acesso à justiça deixa de ser uma questão de acolhimento por um determinado órgão estatal com poder jurisdicional para se tornar uma questão de diversidade de *locus* e procedimentos e, mais ainda, de possibilidades de realização efetiva de valores.

A cultura do policentrismo está disseminada em toda ordem. Dentre os tipos de processos, destaque também para o administrativo. No sistema de direito público, o estudo do *ato administrativo* cede lugar ao *processo administrativo.* Neste sentido, registra Odete Medauar (2008) um novo eixo do próprio direito administrativo, onde o desenvolvimento da dialética vem contribuir como propulsor do fortalecimento de uma processualidade administrativa.

Em se tratando de processualidade administrativa, já se estabeleceu uma diferença entre *órgãos de justiça, órgãos judicantes* e *órgãos jurisdicionais* (XAVIER, 1997, p.294). Dentre os primeiros estão todo aquele que tem por função a aplicação objetiva da lei, com imparcialidade, visando à realização do interesse público; em relação aos segundos,

acrescenta-se que são órgãos com especialização funcional, no sentido de uma competência ligada à revisão de atos; e por fim, os órgãos jurisdicionais são aqueles integrados ao Poder Judiciário, com a devida independêncial orgânica.

Para Alberto Xavier (1997, p.294), a natureza de *órgão judicante* conferida à autoridade administrativa já implica numa imparcialidade que torna o processo administrativo triangular, do ponto de vista das partes, tal qual o processo judicial. A visão da Administração Pública como parte e autoridade julgadora ao mesmo tempo é, assim, desmistificada, pois que passa a ser "autoridade recorrida".

O cenário é propício ao estabelecimento de um movimento chamado de *desjudicialização,* onde temas são subtraídos da apreciação judicial para serem entregues à instâncias administrativas.

Há um sentido lato da expressão *desjudicialização* que se relaciona a todo esse contexto de vias alternativas à solução de controvérsias. Mas, num sentido estrito do termo, *desjudicialização* significa sair do Judiciário, portanto, retirar da sua apreciação temas, que antes eram de sua competência exclusiva, para se transferir o processamento para outros atores.

O nome ganhou notoriedade com a Lei n.º 11.441, de 04 de janeiro de 2007 e que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Esse desafogar do Poder Judiciário provocou de certa maneira uma revolução nos procedimentos e nas discussões sobre o tema. Afinal, o que até então só contava com o método judicial passou a ser admitido na via extrajudicial também.

A ideia de simplificar o procedimento, com busca a uma maior economia processual é inerente ao devido processo legal. O uso da técnica, como visto, de modo a valorar a forma para uma aplicação finalística, integra as grandes preocupações dos reformistas em termos de lei processual civil. O sistema de recursos, o uso das liminares, o julgamento antecipado da lide, não deixam de estar inseridos neste contexto de enxugamento do procedimento com vistas a um melhor resultado e a uma duração razoável.

Em determinados setores, como dos litígios coletivos, técnicas extrajudiciais já fazem parte do seu processamento, sendo destaque as audiências públicas e os compromissos de ajustamento de conduta.

A novidade de agora, porém, está no fato de não se tratar de uma fase, mas de todo o procedimento sendo subtraído do exame judicial, e ainda, para ser transplantado para a esfera administrativa. De se pensar, sempre, no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O princípio do devido processo legal é também merecedor de análise nesta discussão quando se levanta a hipótese de desjudicializar toda uma fase de execução do processo, haja vista ser considerada uma etapa material, sem cognição, repleta de atos administrativos, executórios apenas. A par do reconhecimento da presença do contraditório nesta etapa, este estaria mais relacionado à observância da estrutura da execução, e não ao *conhecer o direito.* Fala-se em desjudicializar a execução fiscal, existindo mesmo um projeto de lei neste sentido[7] e, neste aspecto, discute-se a aplicação do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988, o qual assegura que "niguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Com estas hipóteses de desjudicialização, o debate que se sobressai é o de identificação dos limites da exclusividade da função judicial. Essa inovação chama a atenção para o papel do Judiciário em termos principiológicos. Devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional, acesso à justiça são princípios consagrados constitucionalmente e voltados ao processo civil. O contexto e o princípio do pluralismo jurídico, por seu turno, faz expandir o próprio alcance da processualidade, que não se resume aos procedimentos do Código de Processo Civil – de se retomar o entendimento de que processo civil é, por exclusão, o que não é processo penal.

Em sentido aproximado é a lição de Dierle José Coelho Nunes, que pensa o processo como mais um instrumento da democracia, independentemente do *locus* de processamento, *in verbis:*

> O processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades sobre-humanas. Com o fortalecimento do constitucionalismo, alguns teóricos começaram a perceber no processo algo além de um instrumento técnico neutro, uma vez que se vislumbra neste uma estrutura democratizante de participação dos interesses em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público. Passa, então, o processo a servir de baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, chegando, mesmo, a normatizar os provimentos privados. (2010, p.7.546-7.547)

[7] Projeto de Lei n.º 5.080/09 de autoria do Poder Executivo e tramita perante a Câmara de Deputados.

A exemplo da processualidade administrativa, dos mecanismos de desjudicialização e dos tradicionais meios alternativos de solução de controvérsias, identifica-se na contemporaneidade o policentrismo das decisões juspolíticas, o que passa a compor o núcleo fundamental de acesso à Justiça nesta atual onda renovatória do processo.

Nesse sentido, Cappelletti:

> A velha concepção, 'tolemaica', consistia em ver o direito sobre a única perspectiva dos 'produtores' e de seu produto: o legislador e a lei, a administração pública e o ato administrativo, o juiz e o provimento judicial. A perspectiva de acesso consiste, ao contrário, em dar prioridade à perspectiva do consumidor do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades a instância e aspirações dos indivíduos, grupos e sociedades, os obstáculos que se interpõem entre o direito visto como "produto" (lei, provimento administrativo, sentença) e a justiça vista como demanda social, aquilo que é justo. (1991, p.156).

Como se buscou deixar claro, esse novo contexto não significa ruptura com sistema processual, pelo contrário, está neste consagrado. A observância das garantias processuais estão presentes nestes centros de realização de conciliações e de institucionalização dialética de culturas. Ao fim, tem-se a própria promoção da Constituição.

3. Conclusão

O ideal de *justiça* ínsito a um sistema político indica o valor fundamental de um Estado, sendo imperativo traçar um enfrentamento político para sua promoção, seja pensando em estrutura, organização, seja nas relações políticas. A definição e condução de pautas sóciopolíticas são baseadas em máximas de justiça assentadas na cultura de uma sociedade identificada. A organização do Estado é feita sob os fundamentos desses paradigmas e os conflitos são processados, em regra, na instância judicial, onde são alvo de debates a aplicação destes valores fundamentais, as premissas maiores, a moral positivada e a justiça-síntese. É no Poder Judiciário que se realiza a arena de embates sobre princípios de direito, o que traz uma visibilidade maior para essa instituição em termos de aparelhagem estatal, posto que é detentora do poder de dizer o direito através do exercício da jurisdição.

Neste aspecto, Judiciário (instância de decisão) e Justiça (valor intrínseco no direito) se confundem como parte de um todo, merecendo a correta separação, conforme em parte relatado no capítulo anterior. *Justiça* não pode ser considerada um local, nem uma

instituição. A expressão *acesso à justiça* pode até significar *acesso à uma decisão,* mas não *à uma instituição*. Aproximam-se os institutos, sendo, porém, um, sujeito e, outro, finalidade.

O enfoque dado ao Poder Judiciário como garantidor da justiça é relevante porque se trata de um dos atores de promoção de um ideal político de relações jurídicas, inclusive com a incumbência de decidir questões polêmicas e em última instância. A condução judicial de certos assuntos políticos feita de forma desarrazoada e desvinculada do ideal político vigente na sociedade provoca uma crise institucional justamente por não ser bem conhecida a proposta fundante do Estado hoje. A ideia de acesso à Justiça é ligada ao Estado, e não exclusivamente ao Judiciário, ainda que este seja o órgão orientado finalisticamente a sua promoção.

Em toda ordem, está-se diante de um novo formato de sociedade. As instâncias surgem e o legislador se adapta. E o cuidado com os princípios fundamentais deve ser constante. Considerando que estes últimos estão hoje mais afetos a valores de diversidade e tolerância, é natural que os procedimentos sejam também diversificados em vistas a uma maior autonomização do indivíduo.

5. Referências bibliográficas

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. *Pluralismo jurídico e o acesso à justiça no Brasil. In:* WOLKMER, Antonio Carlos, VERAS NETO, Francisco Q., LIXA, Ivone M. (org.) *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade.* São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp.241-261.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de política.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

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

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Algunas reflexiones sobre el rol de los estúdios procesales en la actualidad.* In: *Revista de processo*. vol.64, 1998.

_____. *Algunas reflexiones sobre el rol de los estúdios procesales en la actualidad.* In: Revista de processo. vol.64, 1991.

_____. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. In.* Revista de Processo**,** vol.61, jan./mar. 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça:* juizados especiais cíveis e ação civil pública: Uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2.ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução de Salma Tannus Muchail São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. *Teoria da Justiça.* 2.ed. In: < academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/6/.../Teoria_da_Justiça.pdf> Fundação Getúlio Vargas – DireitoRio. 2011. Pesquisa realizada em 12 de dezembro de 2012.

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

MAFFETONE, Sebastiano, VECA, Salvatore. *A ideia de justiça de Platão a Rawls.* Karina Jannini (trad.). Denise Agostinetti (rev. da trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. In: RT-820*, fevereiro de 2004, pp.11-49.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2.ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa? In: *Revista eletrônica de direito processual.* 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas de direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência; resultados.* Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Privatização do processo?.* In: *Temas de direito processual.* 7ª série. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2001.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático.* 1.ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, In: *Revista Forense*, vol.388, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp.07/31.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1996

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo.* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo.* volume 1: teoria geral do processo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça.* São Paulo: Editora Cortez, 2007.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Jussara Simões (trad.). Cícero Romão Dias Araújo (revisão técnica e da tradução) São Paulo: Martins Fontes, 2003.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário***.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

ALIMENTOS E SUA EFETIVIDADE NO CENÁRIO DE REFORMAS PROCESSUAIS

THE EFFECTIVENESS OF ALIMONY IN PROCEDURAL REFORMS SCENARIO

Delton Ricardo Soares Meirelles

Coordenador de graduação e professor adjunto do Departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (SPP/UFF) e do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). Coordenador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Doutor em Direito (UERJ).

Giselle Picorelli Yacoub Marques

Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito - PPGSD/UFF. Pesquisadora do LAFEP/UFF. Bolsista CAPES. Professora temporária do departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense.

Resumo: O presente artigo objetiva investigar a incidência das recentes reformas legislativas da tutela executiva forçada (Lei nº 11.232/2005 e Projeto de novo Código de Processo Civil) no cumprimento da obrigação alimentar, à luz do princípio da efetividade e das peculiaridades do direito processual de família. Para tanto, analisou-se juridicamente os textos normativos e a interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e de tribunais estaduais, a fim de se verificar em que medida o sistema jurídico nacional busca integrar o cumprimento forçado da obrigação de alimentos às reformas processuais, atendendo à expectativa do alimentando ao resultado prático pela via procedimental adequada.

Palavra-chave: Alimentos. Execução. Reformas Processuais. Efetividade. Novo Código de Processo Civil

Abstract: This paper aims to investigate the application of the newest Brazilian executive legal system (Law n. 11232/2005 and Project of New Civil Procedural Code, nowadays running on the National Congress) for alimony, based on the principle of

effectiveness and on the singularities of family procedural legal system (which is not properly regulated in Brazil). For that, Law and precedents from the Superior Tribunal and the States' Courts were analyzed for verifying if the Brazilian legal system pretend to integrate the alimony execution process to the legal procedure reforms, satisfying the creditor expectation to an practical result according the adequated procedimental way.

Keywords: Alimony. Execution. Procedural reforms. Effectiveness. New Civil Procedural Code

Introdução

O presente artigo objetiva analisar o procedimento executivo do cumprimento de obrigação alimentar (aqui entendido como o regulado pelos artigos 1694 a 1710 do Código Civil Brasileiro, na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968 e artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil), a partir dos movimentos de reforma legislativa do direito processual, incluindo o novo sistema de cumprimento de sentença e o projeto de futuro Código de Processo Civil.

Assim como o direito de família vive um momento de substanciais alterações, para se adaptar às novas realidades sociais; o direito processual brasileiro modificou sensivelmente sua estrutura com diversas reformas legislativas nos anos 1990 e 2000, a fim de se encaixar ao cenário pós-constituinte e das exigências de uma tutela jurisdicional mais efetiva. Com isso, poder-se-ia imaginar uma relação direta entre novas demandas familiares (seja pela presença de novos institutos jurídicos, seja pelo aumento quantitativo e qualitativo das pretensões já existentes) e a necessidade de adaptação das estruturas normativas e administrativas do direito processual para atender àquelas reivindicações.

Daí surge a questão central deste artigo: à luz do Princípio da Efetividade, as reformas processuais no campo da tutela executiva seriam capazes de gerar satisfação da prestação alimentar não cumprida voluntariamente? Até que ponto a execução de alimentos foi contemplada com a lei que estendeu o cumprimento de sentença às obrigações pecuniárias (Lei nº 11.232/05) ou com o projeto de futuro Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010 e PL nº 8046/2010)?

Para tanto, trabalhar-se-á com o conceito de efetividade presente nas reformas processuais e sua aplicação no campo do direito de família. Em seguida, cumpre analisar normativamente o atual cenário de mudanças existentes e propostas para a tutela executiva alimentar, paralelamente ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e de alguns precedentes nos tribunais regionais.

1. Efetividade na tutela dos conflitos familiares

Assim como o julgamento justo do acusado é assegurado pela obediência a máximas garantias processuais, e a urgência de se assegurar recursos ao desempregado depende de um procedimento menos formalizado; judicializar conflitos ocorridos no ambiente familiar requer um processo diferenciado, com princípios próprios e/ou potencializados, distinguindo-se do processo civil meramente patrimonial.

Com isto, alguns sistemas jurídicos estrangeiros admitem um *direito processual de família*, como uma especialização regida por princípios e procedimentos próprios[1]. Ainda que o Brasil não tenha amadurecido tal tema, é possível construir algo semelhante por aqui, a partir da teoria do processo, legislação e jurisprudência existentes. E uma das questões mais sensíveis neste campo é a tutela executiva dos alimentos, presente no projeto de futuro Código de Processo Civil, sob a perspectiva do princípio da efetividade.

A concretização de direitos pelo Judiciário não é recente, constituindo inclusive objeto de análise da *Escola da Efetividade* ou *Instrumentalidade*[2]. E numa realidade em que o econômico prevalece sobre o social, este problema se torna mais claro na judicialização dos conflitos familiares, inseridos num paradoxo: a despeito de serem intrinsecamente privados (em que a intimidade atinge seu ponto máximo), acabam por sofrer a maior intervenção estatal. Daí a importância de se distinguir bem efetividade

[1] Restringindo-se ao nosso Continente, entre outras obras, KIELMANOVICH, Jorge L. *Derecho procesal de familia* e BERIZONCE, Roberto O. *Justicia Coexistencial. Proceso y tribunales de Familia. Formas alternativas de Resolución de conflictos* (Argentina); CASTRO, Eduardo Jara. *Derecho procesal de família: principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinário* (Chile); VANEGAS, Martha Lucía Cuartas, SÁNCHEZ, Luis Arturo Ceballos & MORALES, Marta Flórez. *La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y requisitos de procedibilidad en los procesos de familia* (Colômbia) etc.

2 Entre outros, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*.

(satisfação prática de um direito lesado ou ameaçado) de eficiência (atendimento a uma política administrativa, integrada a um plano de reforma das instituições judiciárias).

A busca pela eficiência (com todas as críticas necessárias a este modelo) pode ser um método adequado ao contencioso de massa, em que soluções padronizadas e racionalização do procedimento contribuiriam para o problema da administração de milhares de demandas idênticas. Entretanto, conflitos mais sensíveis e distintos demandam procedimentos artesanais e julgamentos humanizados, cuja maior maturação constituiria barreira para uma rotina fordista de sentenças por atacado (exigência implícita das exigências, muitas vezes estatísticas, da realidade cartorária brasileira pós-CNJ).

Daí surge o problema de se estender diversos institutos e práticas processuais, modificados para contemplar a eficiência administrativa e a eliminação sumária de processos, aos procedimentos aplicáveis aos conflitos familiares. Paralelamente, reformas legislativas e administrativas voltadas à efetividade podem ser extremamente interessantes, na medida em que garantem uma solução mais justa e num tempo razoável para as expectativas dos que provocam este ramo jurídico (especialmente os hipossuficientes). É o caso da execução de alimentos, objeto deste estudo.

2. Reformas no Processo – A execução e seu escopo principiológico

Dentro do contexto de reformas legislativas para atender aos princípios da celeridade (implícito na garantia constitucional da duração razoável do processo, estabelecida no art. 5º, LXXVIII) e da efetividade processual, surgiram principalmente três leis que alteraram o procedimento executivo autônomo, tradicionalmente estabelecido pelo Código de Processo Civil. Para se ter o cumprimento da decisão judicial sem a necessidade de outro processo (como já ocorria nas tutelas mandamentais e no que se convencionava chamar de "tutela executiva *lato sensu*"), surgiram as Leis nº 8.952/1994 (tutela das obrigações de fazer e de não fazer), n.º 10.444/2002 (tutela das obrigações de entregar coisa) e nº 11.232/2005 (tutela das obrigações pecuniárias). Com isto, prejudicou-se o princípio da autonomia do processo de execução, cedendo lugar ao princípio do sincretismo pelo abandono do sistema dual[3].

3 No sistema dual, a sentença de mérito transitada em julgado deverá ser levada à execução por via própria, o que não mais ocorre no processo sincrético, pois neste a sentença condenatória constitui um comando imediatamente exequível.

Tais modificações inserem-se no cenário determinado pela constante constitucionalização do direito processual, vistos como um sistema de garantias e de concretização de direitos fundamentais, e não de procedimentos burocratizados[4]. Neste sentido, afirma Nelson Nery Júnior (2004, p.25) que "*o intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema*". Ainda no art. 5º, XXXV, a Constituição Federal de 1988 assegura o princípio da inafastabilidade ou princípio do direito de ação, garantindo ao cidadão a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário[5], que aliado ao princípio da celeridade[6], contribuiu de forma determinante para mudança na visão do processo civil, reforçando a atenção destinada ao conteúdo e qualidade da prestação jurisdicional.

Assim, as modificações introduzidas nesta etapa reformista, prosseguindo com o movimento de constitucionalização do processo, através da Lei nº 11.232/05, atingiram apenas o procedimento da execução fundada em título judicial, em nada alterando o rito da execução por título executivo extrajudicial. Este permaneceu regido pelo Título II do Livro II do Código de Processo Civil, alterado, posteriormente, pela Lei nº 11.382 de 06 de dezembro de 2006, aplicando-se apenas subsidiariamente essas disposições à execução fundada em título judicial (art. 475-R, com redação dada pela Lei nº 11.232/05).

4 Alguns princípios que permeiam o processo civil estão elencados pela nossa Constituição Federal, dentre eles: o Princípio da Isonomia (art. 5º, caput) - "a isonomia (ou igualdade) está intimamente ligada à ideia de processo justo – isto é, de devido processo legal -, eis que este exige necessariamente um tratamento equilibrado entre as partes"[1] -; o Princípio do Juiz e Promotor Natural (art. 5º, XXXVII e LIII); o Princípio do Contraditório (art. 5º, LV); o Princípio da Publicidade dos Atos Processuais (art 5º, LX e art. 93, IX); o Princípio da Motivação das Decisões (art. 93, IX)[1] ; o Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV) - "a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível"[1] -, do qual derivam muitos dos princípios processuais constitucionais. Para José Garberí Llobregat (2008, p.97), a motivação das decisões é elemento essencial do direito à tutela judicial efetiva, pois este direito exige uma decisão que permita ao jurisdicionado identificar as razões e critérios jurídicos que fundamentaram aquele ato. A jurisprudência colacionada pelo autor afirma que *"[…] el deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones constituye una exigencia que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva, […]; deber de motivación que responde a la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley, y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos"* (STC 144/207).

5 No entender de Nelson Nery Júnior (2004, p.132-133)., o Princípio da Inafastabilidade "*quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. [...] a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação"*

6 Princípio constante do art. 5º, LXXVIII, inserido na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

Antes da Lei nº 11.232/05, o processo de execução possuía um procedimento autônomo e desvinculado do processo de conhecimento, um sistema bifásico. Sendo assim, nas ações condenatórias, primeiro se verificava a existência do direito material alegado, para somente depois de solucionado o litígio, ser instaurado um novo processo com a finalidade de cumprir aquilo que havia sido determinado na sentença.

Essa divisão entre processo cognitivo e processo executivo ocasionava grandes obstáculos à efetividade jurisdicional. Sendo assim, o legislador reformador transformou o processo de execução em uma "fase" do processo inicial de conhecimento, sendo aquele consequência direta deste.

Conforme dispôs a Lei nº 11.232/05, vulgarmente conhecida como a Lei do Cumprimento de Sentença, não há mais a autonomia do processo de execução fundada em uma sentença proferida no processo civil, de acordo com o artigo 475-I do CPC.

Pela redação do artigo 475-J do CPC, a fase do cumprimento da sentença terá início por simples requerimento do credor juntamente com o demonstrativo de débito atualizado até a data do requerimento feito nos mesmos autos.

A construção desse processo sincrético, que engloba o processo de conhecimento e o de execução, em que numa mesma relação jurídica processual se tem atividade cognitiva e executiva, afigura-se como uma realidade que visa atender aos anseios sociais da busca pela efetividade e celeridade do cumprimento das sentenças judiciais, possibilitando um acesso à ordem jurídica justa e não apenas um acesso à justiça meramente formal.

E dentre os procedimentos executivos, merece destaque a satisfação do crédito alimentar, transcendente à mera questão patrimonial por também envolver o sensível núcleo familiar. Daí a importância de se destacar este tema, a partir das peculiaridades do direito aos alimentos, as quais serão examinadas a seguir.

3. A atual execução de alimentos e as modificações propostas pelo novo CPC

3.1 A obrigação dos alimentos

No atual cenário social, a família possui uma função de solidariedade[7], não apenas de cunho institucional, sendo mais que núcleo de formação da personalidade, mas também meio de proteção do próprio ser humano.

Em relação à família, afirma Gustavo Tepedino (1999, p. 326): *"ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social"*.

> (...) reputa-se a família como uma das técnicas originárias de proteção social, sendo o grupo familiar representado pela organização constituída por pessoas que se vinculam por laços de convivência harmônica e afetiva, como referencial de vida gregária onde afloram os sentimentos de amor, respeito, solidariedade, consideração, colaboração, entre outros (Gama, 2008, p.298)

Diante de tal questão, a dignidade passa a ser elemento essencial nas relações familiares, devendo estar vinculada à tutela da vida, como um direito fundamental de toda pessoa. [8]

No que tange o Direito de Família, importante destacar que o primado da dignidade da pessoa humana9, como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito - artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, também possui guarida no denominado Estatuto das Famílias[10], prevendo em seu artigo 5º que *"constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade"*.

[7] Solidariedade familiar, decorrente da solidariedade social, elencada na Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental da República, no art. 3°, I. Sobre a solidariedade, ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2005, p.301) "... de longa data reconhece-se a existência de um dever moral da pessoa humana de prestar assistência ao próximo por caridade que, no entanto, se juridicizou em determinadas condições que variaram no curso da história. O dever de solidariedade, assim, sempre foi considerado no âmbito da Moral, somente obtendo consagração pelo Direito em situações expressamente regulamentadas no direito objetivo. Assim, tradicionalmente, o Direito passou a reconhecer a obrigação alimentar no âmbito das relações familiares diante do princípio da solidariedade familiar".

[8] *Pari passu*, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p.297): "Há, na atualidade, o rompimento de vários paradigmas, a revisitação de inúmeros postulados e a redescoberta da valorização da pessoa humana como referência central e máxima no âmbito do ordenamento jurídico."

9 "A dignidade da pessoa humana, um valor do homem como um fim em si mesmo, é um axioma da civilização ocidental. (...) Terá respeitada a sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles" (BARCELLOS, 2002, p.103).

[10] Projeto de Lei n° 2.285, de 25 de outubro de 2007. Disponível em www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373935.

Assim, a dignidade da pessoa humana, como princípio informador do sistema jurídico pátrio e, *in casu*, dos direitos de família, incide diretamente sobre a conceituação contemporânea de alimentos. Enquanto visão patrimonialista do Código Civil de 1916, os alimentos tinham a finalidade principal de assegurar unicamente o sustento do alimentado, sendo possível designar os sujeitos desta relação jurídica como devedor e credor de uma obrigação de cunho apenas patrimonial. Hoje, em um direito civil erigido sobre o fundamento da proteção existencial[11], os alimentos são mais do que uma obrigação juridicamente exigível, devem assegurar a *vida digna* do credor12, devendo ser fixados, conforme a letra do artigo 1694 do atual Código Civil, de modo que o alimentado possa viver de "*modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação"*.

Estão os alimentos diretamente vinculados ao direito à vida – mais valioso bem do homem – e "*a sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal*" (MADALENO, 2009, p.627).

A conceituação técnico-jurídica de obrigação alimentar13 não é expressa no nosso ordenamento, podendo ser compreendida como o universo das prestações de cunho assistencial (FACHIN, 1999, p. 268). Genericamente, a doutrina[14] entende como alimentos toda prestação que vise a satisfazer necessidades vitais daquele que, sozinho, não pode

[11] Afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 299) "no campo das transformações ocorridas nas famílias, destaca-se o fenômeno reconhecido mundialmente intitulado de 'repersonalização' e 'despatrimonialização' das relações jurídicas familiares, fazendo com que no Direito de Família sejam priorizados aspectos e fenômenos existenciais em detrimento de preocupações de natureza predominantemente patrimonial".

12 Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a maioridade não pode ser causa da cessação do direito aos alimentos, uma vez que os parentes devem assegurar materialmente a possibilidade de uma vida digna aos outros, sempre que houver a necessidade: Súmula 358 STJ – "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos". Disponível em www.stj.jus.br/.

13 O instituto dos alimentos se encontra regulado no ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 1694 a 1710 do Código Civil Brasileiro, na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968; pelo Código de Processo Civil vigente em seus artigos 732 a 735. O único artigo no Código Civil/02 que cuida da conceituação dos alimentos de forma expressa é o art. 1920, quando trata do legado de alimentos: *Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.*

[14] Vale ressaltar os argumentos de Silvio Venosa (2003, p.371): "o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência. Acrescentamos a essa noção o conceito de obrigação que tem uma pessoa de fornecer esses alimentos a outra e chegaremos facilmente à noção jurídica. No entanto, no Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade".

provê-las. Sustento, habitação, vestuário, saúde, educação e lazer; sentido amplo que compreende mais do que o simples alimentar, estando diretamente ligado à dignidade da pessoa humana[15].

Para Luiz Edson Fachin (1999, p. 266), "*habitação, saúde, educação, entre outras conotações, os alimentos correspondem a esse múnus público exercido dentro da família pelos particulares*". Com isso, há uma desoneração do dever do Estado[16] de suprir as necessidades dos cidadãos a partir da outorga desta responsabilidade aos parentes[17].

Fica claro que a questão jurídica dos alimentos vai muito além da simples alimentação, possuindo sentido amplo, como uma obrigação que possibilite a manutenção da vida em diferentes aspectos – físico, psíquico e intelectual, consistindo em "*imperativo moral transformado em obrigação jurídica, a prestação de alimentos assume grande expressividade para o Direito, na medida em que procura proporcionar não apenas sustento, mas o pleno desenvolvimento das potencialidades do ser humano necessitado."*(LIMA NETO; CASAGRANDE, 2011, p.03)

Rolf Madaleno (2007, p. 235), ao tratar do tema, bem descreve a função dos alimentos e a relevância da solidariedade familiar, qual seja, "*preservar a vida humana e assegurar à pessoa necessitada uma garantia mínima de digna subsistência, num dever imposto aos parentes, cônjuges e conviventes, cada qual com papéis bem definidos dentro de um contexto de inquestionável solidariedade familiar*".

---

[15] Ao tratar do tema Rolf Madaleno (2009, p.18) afirma que "a dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional *consagra os valores mais importantes da ordem jurídica*, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, *conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça*". (grifo nosso)

[16] Neste sentido, a compreensão de Maria Berenice Dias (2010, p. 505-507), que parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse ônus.

[17] Reconhece o Superior Tribunal de Justiça que a obrigação dos avós de alimentar os netos é subsidiária, sempre que os genitores não puderem prestar a assistência imposta em lei: ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR. AVÓS. A jurisprudência da Quarta Turma deste Superior Tribunal entende ser subsidiária à dos pais a responsabilidade dos avós em prestar alimentos. Contudo deve ser averiguada concomitantemente com a dos pais, ou seja, há que ser aferida se está ou não sendo prestada pelos pais e, mesmo que esteja, se é bastante ou não para atender as necessidades do alimentando. Se for prestada e suficiente, não há que se falar em complementação pelos avós. Se é prestada, mas não atende satisfatoriamente as necessidades do menor, mas já atinge o limite da suportabilidade dos pais, aí sim devem ser chamados os avós para completar. Assim, a Turma conheceu do recurso, deu-lhe parcial provimento para reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de alimentação complementar e determinou que o Tribunal *a quo* examine o mérito do pedido provisório de pensionamento. STJ. 3ª Turma. REsp 373.004-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 27/3/2007. Informativo nº 315. Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencial.

Constituem, desta forma, "*uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo*". (CAHALI, 1998, p.16) [18]

Assim, a relevância do crédito alimentar recomenda sejam tomadas todas as medidas tendentes a tornar concreta a efetivação, sendo considerado substrato do direito constitucional à vida digna. Por configurar tema delicado e que proporciona a manutenção da vida - bem primeiro de qualquer homem, deverá prevalecer a efetividade e celeridade na entrega de tal bem ao jurisdicionado, possibilitando, assim, o completo e eficaz acesso à Justiça.

3.2. Execução da obrigação de alimentar

A execução dos alimentos é regida pelos artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil e pelos artigos 16 a 19 da Lei nº 5.478/68 e pode ser realizada por três procedimentos: desconto em folha de pagamento (art. 734 do CPC), expropriação (art. 646 do CPC) e da coação pessoal (art. 733, § 1° do CPC).

No entender de Alexandre Câmara (2002, p.344), "*deve ser considerada como uma modalidade especial de execução por quantia certa contra o devedor solvente, que merece tratamento especial em razão da natureza da prestação cujo cumprimento se pretende*". Considerando-se uma faculdade do credor desta prestação eleger qual o meio processual que pretende utilizar para o adimplemento[19].

A reforma trazida pela Lei nº 11.232/05, em relação às execuções dos títulos judiciais, vem sendo apresentada por parcela dos autores como não tendo alcançado a disciplina da execução de alimentos, mantendo tais juristas uma interpretação gramatical da legislação vigente. Defende Araken de Assis (2009, p.979 e 989) que

[18] Os alimentos possuem tamanha relevância que foram considerados pela EC 64/10 como direitos sociais, sendo a alimentação elencada no rol do art. 6° da Constituição Federal de 1988.

19 Neste sentido, concessão de *Habeas Corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça por entender que o juízo não pode agravar o rito escolhido pela parte credora: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus* por entender que, cabendo ao credor a escolha do rito processual da execução de sentença condenatória ao pagamento de verba alimentar devida pelo executado, ora paciente – *in casu*, a exequente propôs a ação executória com base no art. 732 do CPC –, é vedada a sua conversão de ofício para o rito mais gravoso do art. 733 do mesmo código, que prevê a hipótese de prisão em caso de inadimplemento. Precedente citado: HC 128.229-SP, DJe 6/5/2009. HC 188.630-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/2/2011, Informativo nº 462, 07 a 11 de fevereiro de 2011. Disponível em www.stj.jus.br/ SCON/infojur.

> A reforma da execução do título judicial, promovida pela Lei nº 11.232/05, não alterou, curiosamente, a disciplina da execução de alimentos, objeto do Capítulo V do Título II do Livro II (Do Processo de Execução).
> [...] não se aplica o art. 475-J e demais disposições da Lei 11.232/05 à execução de alimentos. O legislador reformista não se atreveu a modificar o Capítulo V (Da execução de prestação alimentícia) do Título II do Livro II e as remissões do Capítulo IV do mesmo Livro II (Do processo de execução).

Reitera tal posição Humberto Theodoro Jr., assentindo pela manutenção do sistema dual na execução baseada tanto no art. 732 do CPC como no art. 733 do CPC (coação pessoal), estando o credor de alimentos sujeito a recorrer a uma nova ação para atingir a satisfação forçada da prestação alimentícia assegurada pela sentença. Afirma (2009, p. 383 e 384) que

> A execução de sentença condenatória de prestação alimentícia é uma execução por quantia certa, subordinada, em princípio, ao mesmo procedimento das demais dívidas de dinheiro (art. 732, caput).
> [...] Como a Lei nº 11.232/2005 não alterou o art. 732 do CPC, continua prevalecendo nas ações de alimentos o primitivo sistema dual, em que acertamento e execução forçada reclamam o sucessivo manejo de duas ações separadas e autônomas: uma para condenar o devedor a prestar alimentos e outra para forçá-lo a cumprir a condenação.
> O procedimento executivo é, pois, o dos títulos extrajudiciais (Livro II) e não o de cumprimento da sentença instituído pelos atuais arts. 475-J a 475-Q.

A partir desta divergência acerca do procedimento para a execução de alimentos, se analisará o processo de execução de alimentos conforme disposto na letra da lei processual civil.

Vale destacar que as modificações propostas pelo Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, atualmente na Câmara dos Deputados, sob o nº 8046/2010, que visa à reforma do Código de Processo Civil, serão contrapostas ao atual modelo de execução de alimentos, buscando demonstrar se haverá realmente inovações procedimentais nesta seara, ou apenas a "formalização" de uma interpretação teleológica, já utilizada por juízes brasileiros quando da aplicação à execução de alimentos do procedimento da Lei nº 11.232/05, buscando proporcionar ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa, através de uma tutela eficaz e célere.

3.2.1 Execução por desconto em folha de pagamento

A execução por desconto em desconto em folha de pagamento como forma de cumprimento da obrigação tem preferência pelo legislador, uma vez que o valor dos alimentos é retido diretamente por terceiro (empregador) da remuneração ou rendimento

do devedor (DIAS, 2010, p.563). Diante de ação executiva, após citação do devedor e perante ausência de pagamento, o art. 734 do CPC permite ao juiz determinar desconto em folha de pagamento[20] da importância das prestações alimentícias quando o devedor for funcionário público[21], militar, diretor ou gerente de empresa; ou empregado sujeito à legislação do trabalho, cabendo ao exequente identificar na inicial a fonte pagadora[22].

Ademais, poderá ser utilizado como meio de pagamento antes mesmo de uma execução, ou seja, antes de um inadimplemento, sendo possível a determinação judicial de desconto em folha de pagamento de prestações futuras e vincendas, quando verificado um vínculo empregatício.[23]

Apesar da celeridade e eficácia demonstrada por este meio executivo, vale destacar que,

> considerando, todavia, que o desconto em folha atinge os rendimentos produzidos pelo trabalho do alimentante, labor que em geral é exercido exatamento com o intuito de prover o próprio sustento, o meio executivo em pauta sofre limitações, não podendo afetar a parte da renda que se mostre necessária ao custeio das despesas mais elementares do devedor. (BOECKEL, 2007, p.131)

20 Importante observar que ao fazer uma análise dos julgados no TJDF, vê-se que é uníssono no que tange ao desconto em folha de pagamento às dívidas pretéritas, adotando o mesmo entendimento que o TJRJ e em detrimento do posicionamento do STJ. AgRg no RE 822.486 - STJ 2006/0041079-0, Relator Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 18/09/2008; (TJRJ - 2007.002.03556 2ª Instância. Relator Des. Jair Pontes de Almeida, Data de Julgamento: 10/07/2007; (TJ/ DF - AI 20110020242228, 3ª Turma Cível, Relator: Nídia Corrêa, Julgado em 09/05/2012).

21 Neste sentido, TJ/MG - AGRAVO (C. Cíveis Isoladas) 1.0105.03.098287-7/001 - Relator: Exmo. Sr. Des. Cláudio Costa; EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. FORMAS. PRESTAÇÕES ATRASADAS. NECESSIDADE SO ALIMENTANDO X GARANTIA DE LIBERDADE DO ALIMENTANTE. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DESCONTOS EM FOLHA. ART. 734. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A execução deverá prosseguir, seguindo rito definido no art. 734 do CPC - por se tratar a devedora de funcionária pública, a fim de confirmar a relevância dedicada aos princípios da economia e da celeridade processuais, e que tem contribuído, significativamente, para o desapego à forma, como fim em si mesma. Confluente às razões examinadas, dá-se provimento parcial ao recurso, para adequar a decisão objurgada à pretensão executória do agravado, promovendo-se a citação da devedora e do seu empregador, para que sejam efetuados os descontos devidos, paralelamente ao pagamento mensal do valor definido para os alimentos, ou, ante sua impossibilidade, penhorar tantos bens quantos bastem à satisfação integral do débito, concedendo-se direito de opor embargos, como descrito na hipótese legal. Por tais razões, rejeitada a preliminar, no mérito, dá-se provimento parcial ao recurso. (TJ/BA - AI 22699-1/2005, 1ª Câmara Cível, Relatora Silvia Carneiro Santos Zarif, Julgado em 15/03/2006).

22 O procedimento desta execução é bastante eficaz: Através de expedição de ofício, será comunicada à autoridade, à empresa ou ao empregador a determinação do desconto, informando nome do credor, do devedor, a importância a ser descontada e o tempo de sua duração. (art. 734, parágrafo único do CPC). Aqueles, responsáveis por efetuarem o desconto, possuem o dever de realizá-lo, uma vez que se trata de ordem judicial e a inobservância desta acarretará a imposição das penas do art. 22 da Lei nº 5.478/68.

23 Sobre a relevância do desconto em folha, afirma Rodolpho Vanucci (2011, p.92): *"A justificativa para se permitir, em caráter excepcional, o uso dessa técnica executiva independentemente da ocorrência do inadimplemento é a necessidade de se conceder segurança ao crédito alimentar, dada sua importância, e a eficiência da técnica, pois, ao evitar que ocorra o inadimplemento, protege-se in natura o direito e evita-se a propositura de novas demandas."*

O Projeto de Lei do Senado nº 166/ 2010 traz em seu artigo 499 a proposta de tornar obrigatória inclusão do desconto da prestação de alimentos na folha de pagamento quando o alimentante for um dos sujeitos elencados acima.

Contudo, indo de encontro à pretendida efetividade nessas ações, nas alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira, a proposta é de flexibilização, deixando a cargo do exequente[24] requerer o desconto em folha de pagamento (art. 515)[25]. Ainda neste artigo, e ainda mantendo o sentido oposto à efetividade, o §1º determina que "ao despachar *a inicial*, o juiz oficiará..." (grifo nosso), deixando grave problema a ser resolvido: quando o legislador escolheu a palavra "inicial" estava tratando de petição inicial, de novo processo, de processo autônomo? Ou houve apenas um erro formal na escolha do termo mais apropriado?

Já no relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, de setembro de 2012, PL nº 8046/2010, na redação dada ao art. 544 – anterior art. 515 - o problema do §1º foi solucionado com a retirada da expressão "ao despachar *a inicial...*", mas manteve-se a possibilidade de escolha pelo exequente desta via, conforme caput do artigo.[26]

Foi adicionado, ainda, o §3º [27], determinando que a parcela devida pelo executado não poderá ultrapassar 50% (cinquenta por cento) de seus ganhos líquidos, servindo, assim, como um parâmetro limitador.[28]

3.2.2 Execução por expropriação

24 Sobre o assunto, observa-se pedido de alteração do modo de pagamento da pensão alimentícia: TJ/SP. 4ª Câmara de Direito Privado - 5549574700, Relator Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 07/08/2008.

25 Disponível em http: participacao.mj.gov.br/cpc.

26 "*Art. 544. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. § 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício."* Relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, PL nº8046/2010.

27 "*Art. 544 - § 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito executado pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos, calculados nos termos do §4º do art. 859."* Relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, PL nº8046/2010.

28 Parâmetro atual unânime na jurisprudência: "*O valor que deve ser descontado dos ganhos do alimentante deve ser suficiente para garantir o adimplemento da obrigação alimentar, mas sem desfalcar o alimentante do necessário para atender o seu próprio sustento*". (TJ/RS, 7ª Câmara Cível - AI 70040131328, Relator Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 30/05/2011). E, ainda, sobre percentual do salário: STJ - RE 1.087.137 - DF 2008/0196862-2, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior; TJ/SP - 8ª Câmara de Direito Privado, 0036678-05.2009.8.26.0000, Relator: Joaquim Garcia. Data do Julgamento: 09/12/2009.

A execução por expropriação tem como objetivo a alienação forçada da propriedade plena dos bens do executado com o intuito de transformá-la em dinheiro, satisfazendo, assim, o crédito exequendo.[29]

Conforme alegação anterior, tendo em vista que parcela da doutrina entende que o procedimento executivo de alimentos não foi alterado pela Lei nº 11.232/05, este continua da seguinte forma: imprimido ao feito o rito do artigo 732 do CPC - que remete ao procedimento dispostos no art. 646 e seguintes do CPC -, apresentada a inicial, o juiz ordena a citação do executado para no prazo de 03 (três) dias efetuar o pagamento da dívida, de acordo com o artigo 652[30] do CPC. Não efetuado o pagamento poderá o oficial de justiça, de imediato, proceder à penhora de bens - ou créditos do devedor, na forma do artigo 17 da Lei nº 5.478/68 - e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e intimando no ato o executado (§1º do art. 652 do CPC). O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (§2º do art. 652 do CPC). A particularidade da execução alimentícia reside no objeto da penhora, que recairá em crédito do devedor, no caso de incidência do supracitado dispositivo da Lei de Alimentos.

Caso seja frustrado o recebimento da pensão por qualquer dessas vias, consoante artigo 18 da mesma Lei "*se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença, na forma dos artigos 732, 733 e 735 do CPC*".

Inicialmente, cabe ao credor optar entre requerer na inicial que a execução de alimentos se faça com a cominação de prisão (artigo 733) ou sob pena de penhora (artigo 732). A priori, a opção é do credor.[31]

Nada obsta que, sendo inicialmente proposta a execução com fundamento no artigo 732 do CPC, seja o rito alterado para o disposto no artigo 733 do mesmo Código; da mesma forma, se a preferência for pela alternativa do artigo 733, pode o credor, após a prisão ou a justificativa do devedor, requerer o prosseguimento da execução por quantia

29 TJ/TO - 3ª Turma - Rec. Ordi. Em Mandado de Segurança 34.708/SP, Rel.Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Data do Julgamento 11/10/2011; (TJ/DF, 1ª Turma Cível - AI nº 2004.00.2.005711-8, Rel. José de Aquino Perpétuo, Data do Julgamento 13/12/2004).

30 Posteriormente alterado pela Lei n° 11.382 de 2006.

31 Observar-se esse entendimento em "AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - PENHORA ON LINE - SALÁRIO - LIMITE 30% - IMPOSSIBILIDADE Salvo por consentimento expresso do devedor, não cabe determinação de PENHORA de valores recebidos como salário ou outra forma de remuneração, tendo em vista a vedação expressa do artigo 649, IV, do CPC." (TJ/MG, 16ª Câmara Cível - AI 1.0188.07.065082-8/001, Rel. Des. Otávio Portes, Data do Julgamento 18/11/2009); TJ/BA, 1ª Câmara Cível - AI : 22699-1/2005, Relatora Silvia Carneiro, Data do Julgamento 15/03/2006).

certa, caso permaneça o inadimplemento. O que não se admite é a reclamação simultânea de penhora e de prisão do devedor.

Por outro lado, tem-se aceitado, em virtude da maior praticidade e da celeridade processual, utilizar concomitantemente o procedimento do artigo 733 do CPC, para as três últimas parcelas vencidas, prosseguindo-se a execução por quantia certa em relação aos demais alimentos atrasados, por ser dívida com título judicial, determinável e executável na forma do artigo 732 do CPC.

Recaindo a constrição sobre bem não frutífero, não requerida a sua adjudicação, e não realizada a alteração particular do bem penhorado, resta ao exeqüente esperar o fim do longo e demorado processo, com a realização de hasta pública, para que seja alienado o bem penhorado. Após, transformando-o em dinheiro, é lícito ao credor levantar a importância correspondente ao crédito, sendo que a eventual diferença apurada a maior deverá ser restituída ao devedor.

Além disso, somente na execução processada sob o rito do artigo 733 do CPC é permitida a justificação da impossibilidade de atender à obrigação. Já na execução de quantia certa contra devedor solvente, os embargos do devedor ficarão restritos à matéria indicada nos incisos do artigo 745 do CPC.

Com o advento da Lei nº 11.232/05, mesmo com toda a alteração procedida nas execuções fundadas em título executivo judicial, alguns autores, como Araken de Assis (2009, p.979) e Humberto Theodoro Jr. (2009, p. 383 e 384), continuam a defender a aplicabilidade do procedimento acima descrito, sob a alegação de que as execuções de alimentos não foram por ela alcançada, compelindo o credor da obrigação alimentar a utilizar o modelo bifásico em detrimento do objetivo do legislador e dos princípios de maior efetividade da justiça e duração razoável do processo.

Neste ínterim, o PLS nº 166 de 2010 - nas alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira[32], assim como no texto original do projeto de lei – quando não utilizadas as vias de desconto em folha de pagamento nem a coerção pessoal, remete a execução da obrigação alimentar ao procedimento comum de execução, com o cumprimento de sentença, nos mesmos autos, devendo ser o executado diretamente intimado para pagamento da quantia devida, formalizando apenas a procedimento já adotado de forma interpretativa com a aplicação do modelo da Lei nº 11.232/05.

32 Disponível em http: participacao.mj.gov.br/cpc, acesso em 02 de setembro de 2012.

No mesmo sentido foi o relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, PL nº8046/2010, admitindo-se o cumprimento definitivo de sentença quando esta reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, disposto nos artigos 538 e seguintes do documento apresentado.[33]

Inovação importante encontra-se no art. 532 do relatório, o qual admite o protesto da decisão judicial, instrumento que poderá auxiliar o exequente na busca de seu crédito, restringindo alguns direitos do devedor, sendo mais uma forma de constranger o alimentante inadimplente. Vale a transcrição do artigo: *"Art. 532. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 538."*

O relatório, no capítulo destinado ao cumprimento da obrigação de prestar alimentos, em seu art.545, remete ao procedimento de execução por quantia certa, descrito nos arts. 850 e seguintes, o prosseguimento do feito quando não cumprida a obrigação alimentar, possibilitando a expropriação de bens do executado.

3.2.3 Execução por coerção pessoal

A execução por coerção pessoal deve ser compreendida como instituto de natureza peculiar no cumprimento da obrigação de alimentar, pois visa assegurar a dignidade e integridade do alimentando (FARIAS, 2007, p. 114).

Este tipo de execução de alimentos possui procedimento específico e é utilizado exclusivamente na cobrança de crédito alimentar, sendo regido pelo artigo 733 do CPC, e expressamente permitido pelo art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel[34]". Havendo justificativa legítima ou causa involuntária para o inadimplemento, não poderá ocorrer a decretação da prisão.

---

[33] *"Art. 538. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de quinze dias, acrescido de custas, se houver."* Relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, PL nº8046/2010.

34 Esclareça-se que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 25 repudiando a existência da prisão civil do depositário infiel em qualquer das modalidades de depósito.

Ao fazermos uma comparação entre os pedidos formulados na expropriação e os da coação pessoal, temos que a afetação de bens se mostra bastante diferente da coação pessoal do devedor.

A forma expropriativa se aplica a quaisquer devedores, além de não existir a pressão psicológica própria da execução sob pena de prisão. Por outro lado, a coação pessoal só é aplicada após o prazo determinado para o devedor efetuar o pagamento – 03 (três) dias conforme art. 733 do CPC, regido por contraditório e sendo necessário pedido expresso do alimentando. Assim, há inicialmente mera cominação de prisão para, no caso do executado deixar de pagar, de provar que pagou ou de justificar a impossibilidade de cumprir a obrigação.

Após preencher os requisitos supramencionados, caso estes não sejam devidamente justificados e deferidos, ou devido à inércia do executado, será decretada a sua prisão.[35]

Tal prisão tem natureza civil e pretende compelir o executado ao pagamento devido, não se tratando, em hipótese alguma, de sanção penal, não podendo, assim, ser cumprida juntamente a presos comuns.

Alguns autores chegam a descaracterizá-la como meio de execução, entendendo-a apenas como meio coercitivo para o pagamento, uma vez que a simples prisão do devedor não satisfaz o crédito do alimentante.[36]

Neste sentido afirma Fabrício Dani de Boeckel (2007, p.135)

> é inquestionável que a ameaça de prisão civil atinge altos níveis de eficiência, devido ao forte impacto causado sobre a pessoa obrigada. Contudo, por não ser propriamente uma medida de caráter executivo, e sim mandamental, fica sujeita à vontade do devedor em cumprir a obrigação, não produzindo os resultados desejados quando a resistência do alimentante persistir. (...) A prisão civil em si, no entanto, de forma alguma proporciona a satiafação do direito a alimentos, exceto quando consegue dissuadir o alimentante e levá-lo ao adimplemento da obrigação.

Assim, parte da doutrina[37] defende que a aplicação do aprisionamento do executado só deve ocorrer quando se esgotarem os outros meios executórios ditos "normais" como a expropriação, por exemplo.

35 Neste sentido, TJ/DF. 4ª Turma Cível. AGI – 0012788-94.2011.807.0000, Rel. Cruz Macedo, julgado em 07/03/2012; TJ/RS. 8ª Câmara Cível – AI 70048220172, Julgado em 10/05/2012, pelo Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl.

36 Ensina Humberto Theodoro Júnior (2009, p.384) que *"essa prisão civil não é meio de execução, mas apenas de coação, de maneira que não impede a penhora de bens do devedor e o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos. Por isso mesmo, o cumprimento da pena privativa de liberdade "não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas" (art. 733, § 2º)"*.

Esta utilização do artigo 733 do CPC como último recurso se deve ao fato, justificado por alguns julgados[38], de que a custódia "em lugar de remediar, agrava a situação do devedor e dos credores".

Neste ponto, vale uma ressalva. Dependendo da situação social do demandado, a prisão poderá sim surtir efeito positivo em alguns casos, levando o executado ao constrangimento público e à pressão psicológica, afirmando Sérgio Gischkow Pereira (1980, p.80) que ante a ameaça de prisão, muitos devedores que não pagam por desídia ou descaso com o alimentado passam, a partir de mera ameaça de prisão civil, a possibilidade de aplicação. Outrossim, se recolhidos são, imediatamente providenciam em conseguir dinheiro. E este sempre aparece.[39]

A execução através da coerção pessoal, após a Súmula 309 do STJ, deixou de ser utilizada quando se trata da execução de alimentos pretéritos: "*O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo*".[40] Consequentemente as outras deverão ser executadas através da via expropriativa comum.

Caso, o devedor de alimentos não tenha condições de pagar a dívida, deverá apresentar sua defesa no prazo de 03 (três) dias visando elidir o aprisionamento; e caso ele tenha recursos suficientes para solver a dívida e não a fizer por outro motivo, injustificável, deverá ser preso.[41]

Na redação original do PLS nº 166 de 2010, a via da coerção pessoal para pagamento de prestação alimentícia continua sendo uma opção para o credor. Conforme determina o art. 500 do PLS, "não sendo satisfeita a obrigação, *poderá* o credor requerer a *intimação* do devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou

---

[37] Neste sentido Ovídio A. Batista da Silva, Aniceto Aliende, Nelson Crneiro e Domingos Sávio Brandão.

38 1ª Câmara Cível do TJRS, HC 586038838, 07.10.1986, Rel. Des. José Lacerda, JCCTJRS 1986; 2ª Câmara Cível do TJRS, HC 584050991, 13.12.1985, Rel. Des. Silvino Joaquim Lopes Neto, RJTJRS 109/251.

39 Vale ressaltar que, conforme depreende-se do julgado TJ/RS. 8ª Câmara Cível - AI 70048220172, julgado em 10/05/2012, Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, *"A ausência de vínculo empregatício, por si apenas, não justifica o inadimplemento, cabendo ao alimentante, para ver alterado o pensionamento a que está obrigado, promover a competente revisional de alimentos, sendo inadmissível em sede de execução."*

40 É unânime a jurisprudência, neste ponto. TJ/RJ. 11º Câmara Cível - AI 0059971-28.2011.8.19.0000, em 09/05/2012, Desembargador Roberto Guimarães; TJ/SP. 10ª Câmara Cível – HC 0696261.4/7-00, 994.09.278064-1, Julgado em 09/11/2010, Relator Testa Marchi.

41 Decidiu o STJ, 3ª Turma - HC 36.756 -RJ (2004/0098146-5), julgado unânime em 21/10/2004. Rel. Ministra Nancy Andrighi. que: *"Havendo comprovação do pagamento das parcelas devidas a título de pensão alimentícia que instruíram a execução, impõe-se a suspensão do decreto de prisão civil."*

justificar a impossibilidade de efetuá-lo, *sob pena de prisão* pelo prazo de um a três meses" (grifo nosso).

Já nas alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira, a via da coerção pessoal aparece como a primeira tentativa de efetivação da tutela jurisdicional. Aduz o art. 514 do Capítulo IV - Do cumprimento da obrigação de prestar alimentos:

> No cumprimento de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixa alimentos, o *juiz mandará intimar* pessoalmente o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
> § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o *juiz decretar-lhe-á a prisão* pelo prazo de um a três meses. (grifo nosso)

No relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, PL nº8046/2010, o art. 543 - anterior art. 514 - resolve antigo problema: a prisão do devedor de alimentos poderia ser decretada de ofício pelo juiz? Na proposta de redação deste artigo, fica a cargo do exequente, e somente deste, o requerimento para pagamento da obrigação alimentar sob o rito da coerção pessoal.

Perante a inadimplência ou recusa de justificativa, o juiz mandará protestar a decisão judicial e decretará a prisão do devedor, por prazo de um a três meses, conforme disposto no §2º do art. 543.

Neste artigo, também se admite a possibilidade de protesto da decisão judicial[42], corroborando a proposta de novo instrumento no auxílio ao exequente na busca pelo crédito.

Outra importante ressalva é no sentido da possibilidade da prisão ser cumprida em regime semiaberto (§3º), permitindo ao executado a manutenção de uma atividade laboral, auferindo, assim, renda para pagamento do débito. Contudo, estabelece o mesmo parágrafo que *"em caso de novo aprisionamento, o regime será o fechado."* [43] O mesmo parágrafo determina, ainda, que a prisão será domiciliar quando da impossibilidade de ser cumprida em separado dos presos comuns.

Ressalvou o relatório, no §7º do mesmo artigo, a impossibilidade da prisão quando a opção do credor for por promover o cumprimento da sentença nos termos do disposto no

[42] O protesto de decisão judicial encontra-se disposto no art. 532 do relatório: *"Art. 532. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 538."* Relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, PL nº8046/2010.

43 Vale ressaltar o entendimento de parte da jurisprudência, determinando o cumprimento em regime aberto: TJ/RS. 7ª Câmara Cível – HC 70047584412, julgado em 14/03/2012, Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol.

art. 538 e seguintes, que tratam "do cumprimento definitivo da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa", caso em que não será admissível a prisão do executado.

Ainda na seara das inovações propostas pelo relatório da Câmara, destaca-se o art. 547, que determina que o juiz, verificando conduta procrastinatória do executado, deverá dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.

Desta forma, também a proposta de procedimento da via da coerção pessoal corrobora com o "espírito" da Lei nº 11.232/05, devendo a execução transcorrer como fase processual, nos mesmos autos do processo de conhecimento, de forma sincrética.

4. Recentes e futuras reformas: inovação ou simples instrumentalidade?

Conforme visto, a proposta reformista do Projeto do Novo Código de Processo Civil altera de forma tímida o procedimento de execução do crédito alimentar.

Restou demonstrado, também, que a Lei nº 11.232/05 não revogou o Capítulo do CPC que cuida da execução de alimentos (Capítulo V do Título II do Livro II), não fazendo referência a tal obrigação nas regras do cumprimento de sentença dispostas nos artigos 475-I a 475-R, quedando-se o legislador silente (ou omisso?) a respeito.

Contudo, tendo em vista o objetivo da reforma no ordenamento processual conduzida pela Lei de Cumprimento de Sentença e a natureza da obrigação alimentar, necessário foi que a doutrina e jurisprudência pátrias realizassem uma interpretação teleológica, buscando a finalidade real das reformas processuais, impedindo que esta omissão do legislador significasse a inaplicabilidade desta lei ao débito alimentar.[44]

Desta forma, uma vez que ainda temos em vigor, como modelo processual, o atual Código Civil e as reformas dele decorrentes, faremos uma breve análise de como a Lei nº 11.232/05 vem sendo interpretada e utilizada no sistema jurídico.

Cumpre ponderar, que é preciso conhecer e compreender o exato significado da lei decorrente de um processo de reforma, pois somente assim o intérprete poderá aplicá-la adequadamente. A interpretação das leis não deve ser apenas formal, pois a melhor

[44] Parte da doutrina, assim como expressiva parcela dos Tribunais brasileiros, adotaram o procedimento do cumprimento de sentença para execução da dívida alimentar, utilizando o escopo principiológico da Lei 11.232/05 como justificativa para tal. Alguns julgados neste sentido foram colacionados nas próximas páginas.

exegese é aquela que se preocupa com uma solução justa. Claro está que os dispositivos não têm existência isolada; ao contrário, guardam recíproca dependência com as demais regras do Direito, para que não reste prejudicada a plenitude do ordenamento jurídico. A norma, portanto, deve ser colocada dentro do contexto de todo o direito vigente.

Assegura Daniel Sarmento (2007, p.145), ao abordar o tema da interpretação, que, através da "lógica do razoável", é possível chegarmos à resposta adequada e justa para qualquer questão jurídica, sendo necessário "reconhecer que o intérprete tem sempre o dever de se esforçar na busca racional da melhor resposta".

Assim, uma vez que o artigo 732 do CPC faz expressa menção ao procedimento da execução por quantia certa, e se os dispositivos que a regulamentam foram atingidos pela Lei nº 11.232/05, não há como sustentar que o procedimento da execução de alimentos por expropriação permaneça inalterado.

Ademais, se a reforma ocorreu para dotar o processo de maior efetividade, com mais razão ainda tal lei deve ser aplicada às execuções de alimentos. A interpretação da norma deve conduzir à aspiração de justiça. A necessidade do alimentando é premente, motivo pelo qual o processo sincrético lhe proporcionará muito maior celeridade e efetividade.

Inaceitável conceber que uma lei que surgiu com o propósito de agilizar a efetivação de um crédito comum, não possa ser aplicável ao crédito alimentar, o qual possui tamanha urgência, sendo considerado substrato do direito constitucional à vida digna, e por isso de extrema relevância a efetividade da sua execução. Nesse sentido, expõe Rolf Madaleno (2007, p. 238) que a cobrança executiva dos alimentos deveria ocupar na processualística brasileira uma posição de absoluta prioridade, garantida a legislação dos ritos ao credor dos alimentos, pelo fato de a assistência alimentar representar um papel essencial à vida e à sobrevivência da pessoa, um *direito fundamental à tutela executiva.*

Consoante ao abordado anteriormente, a finalidade da nova sistemática da fase de cumprimento de sentença é simplificar o processo de execução, tornando mais ágil o pagamento da quantia devida, proporcionando ao alimentando o real acesso ao bem tutelado perante a Justiça, transformando a execução autônoma em uma fase final do processo de conhecimento.

Assim, considerando a rapidez, sem prejudicar as garantias processuais fundamentais, que deve permear a obtenção de alimentos - essenciais à sobrevivência do credor – conclui-se, indubitavelmente, que a melhor opção para a cobrança de alimentos é por meio do cumprimento de sentença, sem a necessidade de um novo processo.[45]

Alguns de nossos tribunais (TJMG[46], TJSP[47], TJRS[48], TJRJ[49]) não têm se furtado à finalidade da lei e também acordam com o posicionamento acima descrito, determinando a

[45] Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007, p.396): "Não cumprida a sentença, o montante dos alimentos será acrescido de multa, no percentual de dez por cento. De acordo com o art. 475-J do CPC, o não cumprimento da sentença, além de sujeitar o devedor a tal multa, faculta ao credor o requerimento de penhora e avaliação. O art. 475-J, ao fazer menção à penhora e à avaliação, prevê uma forma de execução, exatamente a execução por expropriação. Acontece que, tratando-se de execução alimentar, a expropriação é apenas uma das várias formas de execução disponíveis ao credor.

[46] TJMG- Ementa: ALIMENTOS - EXECUÇÃO - ART. 475-J - APLICAÇÃO - POSSIBILIDADE. A Lei 11.232, de 2005 trouxe novas regras para dar celeridade ao processo de execução e nada deve ser mais célere que a busca de pensão alimentícia. A finalidade dos instrumentos recém criados pelo legislador processual deve ter interpretação a mais ampla possível, cabendo ao Judiciário permitir a operacionalização de todos os mecanismos trazidos pela nova legislação, tornando o processo o mais útil possível. Agravo de Instrumento nº 1.0472.07.015971-1/001. Relator Des. Wander Marotta. Data de julgamento 28/10/2008. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br>.

[47] TJSP - Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. É de notoriedade inquestionável a condição privilegiada a que o ordenamento jurídico brasileiro historicamente alça a execução do débito alimentar. Após a reforma processual promovida pela Lei 11.232/05, que se inclina à simplificação dos atos executórios, há de se conferir ao artigo 732 do CPC interpretação consoante a urgência e a importância da execução de alimentos. Aplicabilidade dos artigos 475 - I e seguintes do CPC. Agravo de Instrumento nº 6361084000. Relator Des. Piva Rodrigues. Data de julgamento 13/10/2009. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>.

[48] TJRS - Ementa: ALIMENTOS. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. Os alimentos devem ser cobrados pelo meio mais ágil introduzido no sistema jurídico. Assim, após a égide da Lei 11.232 o crédito alimentar pode ser buscado por meio do cumprimento da sentença nos mesmos autos da ação em que os alimentos foram fixados (CPC, art. 475-J). Agravo de Instrumento nº 70020394714. Relator Des. Maria Berenice Dias. Data de julgamento 24/07/2007. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site/>.

[49] TJRJ - Ementa: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DÉBITOS PRETÉRITOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO ART. 475-J E SEGUINTES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SENTENÇA CORRETA. As recentes reformas do Código de Processo Civil, em especial, as trazidas pela Lei nº. 11.232 de 22 de dezembro de 2005, aboliram do nosso sistema processual a execução de títulos executivos judiciais, passando a prever, como forma de satisfação do crédito, o cumprimento de sentença na forma do art. 475-J e seguinte. Contudo, no que tange a execução de alimentos, a referida lei foi silente, o que gerou grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre qual rito deve ser adotado: se o estipulado no artigo 732 do Código Processual Civil, mantendo a autonomia do processo executivo, necessitando-se, assim, de citação do réu, ou se o cumprimento da sentença, com base no art. 475-J do mesmo diploma legal, que trata da segunda fase do processo sincrético. Com base no entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive, deste Tribunal, em se tratando título executivo judicial, não há óbice que impeça o seu cumprimento da sentença de alimentos de acordo com o art. 475-J, uma vez que a própria causa de pedir exige um procedimento mais célere e eficaz, sendo certo que um procedimento mais formal e demorado somente traria prejuízo ao próprio exeqüente. Vale ressaltar que o procedimento esculpido no artigo 733 do Código Processual Civil ainda subsiste, aplicando-se, o entendimento do verbete de Súmula nº. 309 do STJ, recém alterado, com fulcro no art. 5, LXVII, CF/88. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aprovado por ocasião do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado em Angra dos Reis nos dias 30 de junho, 01 e 02 de julho de 2006, traduzidos nos Enunciados nº. 5 e 6. Correta a sentença que julgou extinta o processo sem resolução do mérito, com base no artigo 267, inciso IV, do CPC. Recurso desprovido. Agravo de Instrumento nº 0000645-80.2006.8.19.0205 (2006.001.58843). Relator Des. Joaquim Alves de Brito. Data de julgamento 19/06/2007. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br>.

execução de alimentos através do rito previsto no art. 475-J do CPC, empregando o procedimento de cumprimento de sentença quando o assunto abordado é a execução de alimentos, demonstrando, dessa forma, que parte de nossos magistrados, entenderam e aplicam a Lei nº 11.232/2005 visando alcançar seu propósito e escopo, quais sejam, a efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, permitindo, nesse caso, um maior acesso do alimentando ao bem pretendido, os alimentos. Tal postura vai ao encontro dos ensinamentos de Kazuo Watanabe (1988, p.134) quando afirma que "o acesso à ordem jurídica justa supõe, ainda, um corpo adequado de juízes, com sensibilidade bastante para captar não somente a realidade social vigente, como também as transformações sociais a que, em velocidade jamais vista, está submetida a sociedade moderna [...]".

Dessa forma, observando o escopo da Lei nº 11.232/05, efetividade e celeridade, cogitar da exigência da propositura da ação autônoma, em autos apartados, na fase de execução de um processo, seria onerar as partes com acréscimo de despesas desnecessárias, olvidando os objetivos sociais e de ordem pública que caracterizam as demandas desta natureza.

> (...) A sobrevivência do credor e o atendimento de suas necessidades básicas depende do adimplemento pontual a ser realizado pelo devedor. Cabe ao ordenamento jurídico, consequentemente, disponibilizar os mecanismos adequados à efetiva satisfação do direito a alimentos, que em última análise representa condição indispensável à vida digna e sadia do alimentando.
> A efetividade da tutela jurisdicional, nesse contexto, alcança sua máxima importância, diante da ameaça ao direito fundamental à vida. (BOECKEL, 2007, p.84)

Contudo, necessário ressaltar que, apesar das inovações trazidas pela Lei nº 11.232 de 2005, buscando proporcionar efetividade e celeridade, mesmo que diante de uma justiça judiciária, para aqueles que procuram o Poder Judiciário, e da sua total e possível aplicação à execução do crédito alimentar, verificamos o quão problemático pode ser a introdução no ordenamento de reformas como esta. Há que se ter cuidado na busca por soluções para a crise do Poder Judiciário, pois o ordenamento deve funcionar como um todo, interligado, devendo o legislador estar atento não apenas à finalidade da reforma, mas às consequências advindas de tal reforma.[50]

[50] Importante e especial reflexão nos deixa Calmon de Passos (1998, p.26) quando afirma que "*distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava: o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica "instrumentalidade", a que se casaram outras palavras mágicas: "celeridade",*

> Lembre-se que o processo, atualmente, não deve privilegiar a forma, em detrimento do atendimento de seu escopo primordial, qual seja, a realização da justiça, especialmente quando o objeto do conflito é relação de família, cuja solução exige, inexoravelmente, aguçada sensibilidade.
> Entre privilegiar formalismos desnecessários e efetivar a aplicação da norma substancial, onde reside o interesse das partes, evidentemente há que se privilegiar esta, sob pena de desvirtuar a própria *ratio essendi* da norma jurídica. (MONTEIRO, 2004, p. 444)

Dessa forma, enquanto não obtemos as respostas necessárias para a solução da crise do Judiciário, buscamos refletir e encontrar a melhor forma, a mais adequada, ou a forma menos prejudicial, de se concretizar os direitos materiais através do arcabouço procedimental que nos é oferecido pelo legislador, observando sempre os princípios e garantias processuais, em especial os determinados pela nossa Constituição Federal/88, assim como a cidadania e dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Conclusão

Na estrada reformista processual a busca pela efetividade e celeridade sempre permearam as transformações ocorridas. O princípio do sincretismo passou a predominar sobre o princípio da autonomia, determinando a unificação procedimental entre as fases de reconhecimento judicial da obrigação (tutela cognitiva) e seu respectivo cumprimento forçado (tutela executiva), tornando-se esta última uma fase do processo.

Apesar de a reforma trazida pela Lei nº 11.232/2005 ter por escopo a celeridade e efetividade processuais – o que atenderia à expectativa de um acesso concreto e não apenas formal à justiça - o legislador deixou de adequar o procedimento executivo da obrigação alimentícia, permanecendo os artigos que disciplinam a matéria (arts. 732-735 do CPC) com a antiga nomenclatura adotada pela execução tradicional.

Ainda que parte da doutrina defenda a inaplicabilidade do novo procedimento à execução de alimentos, deve-se destacar ser necessário que se interprete as leis visando uma aplicação sistemática dos dispositivos, já que estes não têm existência isolada no ordenamento jurídico, bem como uma aplicação teleológica da norma, buscando a finalidade para qual foi criada.

"efetividade", "deformalização" etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do Direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento."

> Assim, a melhor exegese determina que a aplicação das normas concernentes ao cumprimento de sentença quando diante de uma execução de alimentos é hoje, dentro do nosso arcabouço processual, a melhor forma de se possibilitar um acesso real e efetivo do alimentando ao seu direito, mantendo o foco naquele que busca no Judiciário amparo e proteção para seus direitos, em especial o direito à vida quando se trata de alimentos.

Seguindo este caminho, as modificações propostas pelo Projeto do Novo Código Civil, apesar de pontulamente admitirem instrumentos importantes – como o protesto da decisão judicial inadimplida e a prisão em regime semi-aberto - não inovam de forma substancial quando o assunto é execução de alimentos, conforme demostrado nas análises anteriores.[51] A formalização da idéia de cumprimento de sentença – já utilizada pela Lei nº 11.232/05 e aplicada numa visão hermenêutica por parte da doutrina e juízes - é sem dúvida algum avanço na efetivação da tutela alimentar, pois ainda existem doutrinadores e magistrados que se recusam a utilizar o procedimento descrito no atual CPC, levando ao credor o sofrimento da propositura de nova ação, autônoma, para execução de um direito de extrema urgência e relevância.

A proposta, apesar de não cuidar do tema com a atenção devida - tratando ainda os alimentos como mera execução de valores – formaliza a aplicação da ideia contida na Lei nº 11.232/05 à execução de alimentos, tornando esta também uma fase do processo com a simples intimação do devedor para pagamento, dispensando a propositura de nova ação.

Contudo, talvez fosse a hora do legislador ousar mais ao abordar o tema dos alimentos: mais atenção, mais empenho e até criatividade na busca pela efetivação de um direito que possui caráter fundamental, que visa proporcionar mecanismos de desenvolvimento de uma vida digna, que é finalidade maior do ordenamento jurídico atual.

[51] Corroborando com este entendimento, vale a crítica de Lênio Streck (2012): *"No âmago, o discurso da grande maioria dos processualistas se cinge a defesa do aumento da produtividade e celeridade processual, esquecendo-se que o processo civil brasileiro não serve somente para resolução de conflitos privados e patrimoniais, mas também viabiliza o auferimento de direitos fundamentais básicos. (...) O que se critica é a ausência de uma mudança paradigmática, que fará manter e, talvez, fortalecer a análise do sistema processual sob a ótica principal e única do juiz e da jurisdição, tal qual já ocorre na atualidade. O projeto, assim, nada mais faz do que 'mais do mesmo'"*. (grifos no original)

Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo*. *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190 t.1, p. 35-48, abr./jun. 2011.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento Da sentença (Lei nº 11.232 de 22/12/05).* 1ª ed. São Paulo: Forense, 2006.

_____ *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERIZONCE, Roberto O. *Justicia Coexistencial. Proceso y tribunales de Familia. Formas alternativas de Resolución de conflictos in Derecho Procesal Civil Actual*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1999 (Argentina).

BOECKEL. Fabrício Dani de. *Tutela Jurisdiconal do Direito a Alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BROCCO, Carolina Romano. *A causa jurídica dos alimentos e sua execução mediante coerção pessoal (art. 733 do CPC). In Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 196, p. 277-294, jun. 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos.* 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. "O Acesso à Justiça no plano dos Direitos Humanos". *In:* QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à Justiça.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 01-09.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. 11ª ed. vol I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. 13ª ed. vol II. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. "O novo Código de processo civil: breve análise do projeto revisado no Senado". *In: Revista de Processo*, v. 36, n. 194, p. 141-172, abr. 2011.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: Questões fundamentais e controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões.* 3ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

CASTRO, Eduardo Jara. *Derecho procesal de família: principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinário*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. "O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro". *In: Revista de processo*, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6ª ed., RJ: Renovar, 2010.

_____. "A reforma do CPC e a execução dos alimentos". Disponível em http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?13,3. Acesso em 02/09/2012.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. Vol. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família***.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Escritos de Direito de Família.* Rio de Janeiro: *Lumem Juris*, 2007.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias.* Vol. 6. 4.ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivum, 2012.

PIMENTEL, Fernanda Pontes; YACOUB, Giselle Picorelli. "Breves reflexões sobre o atual procedimento de execução de alimentos e o acesso à ordem jurídica justa". *In: Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte, 2011.

FREITAS, Douglas Oliveira. "A execução de alimentos após a Lei nº 11.232/2005". *In: Revista CEJ*, v. 14, n. 50, p. 30-33, jul./set. 2010. http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/1393/1363.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. 2ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alimentos entre parentes e Direito Processual Civil. In: Dirieto de Família. Processo, Teoria e Prática*. Rodrigo da Cunha Pereira e Rolf Madaleno (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.295-322.

_____. *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Família – Direito Patrimonial.* Vol. XV (arts. 1639 a 1783). Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Derecho Procesal de Familia*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

KIM, Richard Pae; EZEQUIEL, Amanda Goveia. "Direito fundamental aos alimentos e a execução em face da lei 11.232/2005". *In: Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 171-201, jun. 2012.

LIMA NETO, Francisco Vieira; CASAGRANDE, Layra F. Rizzi. *Alimentos no Direito de Família: aspectos materiais e processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LLOBREGAT, José Garberí. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008.

LOURENÇO, Helícia Vitti. "Prisão civil em execução de título executivo extrajudicial sobre a ótica da nova sistemática processual e jurisprudencial". *In: Juris plenum*. Caxias do Sul: Plenum; v. 7, n. 40, (jul. 2011), p.7-14.

MADALENO, Rolf. "A execução de alimentos pela via da dignidade humana". *In:* CAHALI, Francisco José & PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Alimentos no Código Civil. Aspectos civil, constitucional, processual e penal.* 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233-262.

_____. "A execução de alimentos e o cumprimento de sentença". *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha & MADALENO, Rolf (coords.). *Direito de Família: Processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 235/260.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. "A jurisdição no Estado Contemporâneo". *In:* MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13/66.

_____. "Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional". *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. "Codificación de principios constitucionales: el proyecto de codigo de procedimiento civil brasileño". In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. (Org.). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC Editores, 2011, v. 1, p. 258-274.

_____; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; PIMENTEL, Fernanda Pontes. "El procedimiento actual para la ejecución de los alimentos en Brasil y la eficacia de una orden jurídica justa". *In: Ponencias del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal.* Santa Fé, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. "A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC". *In: Revista de Informação Legislativa,* v. 48, n. 190 t.1, p. 289-302, abr./jun. 2011.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. "Execução de alimentos. Expropriação e meio coercitivo da prisão civil: questões atuais". *In: Revista Síntese de Direito de Família*, v. 12, n. 62, p. 132-140, out./nov. 2010.

MONTEIRO, Alessandra. *A aplicação da tutela específica no Direito de Família, in: Temas atuais de Direito de Processo de Família.* Cristiano Chaves de Faria (coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 443-467.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 9ª série, SP: Saraiva, 2007.

_____. "Efetividade do processo e técnica processual". *In Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1995, ano 20, n.77, jan./mar., p. 175.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: *proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASSOS, Calmon de. "Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema". *In*: *Temas atuais de direito Processual Civil.* FIÚZA, César, SÁ, Maria & DIAS, Ronaldo (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. "Alimentos e prisão civil". *In*: Revista de Processo nº 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 79/83.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARMENTO, Daniel. "Ubiqüidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda". *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 113/148.

STRECK, Lênio. *A juristocracia do novo Código de Processo Civil*. Disponível em <www.conjur.com.br>., set/2012. Acesso em 18 jan. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Vol II. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VANEGAS, Martha Lucía Cuartas, SÁNCHEZ, Luis Arturo Ceballos & MORALES, Marta Flórez. *La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y requisitos de procedibilidad en los procesos de familia*. 2ª ed. Bogotá: Biblioteca jurídica Diké, 2007.

VANNUCCI, Rodolpho. *Execução de Alimentos do Direito de Família: um estudo atualizado e sistematizado em vistas das recentes reformas legislativas*. Sapucaia do Sul: Notadez/Datadez, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3ª ed. vol VI. São Paulo: Atlas, 2003.

WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna". *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128/135.

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

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DA JURISDIÇÃO CLÁSSICA RUMO À INSTAURAÇÃO DE UM MODELO DIALÓGICO

Fabiana Marcello Gonçalves

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) com especialização em Direito Processual Civil e Direito Constitucional/Administrativo. Mestranda pela UNESA -Universidade Estácio de Sá (Área de Concentração: Direito Público e Evolução Social / Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo) – e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ).

Sumário: 1 Introdução. 2. Conceitos clássicos de jurisdição e a necessidade de superação destes. 3. Políticas públicas e suas complexidades: a insuficiência do paradigma clássico de jurisdição. 3.1. Relendo o princípio da inércia. 3.2 Princípio do impulso oficial vs. necessidade de participação mais ativa das partes. 3.3 Da imperiosa ampliação dos limites objetivos da demanda. 4. Jurisdição dialógica: uma superação do paradigma clássico de jurisdição no âmbito das políticas públicas. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Desde os estudos de Ronald Dworkin[1] acerca da *policy*, os debates acerca das metas e dos programas a serem seguidos pela Administração Pública assumiram relevante importância, notadamente no cenário brasileiro, razão pela qual as temáticas referentes às políticas públicas ganham cada vez mais espaço nas pautas de discussões dos estudiosos do direito.

Com este inegável recrudescimento do tema políticas públicas, igualmente, a análise acerca do controle jurisdicional da *policy* vem ganhando cada vez mais relevância

[1] Dworkin, ao elaborar a clássica distinção entre princípios e regras, tratava ainda de padrões diversos destes, aos quais ele chama de *policy: "padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões"*. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

não somente para os administrativistas, mas também para os processualistas, o que faz com o assunto desperte constantemente a atenção da doutrina e da jurisprudência.

Na verdade, a juridicização das políticas públicas não é uma preocupação necessariamente recente do Direito Administrativo, visto que a própria reaproximação do direito com a política nos deixa claro que as escolhas políticas dizem sim respeito ao direito[2].

Isso faz com que a tradicional ideia purista e artificial de que o direito se encontra reservado às suas próprias cogitações não mais tenha espaço nos dias de hoje[3]. Tanto é assim que Diogo de Figueiredo destaca que esta fusão do direito com a política, que antes eram considerados compartimentos estanques, encontra-se explicitada na própria expressão Estado Democrático de Direito[4].

Com isso, cientes de que hoje não mais se cogita a existência de uma ciência do direito que somente volte os olhos para si mesma e, considerando que as políticas públicas encontram-se inclusas nas preocupações dessa mesma área do conhecimento, a judicialização da *policy* como fenômeno de submissão das últimas ao crivo do primeiro é um desdobramento natural previsível[5].

Não se pode ignorar, no entanto, que a controlabilidade das políticas públicas pelo judiciário envolve um sem número de problemas que demandam uma investigação detalhada. Por outro lado, não se afigura como objetivo do presente estudo observar de forma pormenorizada cada um destes problemas.

O objetivo deste este ensaio, portanto, é examinar uma pequena parcela de um universo extremamente rico e complexo chamado políticas públicas, notadamente o seu

[2] VALLE, Vanice Lírio do. *Governança regulatória.* Texto extraído e adaptado do IV Congresso Estadual de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, promovido pelo Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, proferida em 5 de outubro de 2011, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

[3] Nesse mesmo sentido, Vanice Lírio do Valle afirma que a realidade não tem complacência com o Direito-Narciso, e vai evidenciar o impasse a que ele é conduzido à conta de seu enamoramento por si mesmo. (...) Cada vez mais, todavia, o espelho, refletindo a imagem de Narciso se mostra insuficiente a reproduzir todas as sutilezas do problema. (VALLE, Vanice Lírio do. *O direito-narciso: nova ameaça à jusfundamentalidade dos direitos.* Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 7, n. 28, abr. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30370>. Acesso em: 02.nov.2011).

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Democracia e Direito Administrativo.* Texto extraído e adaptado da Conferência de Abertura do IV Congresso Estadual de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, promovido pelo Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, proferida em 5 de outubro de 2011, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

[5] Vanice Lírio do Valle, em estudo sobre o tema, afirma que o reconhecimento das políticas públicas como categoria relevante no plano do direito é conquista cognitiva que, associada a um ambiente de Estado Democrático de Direito, tinha como desdobramento previsível a judicialização. (VALLE, Vanice Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.* Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.69).

controle jurisdicional, temática que se faz presente de forma cada vez mais forte na contemporaneidade, especialmente diante de um cenário no qual muito se discute acerca das limitações do judiciário.

Porém, apesar de parecer pouco usual, não será dado um enfoque administrativista a este ensaio, mas sim, processualista, sendo analisadas questões que por vezes são deixadas de lado pelos estudiosos do direito. Ou seja, trata-se de um estudo predominantemente processual, inobstante determinadas temáticas coligadas ao Direito Administrativo venham a ser debatidas, ainda que de maneira superficial.

Diante disso, colocar-se-á em evidência a necessidade de reformulação de alguns conceitos tradicionais consagrados na doutrina processual (centrando-se foco nos conceitos clássicos jurisdição), de modo a evidenciar a necessidade de o Judiciário decidir de forma mais comprometida e democrática as demandas que envolvam as escolhas públicas.

Evidenciando a metodologia adotada, destaque-se que, *a priori*, resgatar-se-ão os conceitos clássicos de jurisdição, ou seja, aqueles já solidificados na doutrina, notadamente nas definições de Giuseppe Chiovenda e Carnelutti. Ou seja, trata-se de uma análise tipicamente doutrinária, pelo menos em um primeiro momento.

Posteriormente, a partir da análise destes conceitos doutrinários, tornar-se-á possível por na pauta de debates a questão da insuficiência da jurisdição clássica nos dias de hoje, já que a "atuação da vontade concreta da lei" e/ou a "justa composição da lide" não mais bastam para resolver as questões hodiernas postas ao Judiciário[6].

Enfim, a proposta deste estudo é exaltar a imprescindibilidade de se efetuar uma releitura das noções clássicas de jurisdição, especificamente no que tange ao tema políticas públicas. Com isso, se tornará possível concluir que os conceitos historicamente consagrados não dão mais conta de sanar todos os debates tormentosos que gravitam em torno da judicialização das políticas públicas.

Isso faz com que seja imperiosa a aplicação de uma jurisdição dialógica, ou seja, uma jurisdição que se encontre em permanente debate, principalmente ao longo do

[6] De acordo com Rodolfo Mancuso, hoje, "intensificou-se a agenda de cobranças sobre a qualidade e a oferta da prestação jurisdicional". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 315.

processo de tomada de decisões, com as partes interessadas e com a sociedade de um modo geral[7].

2. Conceitos clássicos de jurisdição e a necessidade de superação destes

A jurisdição apresenta-se como instituto fundamental da Teoria Geral do Processo, sendo, em apertada síntese, uma emanação do poderio estatal. Nos países de direito escrito, conforme bem asseverado por Leonardo Greco, o monopólio da jurisdição por parte do Estado representa um instrumento de imposição da autoridade das leis[8].

Note-se, dessa forma, que o conceito de jurisdição, historicamente, se encontra umbilicalmente ligado ao direito positivado, tornando a atividade judicante uma mera concretização da vontade legal ou, como dito, um instrumento de imposição da autoridade das leis.

Tal definição, sem dúvidas, foi responsável pela redução, em tese (visto que nem sempre se sabe a real vontade do legislador ou o verdadeiro espírito das leis), do espaço de discricionariedade dos juízes, consagrando a concepção de que o direito resume-se a leis, sendo a sentença, portanto, a perfectibilização da atividade intelectual materializadora.

A visão de que a jurisdição atua como um instrumento da lei ainda se encontra extremamente enraizada na cultura brasileira. Nada obstante, deve-se ter em mente que, embora a lei seja uma variável a ser considerada no exercício da jurisdição, esta não pode se resumir à vontade daquela. Tanto é assim que Greco leciona que, apesar da lei caracterizar a jurisdição nos países de direito escrito, ela não é essencial a um conceito universal de jurisdição[9].

Destaque-se, ainda, que a concepção de jurisdição como concretização da lei guarda relação estreita com a lição de Giuseppe Chiovenda, que afirmava ser a mesma uma

[7] A jurisdição não deve reverenciar um juiz que não esteja acima de todas as coisas, mas que colabore com as partes no processo, garantindo-lhes a paridade de armas ao longo de toda a atividade jurisdicional, através de uma postura dialógica e humana.

[8] Greco destaca que a visão tradicional é no sentido de que a jurisdição atua a vontade concreta da lei. Ainda, afirma o professor, nos países de direito escrito, como é o caso do Brasil, a jurisdição é um instrumento da lei. Isso faz com que o juiz resolva as questões a ele submetidas buscando no ordenamento jurídico a norma de comportamento aplicável ao caso concreto. (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v.I. Rio de Janeiro: Forense, p. 65).

[9] ***Idem***, p. 71.

função do Estado, tendo por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição da atividade de particulares pela atividade de órgãos públicos[10].

Consagra-se, com isso, o brocardo de Montesquieu no sentido de que o juiz é a boca da lei[11]. Evidencia-se, dessa forma, a existência de um esvaziamento do papel do magistrado, delegando-se a ele e às próprias partes um papel secundário no processo de tomada das decisões, já que o que supostamente deveria ser relevado é a vontade da lei.

Lembre-se, ainda, que a visão da jurisdição como monopólio do Estado e como atividade na qual pouco ou nada participam as partes envolvidas nada mais é do que uma herança do próprio direito romano, onde se promoveu a retirada da possibilidade de fazer justiça privada das mãos dos particulares, vedando-se a autocomposição dos litígios. Assim, o Estado, ao se imiscuir na esfera privada, toma para si a tarefa de solucionar os problemas de toda espécie.

Em contrapartida, Carnelutti afirmava ser a jurisdição uma função que buscava a justa composição da lide[12]. Quanto a esta definição, Chiovenda divergia profundamente, sob o fundamento de que, mesmo quando entre as partes exista lide, o objetivo central do processo não é compô-la, mas tão somente atuar a vontade da lei[13].

Nessa esteira, registre-se que Carnelutti limitava o exercício da jurisdição a casos em que existisse lide, excluindo a sua aplicação no âmbito da chamada jurisdição voluntária, fato que ainda gera controvérsias doutrinárias, já que parte da doutrina moderna não enxerga a lide como sendo elemento essencial da jurisdição.

Alexandre Câmara, por exemplo, entende que o Estado, ao exercer função jurisdicional, não tem a tarefa de compor a lide[14]. Por outro lado, Juan Montero Aroca, filiando-se a Carnelutti, corrobora a tese de que a jurisdição somente se exerce em caso de existência de pretensões resistidas[15].

A par das diferenças verificadas entre as concepções *chiovendianas* e *carneluttianas*, fato é que ambas delegam aos juízes e, principalmente, aos sujeitos envolvidos nos conflitos posições secundárias, razão pela qual as partes figuram como

[10] CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002, p. 08.
[11] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis* (tradução de Cristina Murachco), livro XI, cap.6. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.179.
[12] CARNELUTTI, Francesco. Litis y proceso. In: *Estudios de derecho procesal* (tradução em espanhol de Santiago Sentís Melendo), vol. 2. Buenos Aires: EJEA, 1952, p. 5.
[13] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 67.
[14] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.
[15] AROCA, Juan Montero. *Derecho jurisdiccional*, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 10 ed., 2000, p. 130.

meras expectadores, seja quando o juiz "disser a lei" ou quando ele entender que deve "compor a lide".

E este parece ser o "calcanhar de Aquiles" dos conceitos clássicos de jurisdição, à luz do brocado *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me os fatos que eu lhe dou o direito), o papel das partes no processo fica adstrito à narrativa das questões fáticas, excluindo destas a possibilidade de qualquer participação mais ativa e de qualquer diálogo mais humano com os juízes.

Ocorre que tal paradigma clássico não mais se coaduna com a contemporaneidade, pois, como bem ressalta Dinamarco, os tempos exigem a figura de um juiz que vivencie os dramas sociais sobre os quais é chamado a atuar no processo[16]. Diante disso, o juiz dos dias de hoje deve ser visto como parte integrante da relação processual, razão pela qual precisa estar envolvido com as lides de forma real.

Hodiernamente, a incumbência do judiciário se tornou mais humanizada, devendo, dessa forma, ser mais próxima da vontade das partes, o que lhe permitirá que, ao final, profira uma sentença que se coadune com os interesses dos jurisdicionados, interesses estes que nem sempre são exteriorizados, mas que são constitucionalmente garantidos.

3. Políticas públicas e suas complexidades: a insuficiência do paradigma clássico de jurisdição

3.1.Observações genéricas

Através de todo o exposto no tópico anterior, tornou-se possível constatar que o paradigma clássico de jurisdição, atualmente, mostra-se insuficiente, não mais dando conta de todas as complexidades inerentes às demandas modernas, limitando o papel do juiz a duas funções: dizer a lei e compor litígios.

[16] *"Pois essa vivência, que exige do juiz um comportamento capaz de oferecer às partes um processo justo na sua realização e ao fim uma tutela jurisdicional justa, vem também conduzindo os juízes mais comprometidos com o valor da justiça a participar dos movimentos de reforma do sistema processual (...)"*. DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do processo civil brasileiro. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 753.

Cumpre repisar, ainda, que esta inaptidão se dá de forma genérica, e não somente no campo das políticas públicas, onde, em nosso sentir, o problema se agrava em virtude de algumas questões técnicas a serem consideradas.

Apesar do nosso âmbito de análise restringir-se à inaptidão dos conceitos clássicos de jurisdição para o enfrentamento dos conflitos de interesses que envolvam a análise de políticas públicas, cumpre ressaltar que se faz imprescindível que façamos, primeiramente, uma investigação mais genérica até que cheguemos ao cerne dos nossos debates.

Genericamente tratando do assunto (e não somente fazendo referência ao tema políticas públicas), parece claro que a ideia de jurisdição como atuação da vontade da lei diz muito menos do que deveria dizer, posto que a preservação das normas é mera conseqüência daquela atividade estatal[17].

Logo, afirmar que jurisdição é "dizer o direito" nada mais é do ratificar que a lei deve ser sempre cumprida, ainda que de forma cega. Só que tal definição gera um problema: ao se enxergar dessa forma a função estatal de composição de conflitos, limita-se o seu exercício à mera aplicação mecânica da lei, esquecendo-se de que, por vezes, que o direito é produto da sociedade, não estando necessariamente positivado.

Ademais, é inegável que, nos dias de hoje, proclamar a sujeição do juiz à lei já não equivale, como no velho paradigma positivista, a falar em subordinação à sua letra, mas em observância dos ditames legais enquanto válidos, ou seja, enquanto estes forem coerentes com a Constituição Federal[18].

Além disso, considerar a jurisdição como sendo mera aplicação da lei gera um problema de ordem prática: passa-se a considerar a lei um sistema completo capaz de dar respostas a todas as perguntas e complexidades do dia-a-dia.

Souza Neto, nesse sentido, afirma que o dogma da onipotência do legislador, faz com que ocorra o surgimento da noção de sistema jurídico estático. Para se

[17] Sobre o assunto, Leonardo Greco afirma que *"a definição da jurisdição como atuação da vontade da lei, embora aparentemente sedutora, é insatisfatória na medida em que conduz à errônea conclusão de que a sua finalidade precípua seria efetivar o cumprimento e a observância da lei. Sem dúvida, o exercício da jurisdição pressupõe a busca das regras de comportamento estabelecidas para regular a vida em sociedade; mas a finalidade da jurisdição não é preservar ou aplicar essa normas, embora indiretamente ela o faça. Se a finalidade da jurisdição fosse a de assegurar a eficácia das normas estatais, ela deveria ser exercida de oficio, para que todas as violações daquelas normas fossem devidamente coibidas e reparadas pelos juízes. Ao contrário, como veremos, a jurisdição é inerte, ou seja, o juiz somente exerce jurisdição quando provocado"*. (GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 14).

[18] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. 17 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 2.

considerar o legislador como onipotente tem-se que pressupor o direito como um sistema completo e coerente[19].

Paolo Grossi critica essa visão arraigada de que o direito se resume ao cumprimento das leis, evidenciando que tal visão denota a preguiça intelectual dos juristas, que são pagos para desempenhar o papel formal de sacerdotes do culto legislativo[20].

Ora, se os juízes tão somente assumem a função de dizer o direito posto, não há como se negar que eles são meros intérpretes daquilo que o legislador pretende dizer: resume-se o papel dos magistrados a meros aplicadores da lei, visão esta que não se coaduna com as necessidades atuais do processo, como já dissemos oportunamente.

Consoante preceitua Hermes Zaneti Junior, quando se fala em processo, correta é a lição que afirma ser o direito de participação e influência no processo um limite ao poder do juiz e, como seu fenômeno correlato, a existência de um dever de debate por parte deste julgador, mesmo nos casos em que seja possível e recomendável a sua atuação de ofício[21].

Por outro lado, especificamente pondo em foco o conceito de jurisdição proposto por Carnelutti, não se pode negar que, ao se falar em justa composição da lide, aproxima-se o paradigma clássico de uma concepção mais moderna de jurisdição, já que fica implícito o fato de que os juízes devem buscar a pacificação dos conflitos ao tutelar interesses juridicamente relevantes[22]: tanto é assim que se fala em justa composição.

Dessa forma, o grande ganho da definição *carneluttiana* é exatamente a aproximação da jurisdição com a justiça, tendência esta que adquiriu contornos mais delimitados com o neoconstitucionalismo. Por outro lado, inobstante a evolução contida no conceito proposto por Carnelutti, persiste na sua enunciação um mesmo equívoco: centralizar nas mãos do juiz todo o poder, não se fazendo qualquer menção a um diálogo ativo entre os envolvidos nos debates.

[19] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 80.
[20] GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito* (tradução de Ricardo Marcelo Fonseca). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4.
[21] ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 196.
[22] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

3.2. Observações específicas sobre o tema políticas públicas

A ausência de diálogo entre as partes do processo, deficiência esta que evidencia na esfera da jurisdição clássica, é um dos motivos que fazem com que se passe a questionar o tema no âmbito das políticas públicas, especificadamente quando a *policy* se encontra subordinada ao controle jurisdicional.

Some-se a isto a inaptidão do Judiciário para tratar do tema de forma escorreita, o que ocorre, basicamente, em virtude de dois fatores: a falta de legitimidade dos juízes para alterar escolhas realizadas por representantes eleitos e a ausência de *expertise* do Judiciário.

Quanto a estes fatores, não negamos que a falta de legitimidade dos juízes se afigura como elemento importantíssimo para respaldar as críticas ao controle das políticas públicas pelo judiciário.

Apesar disso, a análise da legitimidade do judiciário não nos interessa no presente ensaio, razão pela qual nos resta analisar a questão da falta de aptidão técnica dos juízes para tratar de escolhas realizadas pela Administração.

Acontece que, por mais que caiba ao juiz "dizer o direito" ou "compor a lide", as causas jamais serão decididas escorreita e satisfatoriamente enquanto o Poder Judiciário não reconhecer as suas limitações quanto ao tema em apreço.

Em virtude destes déficits institucionais, torna-se condição *sine qua non* que se redefina não somente o conceito de jurisdição no que tange a políticas públicas, mas também alguns de seus institutos, optando-se por um *moduz operandi* capaz de assegurar uma participação ativa da sociedade, dando voz aos reais interessados na resolução dos conflitos postos ao crivo do Judiciário.

Não se está afirmando, de forma alguma, que a judicialização das políticas públicas não possa e nem deva ocorrer. Até porque, conforme oportunamente destacado, este fenômeno se configura como uma consequência inarredável da juridicização.

O problema não reside, portanto, na admissibilidade do *judicial review* em matéria de escolhas públicas, mas na forma como os juízes encaram estes temas, passando a compor os conflitos de interesses com elementos que não são próprios ao seu desenho

original, como a escolha de prioridades de ação em um ambiente de demandas múltiplas e recursos escassos[23].

Reitere-se, nessa linha, - e sem qualquer medo de soar repetitivo - que os juízes se esquecem de que a complexidade das relações sociais e dos próprios direitos (e o tema políticas públicas é deveras complexo) passa a exigir que as suas competências venham a ser desempenhadas de forma diferente, não mais bastando fazer uso das concepções empoeiradas de jurisdição[24].

Nessa mesma linha, Luís Roberto Barroso assevera que, com o Estado Democrático de Direito, em muitas situações, passa a caber aos juízes e aos tribunais assumir a tarefa de construção do sentido das normas jurídicas[25].

Em inúmeros outros casos, ressalta o autor, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas[26].

Evidenciamos, com isso, mais uma vez, a insuficiência da jurisdição clássica para resolver os problemas atuais postos pela sociedade, notadamente no que concerne a políticas públicas.

Desenvolvamos:

Quando se afirma que a limitação dos conceitos clássicos de jurisdição (historicamente vista como "o poder de dizer o direito" e/ou "a justa composição da lide") ainda é mais visível quando o tema é políticas públicas, o que se quer destacar é que estas atendem a um movimento dinâmico, dinamismo este que vai de encontro à própria postura estática da jurisdição.

Acontece que a jurisdição tradicional se afigura como uma reprodução fotográfica: ela põe em foco apenas um episódio pontual. Ocorre que, em decorrência de

[23] VALLE, Vanice Lírio do. Op. cit. P. 101.
[24] Hoje, a função do juiz envolve maiores responsabilidades do que outrora, não mais sendo suficiente que se exerça o papel de aplicador da vontade legal. *"O juiz sai de seu papel passivo e assume de alguma maneira, a responsabilidade pela cura de uma relação doente entre o direito e a vida"*. BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. In: *Revista de Processo*. n. 27, ano VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 194.
[25] BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 16/03/2013.
[26] *Idem*.

um dinamismo que lhe é intrínseco, para as políticas públicas isso não basta, posto que é traço característico destas o desenvolvimento dentro de uma perspectiva temporal[27].

Diante disso, presos pelas amarras impostas pelo próprio processo civil pré-contemporâneo, os juízes ignoram a amplitude do universo das políticas públicas, fazendo com que o Poder Judiciário, em vez de exercer uma função indutora (levando o Estado-Administração ao cumprimento dos desideratos constitucionais que lhe foram outorgados), opte por uma atividade substitutiva.

3.3. Relendo o princípio da inércia

Considerando a premente necessidade de releitura de alguns conceitos basilares da Teoria Geral do Processo, especialmente quando estamos diante do tema políticas públicas, urge ressaltar que o princípio da inércia seria o primeiro aspecto a merecer especial atenção.

Nesse diapasão, recorde-se que o princípio da inércia se encontra explicitado no artigo 262 do Código de Processo Civil (CPC), sendo estabelecido que "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais", disposição esta que encontra respaldo nos seguintes brocardos: *nemo judex sine actore* (não existe juiz sem autor) e *ne procedat judex ex officio* (o juiz não pode proceder de ofício).

Segundo este princípio, entende-se que o exercício da jurisdição precisa ser provocado pelas partes ou pelo interessado. Ademais, a inércia, consagrada no artigo 262 do CPC, é um princípio que visa a respeitar a liberdade individual, uma vez que o Estado não deve interferir nas relações jurídicas privadas, salvo quando algum interessado o requerer[28].

---

[27] Vanice Lírio do Valle afirma: *"É ainda de se ter em conta outro traço característico das políticas públicas - de que também se cogitou no Capítulo 1 acima - a saber, que elas se desenvolvem dentro de uma determinada perspectiva temporal, sendo inadequada a pretensão de controle que se dirija a um momento determinado do tempo, sem ter em conta os desdobramentos previstos na sua formulação. Isso significa que do ponto de vista prático, uma determinada política pública pode não ter ainda gerado os efeitos perseguidos jurisdicional mente, mas estar em vias de determinar os resultados a que se propôs - o que pode tornar inadequada a intervenção que paralisa, reconfigura ou substitui a estratégia de ação já traçada"*. (VALLE, Vanice Lírio do. Ob. cit. p. 103).

[28] *"A inércia da jurisdição é também uma garantia da imparcialidade do juiz, pois a neutralidade do juiz ficaria comprometida se ele pudesse julgar aquilo que ele mesmo pediu"*. (GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 127).

Há autores, inclusive, que justificam a existência do princípio da inércia afirmando que ele atende ao ideal de efetividade, posto que não seria producente permitir que o Judiciário venha a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes[29].

Por outro lado, afirmar que o princípio da inércia evita que sejam fomentadas as desavenças existentes entre as partes simplifica por demais o problema, pois existem debates que, inegavelmente, demandam uma postura mais atuante do Judiciário, não podendo este ficar limitado às *quaestiones* trazidas pelas partes.

Até porque, não mais tem lugar no processo civil moderno a prevalência da mera verdade formal, fato que faz com que os juízes dediquem esforços na busca da verdade real, ainda que, para isso, precisem sair da posição inerte que historicamente lhes foi reservada[30].

Essa necessidade de releitura da inércia como um princípio absoluto norteador da atuação do juiz se evidencia ainda mais quando o assunto sob-referência é judicialização de políticas públicas. Nestas hipóteses, no mais das vezes, o que é apresentado ao juiz representa apenas uma pequena parte de todo o problema (*a ponta do iceberg*) – usualmente, o desdobramento da ausência do planejamento estatal, ou de sua inadequação na esfera individual de direitos do demandante.

Isso acaba por gerar a falsa impressão de que as demandas propostas visam, pura e simplesmente, a concretização de direitos fundamentais violados, o que tornaria o julgamento da causa menos complexo do que se tivesse que levar em consideração todas as variáveis incidentes sobre a temática políticas públicas, e de seus efeitos, por sua vez, na esfera de direitos dos seus demais destinatários naturais – que não integram a lide.

Assim sendo, o debate não é simples e tampouco se resume a "conceder medicamentos", "deferir a criação de leitos nas emergências dos hospitais públicos" ou "ordenar a criação de vagas nas escolas públicas". Trata-se, em verdade, de uma confluência de pontos sensíveis a serem analisados[31].

[29] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 134.
[30] Nelson Nery Jr. afirma que o juiz deve sempre aguardar a iniciativa da parte, em nome dos princípios dispositivo e da inércia da jurisdição. NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado.* 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 499.
[31] VALLE, Vanice Lírio do. Op. cit. p. 98.

E justamente em virtude da complexidade dos aspectos a serem aferidos pelo Judiciário no processo de tomada de decisões, enxergar o princípio da inércia de forma rígida, apequenaria uma discussão muito mais ampla.

Logo, não é porque um juiz não foi provocado a aferir a existência de uma dada política pública que contemple o pleito de determinado administrado, que ele se encontra impedido de fazê-la, ainda que a parte pleiteie providência diversa. Até porque, se existe uma política pública vigente, o judiciário deve ser deferente, não cabendo a ele, por mero capricho, atuar como se Administração fosse.

É possível que se afirme que não se trata propriamente de uma releitura do princípio da inércia, mas sim, de uma mera questão inerente aos poderes instrutórios do juiz, o que não estaria errado. Porém, a linha divisória é muito tênue.

Sem embargo, se considerarmos que a inércia nos diz que o juiz só atua se provocado, se ele não foi devidamente instado a aferir a existência de uma política pública pré-existente (nos casos em que o objeto da demanda é exclusivamente a concretização de um direito individual, por exemplo), parece-nos que o juiz poderia sim vir a alegar que estaria sendo vilipendiado o princípio da inércia, tratando de questões sem haver provocação.

Some-se a isso o fato de que as políticas públicas possuem uma dimensão coletivista, sendo perfeitamente possível que ela seja concebida e implementada com sucesso, alcançando todos os resultados almejados, e, mesmo assim, permaneça não satisfazendo determinado cidadão.

Sendo assim, se impõe que o princípio da inércia seja lido de forma correta, não devendo ser interpretado de forma cega. Por esse motivo, ainda que se trate de uma demanda individual, deve o Judiciário, principalmente quando estiver diante de questões que envolvam políticas públicas, analisar todas as questões umbilicalmente ligadas ao cerne da demanda proposta, ainda as partes não tenham pleiteado expressamente tal análise.

3.4 Princípio do impulso oficial vs. necessidade de participação mais ativa das partes

Um segundo elemento do conceito da jurisdição clássica que merece ser revisitado é o princípio do impulso oficial. De acordo com o referido princípio, também

previsto no artigo 262 do CPC, uma vez provocado o exercício da jurisdição, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial[32].

Dessa forma, o poder de impulso é exercido pelo juiz por meio dos atos de movimentação, atos ordinatórios ou de mero expediente e o escrivão colabora com o juiz nesse impulso, praticando atos meramente ordinatórios, dando execução aos seus despachos e submetendo-o a despacho petições e quaisquer outras correspondências, bem como os próprios autos do processo[33].

Nessa toada, note-se que o princípio do impulso processual, ao delegar ao Judiciário a tarefa de levar o processo rumo ao seu fim, tira das mãos dos particulares o poder diretivo do processo Lógico que isso não quer dizer que as partes não devam colaborar, mas não é função precípua dos destinatários da prestação jurisdicional impulsionar o processo para o fim.

Quando se trata de judicialização de políticas públicas, é preciso se pensar em uma alternativa na qual a participação das partes possa vir a ser mais ativa e efetiva, posto ser fundamental que se permita não só ao administrado, mas também ao Estado-Administração mover o processo rumo à solução que melhor atenda às suas necessidades. Até porque, não existe ninguém melhor do que as próprias partes para saber exatamente como guiar o processo ao encontro do fim esperado[34].

E mais: considerando que as políticas públicas são formuladas como pauta de regência do agir do Estado por um determinado período de tempo[35], torna-se imprescindível que o seu controle judicial se dê de forma célere, a fim de garantir a própria efetividade do provimento jurisdicional.

---

[32] *"Há, contudo, atos que devem ser praticados pelas partes ou que exigem sua provocação. Nestes casos, se a parte não der andamento ao processo praticando ato cuja iniciativa lhe competia, ocorre a contumácia, que, se for do autor, pode ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito"*. NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 499.

[33] GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 116.

[34] Inclusive, nesse mesmo sentido, Leonardo Greco apregoa, de forma genérica (e não exclusivamente com relação a políticas públicas), que seria desejável a adoção de um sistema de mais ampla descentralização da movimentação do processo, especialmente quando aos atos de comunicação processual (citações e intimações), acentuando-se as responsabilidades das partes e dos seus procuradores e aliviando a máquina judiciária, sobrecarregada com a prática cotidiana de um número exagerado de atos que desvia a atenção de juízes e auxiliares do exercício de suas mais relevantes funções. (*Idem*).

[35] VALLE, Vanice Lírio do. Op. cit. p. 44. Já, de acordo com Maria Paula Dallari, as políticas públicas seriam *"programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"*. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 241.

Inclusive, partindo-se da premissa de que o controle jurisdicional incidirá sob determinada política pública, é necessário que, ao tempo da sentença, a mesma ainda esteja vigente (e, preferencialmente, nos mesmos moldes), sob pena de ineficácia da própria decisão.

Parece, dessa forma, adoção de um sistema capaz de melhor dividir as tarefas entre o Judiciário e as partes, com consequente repartição de responsabilidades, a máquina judiciária poderá funcionar de forma mais eficiente e desafogada, fazendo com que as sentenças sejam proferidas dentro do lapso temporal de vigência da mesma política pública que ensejou a demanda.

Logo, é preciso repensar se a rigidez do princípio do impulso oficial, que isenta as partes de exercer uma função diretiva do processo, de fato é a melhor opção quando se trata de controle jurisdicional de políticas públicas ou se seria possível atribuir, principalmente para a Administração Pública (que é quem detém a competência técnica acerca do assunto), tarefas com maior carga de responsabilidade.

Ou seja, o argumento da *expertise* da Administração Pública, comumente utilizado para obstar o controle judicial de políticas públicas, também pode ser utilizado para respaldar a sua atuação mais ativa ao longo do processo, sob pena de contumácia, o que, sem dúvidas, ensejará uma decisão mais escorreita do Judiciário.

3.5. Da imperiosa ampliação dos limites objetivos da demanda

Por fim, há que se cogitar uma alteração dos próprios limites objetivos da demanda. Tal alteração, em conjunto com a mitigação do princípio da inércia, anteriormente abordada, permitirá que se tenha uma visão global das políticas públicas, ainda que a temática sob referência seja apresentada com uma roupagem de demanda individual.

Esta visão global somente será possível se reconfigurarmos os limites objetivos da demanda, bem como efetuarmos uma releitura do princípio da inércia, permitindo que os magistrados, em nome da verdade real, busquem todos os fatores relevantes para o correto julgamento da causa, não ficando adstritos àquilo que as partes levam à sua cognição e às matérias alvo de provocação pelas partes.

Levando-se em conta que a possibilidade de mitigação do princípio da inércia já fora visualizada de forma mais próxima, há que se centrar foco na necessidade de ampliação dos limites objetivos das demandas que versem sobre políticas públicas.

O artigo 128 do CPC estabelece que "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

É o autor quem, na petição inicial, fixa os limites (subjetivos e objetivos) da lide - é ele quem deduz pretensão em juízo. E, aos fixar os limites da lide, torna-se imprescindível que haja correlação da sentença com estes limites pré-fixados, sendo defeso ao juiz decidir aquém, fora ou além do que foi pedido, ficando a decisão vinculada à causa de pedir e ao pedido[36].

Dinamarco leciona que se o juiz pudesse extravasar os limites da demanda, dispondo sobre algo ou para alguém que não figure nela ou com fundamento em fato não alegado, estar-se-ia comprometendo a efetividade da garantia constitucional do contraditório, pois poderia se surpreender as partes, ou até mesmo um terceiro não integrado ao processo, com um resultado do qual não se defenderam[37].

Mas o fato é que, quando o tema em voga é políticas públicas, a regra geral não basta, posto que estas não podem ser compreendidas se não nas suas relações de coordenação, e isso ampliará o foco de cogitação do julgador para além do objeto do pedido, exigindo a cogitação quanto às possíveis relações de interferência recíproca entre os quadros normativos do agir estatal[38].

---

[36] NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 128.

[37] "*Decidir- nos limites da demanda proposta significa não ir além ou fora deles, nem ficar aquém. Eis a primeira das grandes regras em que se desdobra a exigência legal de correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda. Se o juiz pudesse extravasar os limites desta, dispondo sobre algo ou para alguém que não figure nela ou com fundamento em fato não alegado, com isso estaria comprometendo a efetividade da garantia constitucional do contraditório, pois poderia surpreender as partes, ou mesmo terceiro não integrado ao processo, com um resultado do qual não se defenderam: a regra ne eat judex ultra vel extra petita partium é filha do nemo judex sine actore, porque na parte que não corresponde à demanda o juiz estaria decidindo sem a indispensável iniciativa de parte. (...) A proibição de extravasar os limites da demanda é uma legítima limitação ao exercício da jurisdição, ditada por aquelas superiores razões"*. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.III. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 274.

[38] Sendo assim, ainda que o pedido envolva tão somente a efetivação de um direito fundamental, caberá ao juiz analisar outros fatores relevantes, tais como: se existe uma política pública vigente, a forma como essa política pública vem sendo implementada, como ela vem se comportando junto às necessidades da sociedade e quais as suas perspectivas para o futuro. Faz-se imprescindível uma visão global! Até porque, como uma política pública associa as dimensões do tempo - passado e futuro projetado - é necessário o transcurso do tempo para que os resultados comecem a ser visualizados. VALLE, Vanice Lírio do. Op. cit. p. 102.

Por isso, a visão do magistrado não pode e nem deve ficar adstrita ao objeto que lhe fora apresentado pelo autor (objeto este que se encontra delimitado pelo pedido), devendo o julgador não somente voltar os olhos para o passado (verificando se existe uma política implementada e o seu grau de sucesso), mas também lançar seus olhos para o futuro (verificando se já passara o intervalo de tempo necessário para a maturação desta mesma política). Por esse motivo, é tão importante que o controle jurisdicional de políticas públicas não fique limitado àquilo que é apresentado pela partes.

Por fim, saliente-se que esta ampliação dos limites objetivos da demanda (e o mesmo se pode dizer com relação à reconfiguração do princípio da inércia) no que pertine às políticas públicas não significa dizer que o juiz possa atuar de forma arbitrária e descompromissada com a boa-fé norteadora do processo.

O que se está dizendo, todavia, é que a sua atuação não pode se resumir à análise pura daquilo que é apresentado objetivamente pelas partes[39]. No entanto, o papel do magistrado deve se limitar à investigação de fatores que sejam análogos e tenham pertinência com o tema central da demanda proposta, fatores cuja ausência de análise seria apta a comprometer não só a decisão final proferida, mas também as próprias políticas implementadas e adotadas pela Administração Pública.

4. Jurisdição dialógica: uma superação do paradigma clássico de jurisdição no âmbito das políticas públicas

Vistos os conceitos clássicos de jurisdição e as suas inconsistências nos casos em que a demanda apresentada envolva o controle jurisdicional de políticas públicas, torna-se clara a necessidade de reformulação de alguns conceitos tradicionais, tais como o princípio da inércia, o princípio do impulso processual e os limites objetivos da demanda, conforme detidamente explicitado.

De outro lado, além da necessidade de reconstrução desses conceitos inerentes à jurisdição, o que a tornaria mais adaptável às necessidades atuais quando se fala

[39] Mauro Cappelletti apregoava que o papel do juiz é muito mais difícil e complexo na modernidade, sendo este bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Dessa forma, prossegue o autor, o juiz não pode mais se ocultar detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma "neutra". É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993, p. 33.

em políticas públicas, a verdade é que de nada adianta tamanho esforço se o Judiciário não optar por uma estratégia que concilie supremacia com legitimidade[40].

Há que se superar a crença de que o Judiciário é uma instituição superior à Administração Pública, sendo o único a tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, que são infantilizados perante os olhos dos magistrados.

Ingborg Maus, nessa esteira, em uma de suas obras, afirma que os jurisdicionados, historicamente, são sujeitos tratados como se fossem órfãos[41], sendo o Judiciário a sensatez necessária ao cidadão. Ocorre que nem sempre a sociedade precisa de proteção, necessitando de canais que fomentem o seu diálogo com a Administração em detrimento de soluções paliativas e pontuais para problemas específicos.

Sendo assim, é preciso superar esta visão paternalista, sendo fundamental que se fomente um efetivo diálogo entre o Estado e a sociedade, até como uma forma de suprir o já mencionado *déficit* de *expertise* inerente a este poder quando se trata de políticas públicas[42].

Ao Judiciário, portanto, cabe a tarefa de dialogar de forma mais aberta, ampla e transparente com todos os envolvidos, incluindo a Administração Pública. Deve-se abrir espaço ao debate, tornando o Judiciário um cenário de troca e de concretização da democracia, de forma a exigir uma interação com outras estruturas do poder e de conhecimento, induzindo o desenvolvimento do diálogo institucional ou social[43].

Esta ideia de abertura ao diálogo, por outro lado, não é inovadora, encontrando respaldo no discurso *habermasiano* acerca do direito, democracia e participação. Habermas, no entanto, em vez de tratar da necessidade de participação

[40] *"A opção em favor de um sistema de judicial review que se incline ao exercício do diálogo social implica, em alguma medida, no reconhecimento da insuficiência do debate tradicional em torno das correntes de interpretação constitucional e sua aptidão para revelar o sentido do texto fundante - preocupações associadas à chamada visão normativa da teoria constitucional, noticiada por Friedman"*. (AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Lírio do. Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarismo ao alinhamento com a maioria. In: Revista Juris Poiesis. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2010, p. 441).

[41] MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Novos Estudos CEBRAP, no. 58, Novembro de 2000, p. 186.

[42] Não se está defendendo que o judiciário nunca poderá intervir. Nesse sentido, vide Barroso: *"Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito a saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e devera intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes"*. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

[43] AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Lírio do. Op. cit. p. 442.

democrática no processo de tomada de decisões judiciais, se dedicava ao estudo do processo democrático ao longo do processo de formação das leis.

Tanto é assim, que Habermas apregoa que o princípio da democracia se destina a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Assim, somente podem pretender validade legítima as leis capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros do direito[44].

A doutrina de Habermas pode ser utilizada, sem qualquer prejuízo, na construção de uma jurisdição dialógica, posto que, assim como o processo de formulação das leis deve ser transparente e democrático, a tomada de decisões por parte do Judiciário deve ser igualmente participativa - seja através da realização de audiências públicas realmente efetivas, seja pela admissão de *amicus* curiae -, inclusive como forma de minimizar o *déficit* democrático que assola esta instituição.

Em suma, não se pode perder de vista que as escolhas públicas, em regra, constituem ações governamentais que objetivam a coordenação dos meios à disposição do Estado para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados[45], conforme doutrina Maria Paula Dallari.

Enfim, a atuação do Judiciário não pode e nem deve ser substitutiva, como dito ao longo deste artigo, devendo este poder, sempre que possível, induzir a Administração ao cumprimento de seus deveres constitucionais.

Logo, somente excepcionalmente, em caso de persistência na omissão, o Judiciário torna-se legítimo para a consecução de tais deveres, desde que abandone a postura de concretizador absoluto dos direitos fundamentais, atuando de forma dialógica e democrática, de forma a possibilitar a participação de todos os interessados.

5. Conclusão

O estudo realizado se propôs, em um primeiro momento, a resgatar os conceitos clássicos de jurisdição, a fim de, posteriormente, partindo de tais definições, demonstrar a sua insuficiência para explicar as complexidades ínsitas ao controle jurisdicional de políticas públicas.

[44] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (tradução de Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 145.
[45] BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p. 241.

Dessa forma, buscou-se evidenciar as fragilidades inerentes ao paradigma jurisdicional clássico, de forma a exaltar a necessidade de readaptação de alguns institutos do direito processual, tais como os princípios da inércia e do impulso processual e os próprios limites objetivos da demanda.

Entretanto, este exercício de releitura de institutos clássico apenas configurou-se como meio para que se atingisse o real fim desejado: demonstrar a importância da jurisdição dialógica como forma de suprir não somente o *déficit* de legitimidade de Judiciário em decisões atinentes às políticas públicas, mas também como solução para superar a limitação deste poder no que tange ao conhecimento de tais matérias.

Evidente que a jurisdição dialógica é um modelo que deve se fazer mais presente no dia-a-dia de todo o atuar da máquina judiciária, independentemente do objeto das demandas, a fim de diminuir o abismo existente entre o Poder Judiciário e a sociedade.

Nada obstante, quando o debate envolve a análise de políticas públicas, a ausência de uma jurisdição mais próxima dos interessados (e diga-se interessados em sentido amplo, posto que não é regra que somente as partes da demanda configurem-se como interessadas) é mais sentida.

Até porque, quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância da sociedade, ela passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática, sob pena de regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social[46].

À guisa de considerações finais, relembramos que não se sustenta diante das complexidades das escolhas administrativas a ideia de que o Judiciário pode, a qualquer momento, “dizer a lei” ou “compor a lide de forma justa”, simplesmente ignorando o fato de haver uma escolha pública previamente enunciada.

Portanto, devem as escolhas formuladas pela Administração Pública devem ser sempre privilegiadas, ainda que para isso o juiz precise analisar questões que não se encontram delimitadas pelos chamados limites objetivos da demanda. Assim, o papel do juiz é muito superior àquele definido pela jurisdição clássica, sendo este um verdadeiro facilitador do diálogo entre o particular e a Administração Pública.

[46] MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 186.

Por outro lado, não pairam dúvidas acerca do fato de que, em muitos casos, a omissão administrativa permanece mesmo após uma tentativa de recondução por parte do Judiciário.

Em tais hipóteses, aí sim se torna imperiosa uma postura mais atuante dos juízes, não podendo os cidadãos suportar os ônus das omissões do Estado-Administração. E em tais casos - nos quais o agir dos juízes ultrapassa a mera indução do poder inerte, assumindo-se a tarefa de concretização das políticas públicas – a necessidade de diálogo se faz ainda mais presente, de maneira a fomentar a participação das partes na tomada de decisões fundamentais.

Por outro lado, sempre que a decisão do juiz envolver mais do que a concretização de um direito fundamental individual, adentrando nos contornos das escolhas administrativas, o Judiciário precisa e deve abandonar sua postura absoluta e hierárquica, optando por um processo mais transparente e participativo. Para tanto, os juízes devem reconhecer as suas limitações, sejam elas técnicas ou democráticas, tornando o Poder Judiciário uma real arena de debate.

6. Referências bibliográficas:

AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Lírio do. Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarismo ao alinhamento com a maioria. In: *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2010.

AROCA, Juan Montero. *Derecho jurisdiccional*, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 10 ed., 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 03 nov.2011.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. In: *Revista de Processo*. n. 27, ano VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Litis y proceso. In: *Estudios de derecho procesal* (tradução em espanhol de Santiago Sentís Melendo), vol. 2. Buenos Aires: EJEA, 1952.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.I. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.III. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. 17 ed. Madrid: Trotta, 2004.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito* (tradução de Ricardo Marcelo Fonseca). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade* (tradução de Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.* Novos Estudos CEBRAP, no. 58, Novembro de 2000.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis* (tradução de Cristina Murachco), livro XI, cap.6. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Democracia e Direito Administrativo.* Texto extraído e adaptado da Conferência de Abertura do IV Congresso Estadual de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, promovido pelo Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, proferida em 5 de outubro de 2011, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado.* 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VALLE, Vanice Lírio do. *Governança regulatória.* Texto extraído e adaptado do IV Congresso Estadual de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, promovido pelo Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, proferida em 5 de outubro de 2011, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

_____. *O direito-narciso: nova ameaça à jusfundamentalidade dos direitos.* Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 7, n. 28, abr. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30370>. Acesso em: 02.nov.2011.

_____. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA AL 31.12.2011

Giovanni Matteucci

Laurea in Giurisprudenza e quella in Economia & Commercio presso l'Università "la Sapienza" di Roma ed il "*Diploma in Economics*" presso l'University of York (UK). Ha frequentato il Master di 1° livello in "*Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie*" ed il "*Corso di alta formazione in diritto fallimentare*" presso l'Università di Siena. E' stato funzionario di banca, dove si è specializzato nella valutazione e gestione del rischio, in particolare quello di dubbio realizzo. E' mediatore civile accreditato presso il Ministero della Giustizia dal 2007 e formatore dal 2011; come mediatore opera presso la CCIAA di Grosseto e il Conciliatore BancarioFinanziario, come formatore presso l'Ordine degli Avvocati di Roma, Altalex s.r.l. e Teseo s.r.l.. E' specializzato nell'utilizzo della mediazione per prevenire il conflitto in situazione di crisi finanziaria aziendale.

1.D.LGS. 28 / 2010 e D.M. 180 /2010

Nell'Italia dell'800 la mediazione (allora veniva chiamata conciliazione) era molto usata per dirimere le controversie; pochissimo, dopo la seconda guerra mondiale, nonostante che l' ordinamento giuridico fosse disseminato di norme (tutt'ora in vigore) che richiamavano il suo uso. Nel 2005 il legislatore, nell'ambito della normativa sul nuovo rito societario, affrontò per la prima volta in maniera organica l'uso della mediazione, facendo una scelta di fondo: la gestione veniva affidata in *outsourcing* a organismi, pubblici e privati, con determinate caratteristiche e sotto il controllo del Ministero della Giustizia. Nel 2008 l' Unione Europea, con la Direttiva n. 2008/52/CE indicò agli stati membri l'obiettivo di facilitare l'utilizzo della mediazione per le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, con la possibilità che l'accordo finale fosse esecutivo; inoltre l'art. 12 stabiliva: "*Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011*".

Obbligo comunitario per le controversie transfrontaliere, necessità di trovare un pur qualche rimedio all'arretrato presso i Tribunali civili, alla durata abnorme dei processi e al contenimento delle relative penali [1]; il parlamento italiano con la Legge 69 del 2009 all'art. 60 conferì al governo delega in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali. Questa ha trovato attuazione nel D.Lgs. 28 / 2010 e nel D.M. 180 / 2010 , con i quali lo Stato italiano si è dotato di un *corpus juris* sulla mediazione civile e commerciale non indifferente.

Innanzitutto è stata fornita la definizione di mediazione, intesa come la procedura volta al risultato della conciliazione, ribadendo l'essenza dell'istituto: **negoziazione assistita** da un terzo imparziale, per il conseguimento di un accordo amichevole o per la "*formulazione di una proposta per la risoluzione*" della controversia. E' stata poi delimitata la sfera di applicazione della mediazione: le controversie civili e commerciali relative a **diritti disponilibili**. E sono richiamati altri punti cardine della mediazione: la **riservatezza** e l' **informalità** del procedimento e la **imparzialità** del mediatore (D.Lgs. 28/2010 art. 3 c.2, art. 8 c.2, art. 9, art. 10, art. 14 c.2).

La procedura di mediazione inizia con il deposito presso l'organismo di mediazione [2] dell'istanza, che deve specificare organismo, parti, oggetto [3] e ragioni della pretesa (D.Lgs. 28/2010, art. 4, comma 2). Io aggiungerei anche valore, determinante per quantificare il compenso del mediatore e l'esenzione dall'imposta di registro (vedi *ultra*).

> *… in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda* (sottolineatura del redattore) [4]*. Per determinare il tempo della*

[1] 5.602.616 i procedimenti civili pendenti al 30.06.2010 (fonte, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010*, pag. 27, del presidente della Corte Suprema di Cassazione, Ernesto Lupo, presentata il 27.01.2011)
Euro 95.000.000 le disponibilità chieste nel 2010 dal Ministero della Giustizia a causa della lunghezza dei processi e delle condanne ex Legge Pinto, "*a saldo del debito complessivo , vale a dire non solo per quello dell'anno ma anche l'arretrato; il Ministero dell'Economia ha trasferito euro 16.561.585,00 .. solo nel luglio 2010, con conseguente incremento delle azioni esecutive*" a carico dello Stato (*Relazione del Ministro della giustizia Alfano sull'amministrazione della giustizia, anno 2010*; testo integrale trasferito alla Presidenza del Senato il 18.01.2011).

[2] "*… domanda da depositare, e dunque da porre per iscritto, presso la segreteria di un organismo inserito nel registro di cui all'articolo 16*"; Relazione illustrativa al D.Lgsl. 28/2010.

[3] Porre particolare attenzione nello specificare l'oggetto della controversia ai fini del disposto dell'articolo 10 del D.Lgs. 28/2010 : " *Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto* (sottolineatura del redattore) *anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione …*" (vedi oltre).

[4] L'assenza del principio di competenza nella procedura di mediazione ha sollevato critiche feroci da parte dell'avvocatura, abituata a confrontarsi con una dettagliata regolazione di tale principio. La non indicazione di un criterio di competenza, tuttavia, è stata una scelta esplicita da parte del Ministero della Giustizia. Infatti, nella Relazione illustrativa al D.Lgs. 28/2010, art. 4 : "*Deliberatamente, non si stabilisce un criterio di*

domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione" (art. 4, comma 1); su questo aspetto sorgeranno problemi.

---

competenza in senso proprio, così da evitare una impropria giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe alimentato contrasti e imposto criteri per la risoluzione dei conflitti. Le parti saranno così libere di investire, concordemente o singolarmente, l'organismo ritenuto maggiormente affidabile. Qualora, rispetto alla stessa controversia, vi siano più domande di mediazione, si è optato per un criterio selettivo oggettivo, e di piana applicazione, quale quello della prevenzione: il procedimento di mediazione si svolgerà davanti all'organismo presso cui è stata depositata la prima domanda. Questo spiega anche perché si è scelto di imporre alla domanda la forma documentale (o quanto meno documentata da apposito processo verbale, ove il regolamento dell'organismo lo preveda)".Secondo un magistrato : "*Il decreto legislativo è anodino rispetto alla regola processuale, per cui ogni domanda (giudiziale) va proposta ad un ufficio giudiziario non secondo mera discrezionalità dell'attore ma secondo criteri di collegamento territoriale ben precisi e predeterminati, seppure talvolta alternativi e derogabili sull'accordo delle parti. " Invero l'art.4 del decr.lgs. 28/2010 stabilisce che la domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. C'è da chiedersi se cionondimeno la scelta da parte dell'istante-attore sia del tutto libera. " Giova subito premettere che ad avviso dello scrivente non è consigliabile, per la ragione che sarà chiara in prosieguo, all'attore/istante fare scelte di convocazione della controparte arbitrarie, strumentali ed avventate. Potrebbe pagarne il costo.*
" In mancanza di qualsiasi risposta espressa da parte del legislatore, il problema è di non poco conto. Si può creare una situazione di incertezza anche notevole.
" Si potrebbe affermare che la controparte convocata davanti ad un organismo del tutto svincolato dal luogo individuabile secondo i normali criteri di competenza dettati dal codice di procedura civile può controbilanciare tale scelta dell'istante con la non adesione e non partecipazione all'incontro di mediazione.
" Ma in realtà la questione è più complessa.
" Infatti si possono verificare situazioni non macroscopiche, dove non è evidente la strumentalità e inaccettabilità logica della convocazione.
" Se si pone mente che sempre più (cioè dopo l'originario decreto legislativo) la mancata partecipazione della controparte al procedimento di mediazione è vista con disvalore e sanzionata … non si può non convenire che la situazione di incertezza che si determina a carico della controparte (aderire o meno) di fronte ad una convocazione territorialmente anomala (non sapendo cosa deciderà il giudice nel prosieguo) dovrebbe essere rimossa dallo stesso legislatore.
" In attesa di ciò sarà il giudice a valutare se considerare accettabile o meno la mancata comparizione; giudizio dal quale non dipenderanno solo le sorti (sanzionatorie) del convenuto non comparso, ma, nella mediazione obbligatoria, l'essere o meno stato validamente esperito il tentativo di mediazione ed in definitiva la procedibilità della domanda.
" Infatti in presenza di una convocazione davanti ad un organismo non ritenuto dal giudice coerente con ragionevoli collegamenti territoriali con la residenza o la sede del convenuto, si potrebbe ritenere non validamente esperito il tentativo di conciliazione, con quanto ne può conseguire a carico dell'istante-attore.
" Sul concetto di ragionevole (che ovviamente non può coincidere con il pedissequo rispetto dei criteri di collegamento previsti dal codice di procedura civile, non applicabile tout court alla mediazione) il discorso rimane aperto (si vuol dire in altre parole che una convocazione al di fuori dei criteri di collegamento territoriale previsti dal codice di rito non sempre e necessariamente deve considerarsi errata ed arbitraria; ad esempio se l'istante risiede ad Ostia e convoca il convenuto ad Ostia per la mediazione, anche se secondo il codice di rito la causa doveva essere incardinata a Roma, la convocazione per la mediazione andrà senza dubbio considerata valida).
" Nel caso 'di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione' (art.4 decr.lgs.28/2010).
" L'aspetto che si pone con evidenza è la mancata previsione nella legge di un modo di risoluzione dell'eventuale conflitto fra diversi organismi, come pure i casi di continenza delle domande (vale a dire il caso in cui non si tratti di domande uguali, ma di un procedimento di mediazione che sia più ampio come causa petendi e petitum rispetto all'altro).
" Neppure è previsto come debba concludersi il procedimento recessivo.
" Verosimilmente dovrà essere, nei limiti del possibile, il giudice adito per la controversia, previa richiesta di notizie agli organismi, a risolvere i conflitti ". Moriconi Massimo, consigliere dirigente la Sezione distaccata di Ostia del Tribunale di Roma, "*La mediazione; profili operativi e problematiche operative*", 25.11.2011, in www.sezioneostia.tribunale.roma.it o www.adrmaremma.it Voce Articoli, pag. 12.

> L'art.3 c.4 prevede espressamente la conciliazione *on line*, cioè tramite internet. Tuttavia il D.M 180/2010, art. 7 c.4 stabilisce che "*Il regolamento* (dell'organismo di mediazione) *non può prevedere che l'accesso alla mediazione si svolge esclusivamente attraverso modalità telematiche*.

Perché la conoscenza della possibile alternativa alle controversie giudiziali si diffonda, l' avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare l'assistito, per iscritto, dell'esistenza della mediazione.

Affinché il ricorso alla mediazione superasse la assoluta contrarietà di molti avvocati italiani e il "*benign neglect*" della magistratura, il legislatore l'ha resa **condizione obbligatoria di procedibilità** [5] per le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità

---

[5] *"Così facendo si sono di fatto introdotte delle condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale, che la Corte Costituzionale ha in più occasioni dichiarate legittime e compatibili con quanto previsto dall'art. 24 Costituzione. Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza 21.01.1988, n.73, in "Giur. Cost.", 1988, I,p.201; sentenza 4.3.1992, n.82, in "Foro it.", 1992, I, 1023 ss.; ordinanza 22.10.1999, n.398, in "Foro it.", 2000, I, 1777; sentenza 13.7.2000, n.276, in "Foro it.", 2000, I, 2752 ss.; ordinanza 6.2.2001, n.29, in "Giur.it.", 2001, p.1093, con nota di Fontana*"; Cosi G. e Romuladi G., "*La mediazione dei conflitti*", Giappichelli 2010, pag. 135.

Da ultimo Giovanni Maria Flick, in un suo intervento del 23.11.2011 al Salone della giustizia a Roma: *"Imporre l'obbligatorietà di un rimedio stragiudiziale di soluzione del contenzioso (in specie, nelle forme del tentativo di conciliazione) non contrasta con i principi costituzionali, a condizione che ciò non impedisca o renda eccessivamente difficoltoso l'accesso alla giustizia. A tal fine, il meccanismo è salvo dai sospetti di illegittimità qualora esso sia imposto come 'condizione di procedibilità' della domanda giudiziale, piuttosto che come 'condizione di proponibilità' (stabilire una "condizione di procedibilità" significa introdurre nel processo un presupposto processuale sanabile con efficacia ex tunc.; il vizio attinente alla mancata osservanza della condizione di proponibilità è invece insanabile, con conseguente chiusura in rito del processo, ovvero non sanabile retroattivamente) nonché qualora esso sia in grado di assicurare alla domanda di mediazione i medesimi effetti, sostanziali e processuali (ciò impone in mediazione regole equivalenti a quelle processuali, per lo meno sotto il profilo degli effetti su prescrizione e decadenza, della tutela cautelare, irrinunciabile anche in pendenza di mediazione, nonché dell'opponibilità ai terzi dell'eventuale accordo, tramite la trascrizione) che la domanda di giustizia produce sul diritto controverso (ex pluribus, Corte cost. 18 febbraio 2009 n. 51; Corte cost. 26 ottobre 2007, n. 355; Corte cost. 30 novembre 2007, n. 403; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in Mass. giur. lav., 2000, 1098; in Giur., it., 2001, 1094; Foro it., 2000, I, 2752).*

"*La fase stragiudiziale supera poi il vaglio di costituzionalità qualora si dimostri capace di deflazionare il contenzioso civile, nonché di giungere a conclusione in tempi rapidi. Sostanzialmente nello stesso senso la Corte di giustizia : Corte Giust. CE 18 marzo 2010 n. 318/08 R.A. e altri, in Foro it., 2010, IV, 361; Riv-. arb., 2010, 633, con nota di Calabresi; Riv. dir. ind., 2011, 2, II, 113, con nota di Nicolini), precisando che l'accesso obbligatorio alla fase stragiudiziale, oltre a non limitare le garanzie del diritto di azione e difesa in giudizio, neppure deve essere eccessivamente oneroso per le parti (stabilisce infatti Corte Giust. CE 18 marzo 2010, n. 317, cit. che 'i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone' ".*

medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, comma 1), con decorrenza 20.03.2011 [6]. Il mancato ricorso alla mediazione può essere eccepito in giudizio dal convenuto, a pena di decadenza, o dal magistrato non oltre la prima udienza. Anche in appello, "*… valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti …*", il magistrato può invitare queste ultime ad adire la mediazione e può farlo prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o, se tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa [7].

Da considerare (come indicato a nota 35) che condizione obbligatoria di procedibilità non corrisponde a condizione obbligatoria di proponibilità.

Oltre alle controversie relative alle materie sopra indicate, nel caso un contratto o uno statuto/atto costitutivo di una società abbiano una clausola compromissoria di mediazione, e se le parti del contratto o i soci iniziano una lite e instaurano un giudizio, il magistrato o l'arbitro, "*su eccezione di parte proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo* " (art. 5, comma 5) il decorso di quattro mesi di tempo. Se la mediazione è già iniziata, il giudice o l'arbitro fissano la successiva udienza tenendo conto della durata della procedura stragiudiziale.

Anche in pendenza del procedimento di mediazione possono essere concessi i prov-vedimenti urgenti e cautelari e può essere trascritta la domanda giudiziale. Inoltre, la mediazione non è condizione obbligatoria di procedibilità

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia

[6] Decorrenza 20.3.2012 per le controversie in materia di condominio e risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti; D.L. 29.12.2010, n.225 convertito dalla L. 26.2.2011, n.10, art. 16-decies (G.U. 47 del 26.2.2011, Supplemento ordinario 53/L).

[7] D.Lgs. 28/2010, art. 5, c.1 e c.2 : " …… . . *L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non e' stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.*

" 2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non e' prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione" .

> *sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione* [8]*;*
> *b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;*
> *c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;*
> *d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;*
> *e) nei procedimenti in camera di consiglio;*
> *f) nell'azione civile esercitata nel processo penale .*

L'art. 5 comma 6 richiama un principio particolarmente importante : "*Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta* (sottolineatura del redattore), *ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve esssere proposta entro il termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo*" .

> *All'atto di presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono communicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. …* (D.Lgs. 28/2010, art, 8 c.1).

L'intento deflattivo della normativa in esame sull'arretrato processuale civile è evidente non solo per la previsione della condizione obbligatoria di procedibilità sopra indicata, ma anche in base al dettato dell'articolo 6, "***il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi***". Bisogna fare presto, anche per non incorrerre

[8] Interessante una sentenza del Tribunale di Varese, del 30.6.2010 (richiamata ne Il Sole 24 Ore, 6.8.2010, pag. 27, a firma Giovanni Negri) : "***Avviso di conciliazione anche per le ingiunzioni*** . *Avviso di conciliazione obbligatorio anche per i decreti ingiuntivi. A prevederlo, intervenendo su uno degli aspetti più ricchi di tensioni tra avvocati e ministero della Giustizia, è il tribunale di Varese che, con provvedimento del 30 giugno 2010 ha sancito il vincolo anche per una categoria di procedimenti per i quali, a rigore di norma, questo non sarebbe possibile. Con il decreto legislativo n. 28 del 2010, di cui i giudici varesini forniscono una delle prime, ed estensive, interpretazioni, è stato infatti escluso che l'avvocato debba informare il proprio cliente della possibilità di risolvere la causa attraverso conciliazione (sia obbligatoria sia su impulso giudiziale) nei procedimenti per ingiunzione, compresa l'opposizione, fino al momento della pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione dell'esecuzione provvisoria.*
" Tuttavia la lettura del tribunale di Varese ha ritenuto che, anche nel caso di un decreto ingiuntivo, l'avvocato si sia comportato correttamente avendo informato preventivamente la società cliente della possibilità di utilizzare mediatori. Infatti 'l'obbligo informativo di cui all'articolo 4 comma 3 del decreto legislativo n. 28 del 2010 deve ritenersi sussistente se la lite insorta tra le parti rientri tra quelle controversie per cui è possibile (in concreto, perché prevista) l'attività (facoltativa, obbligatoria o su impulso giudiziale) dei mediatori'.Ed è proprio la mediazione facoltativa a poter essere utilizzata anche in questa fase del procedimento ingiuntivo e di questa possibilità la parte deve essere messa a conoscenza.
" Di più. Per il tribunale di Varese il cliente deve essere avvisato comunque della rilevanza che potrà avere il decreto n. 28 del 2010 nel proseguimento del giudizio, dal momento che il congelamento delle disposizioni sulla conciliazione termina nel momento in cui il giudice pronuncia il suo 'verdetto' sull'esecuzione provvisoria ".

nell'eccezione di incostituzionalità di ostacolo al ricorso alla giustizia. I quattro mesi decorrono dalla data del deposito della domanda presso la segreteria dell'organismo o dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa. Il decorso di tale termine "*non è soggetto a sospensione feriale*" [9] .

Per indurre la parte invitata a partecipare al procedimento di mediazione, il D.Lgs. 28/2010 stabilisce all'art. 8, c.5: "*Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile*". Conseguenze vaghe e blande, non sufficenti ad indurre la maggioranza delle parti invitate a partecipare alla mediazione. Per cui con la L.148/2011, art. 2, c.35-*sexies* al testo appena riportato è stato aggiunto il periodo: *"Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*".

Questa correzione all'art.8 entrò in vigore a fine agosto 2011; ad ottobre furono pubblicati i dati nazionali sulle procedure di mediazione e risultò che solo nel 31% dei casi la parte invitata si era presentata. Con il D.L. 212/2011, di fine dicembre, è stata apportata un'ulteriore modifica all'art.8: la condanna al versamento delle somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio viene comminata "*con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti*".

In sostanza, la parte invitata alla mediazione, che non si presenta, paga.

L'art. 10, poi, regola uno dei punti cardine della mediazione, la riservatezza: "*1 Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio* (sottolineatura del redattore) *avente il medesimo oggetto* [10] *anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. / 2 – Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto* (sottolineatura del redattore) *delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite nel*

[9] Se la mediazione si conclude oltre i quattro mesi, l'atto di accordo beneficia delle agevolazioni fiscali ? Inoltre il procedimento di mediazione varie volte non si conclude con un solo incontro e spesso il rinvio è richiesto dalle parti stesse. Nel caso la data dell'incontro successivo a quello in atto vada oltre i quattro mesi indicati dalla norma, è opportuno che il mediatore lo faccia notare alle parti e che lo annoti nel verbale di rinvio.

[10] Al momento della redazione e deposito della domanda di mediazione, quindi, porre particolare attenzione all'indicazione dell'oggetto della controversia.

procedimento di mediazione, nè davanti all'autorità giudiziaria nè davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore delle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale, in quanto applicabili". Il mediatore, quindi, può operare in assoluta tranquillità e, essendo più "sincero" verso chi lo ascolta, ispirare maggiore fiducia.

Se le parti non raggiungono una decisione comune positiva, oppure in qualunque fase del procedimento, "*con concorde richiesta*" possono chiedere al mediatore di formulare una proposta di conciliazione (art. 11,c.1). Ma lo stesso articolo stabilisce un principio molto importante: "*Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione*"; ed è sottinteso, a prescindere dalla richiesta concorde delle parti o anche di una sola di esse. E l'art. 7, comma 2, del D.M. 180/2010 va oltre: "*L'organismo può prevedere nel regolamento … b) che in caso di formulazione di proposta .. la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione*". Il contenuto di queste norme è tutto l'opposto del principio cardine della mediazione: solo le parti realizzano un accordo, il "loro" accordo; il mediatore si limita a facilitarne il raggiungimento gestendo la comunicazione.

Perché questo iato ? Per il legislatore italiano è necessario che la mediazione, divenuta condizione obbligatoria di procedibilità, si concluda con qualcosa di utile per ridurre il contenzioso. Quindi, per prima cosa bisogna indurre la parte invitata alla procedura a presentarsi; poi bisogna indurre entrambi i litiganti a trovare un accordo.

La mancata accettazione della proposta può comportare delle conseguenze negative (art. 13): nell'eventuale successivo giudizio, se il provvedimento che lo definisce corrisponde al contenuto della proposta disattesa, la parte che non l'ha accettata, pur vincitrice del giudizio stesso, può essere :

- esclusa dalla ripetizione delle spese da lei sostenute;
- condannata al pagamento delle spese affrontate dalla parte soccombente; al versamento di un'ulteriore somma pari al contributo unificato dovuto; al pagamento dell'indennità dovuta al mediatore ed ai suoi eventuali coadiutori.

Il mediatore, quindi, prima di formulare la proposta, deve comunicare alle parti tali possibili conseguenze negative da mancata accettazione (art. 11).

Le conseguenze negative, per la parte che ha rifiutato la proposta, ci possono essere anche nel caso che il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponda interamente al contenuto della proposta: "*Il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto , di cui all' articolo 8, comma 4*" (art. 13, comma 2).

L'articolo 12 prevede la possibilità dell'efficacia esecutiva per il verbale di conciliazione. A tal fine, su istanza di una o di tutte le parti che hanno firmato il verbale, questo viene trasmesso al tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Se il contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e se è formalmente regolare, viene omologato con decreto del presidente del tribunale; dopodiché costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione di ipoteca giudiziale [11] .

Dopo il bastone, la carota. Sono previste penalizzazioni per chi non accetta la proposta del mediatore, ma sono stabiliti VANTAGGI FISCALI per chi si avvale della mediazione e raggiunge un accordo:

- art. 17, comma 2 : "*Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura*"; comma 3: "*Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente*" [12] ;
- art. 20, comma 1: *"Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito di imposta commisurato all'indennità stessa, fino a*

[11] Tribunale Modica, sentenza 09.12.2011
Il controllo che il Presidente del tribunale deve effettuare per l'attribuzione di efficacia esecutiva al verbale di conciliazione deve avere ad oggetto sia i profili di carattere formale sia le eventuali violazioni dell' ordine pubblico e delle norme imperative.
In particolare, la mancanza dei requisiti formali richiesti, cioè della sottoscrizione delle parti e del mediatore, della dichiarazione del sottoscrittore mediatore del suo legittimo status quale soggetto incluso nei ruoli di un organismo di conciliazione regolarmente registrato presso il Ministero della Giustizia, della provenienza del verbale da un organismo iscritto nel registro ex artt. 3 e 4 D.M. n.180/2010, dell'inserimento nel verbale degli estremi di tale iscrizione al registro e dell'appartenenza dell'accordo alla materia civile e commerciale, costituiscono causa di rigetto della richiesta di omologazione.
(Fonte: Massimario.it - 1/2012); http://www.altalex.com/index.php?idnot=55281

[12] Tuttavia sono soggetti all'IVA le commissioni di avvio della mediazione (euro 40,00) ed il compenso per il mediatore, entrambe a carico di CIASCUNA parte.

concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito di imposta è ridotto della metà".

Comma 2 : " … *Con decreto del Ministro della giustizia è individuato il credito di imposta effetivamente spettante in relazione all'importo di ciascuna mediazione* (attenzione al seguito, n.d.r.) *in misura proporzionale alle risorse stanziate e, comunque, nei limiti dell'importo indicato al comma 1*".

Comma 3 : "*Il Ministero della giustizia comunica all' interessato l'importo del credito d'imposta spettante …*".

Quindi credito d'imposta, ma se l'Erario ha stanziato risorse sufficenti !

Da tenere ben presente l'articolo 22, che estende alla mediazione gli obblighi di segnalazione in tema di riciclaggio e terrorismo.

Il procedimento della mediazione deve terminare con un verbale, di accordo o di constatazione del non accordo. D.Lgs. 28/2010, art. 11, c.3 : "*Se è raggiunto l'accordo amichevole … o se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia delle sottoscrizioni delle parti o la loro impossibilità a sottoscrivere*".

Tuttavia (sempre lo stesso articolo), "*Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*". Nel caso quindi l'accordo raggiunto dalle parti preveda, per esempio, il trasferimento di un diritto di proprietà su un bene immobile, secondo alcuni le parti e il mediatore sottoscrivono il verbale, dopodiché le parti si recano dal pubblico ufficale (*i.e.*, notaio), il quale provvederà ad integrare l'atto contenente l'accordo.

Questo, però, potrebbe riferirsi ad un immobile abusivo, per cui accordo e verbale sarebbero inutili (così come le spese sostenute per la mediazione). Per evitare ciò, raggiunto l'accordo, prima di formalizzarlo è opportuno sospendere la mediazione, far integrare (e controllare) l'atto dal pubblico ufficiale (che provvederà all'autentica delle firme e alla trascrizione), dopodiché ci si ritova davanti al mediatore e si provvede alla compilazione e sottoscrizione del verbale [13] .

[13] Questo "*modus operandi*" è conforme alla teoria e prassi della "*mediation*", soprattutto nei casi complessi. Il "*neutral*" deve attivare e gestire la comunicazione tra i soggetti in lite , in genere assistite da professionisti. Dopo che sono stati identificati i punti dell'intesa, il "*neutral*" sospende la procedura, invita le

Le dissertazioni su questo argomento saranno numerose !

Il v e r b a l e che conclude la mediazione, con esito positivo, va (*rectius*, andrebbe) tenuto distinto dall' a c c o r d o .

Questo è un atto delle parti e viene sottoscritto solo da esse. Il verbale è invece atto proprio del mediatore e va sottoscritto da tutti i presenti alla mediazione e dal mediatore. L'accordo, se raggiunto, va allegato al verbale; quando si sostanzia in poche righe, in genere è compreso nel verbale. Del contenuto dell'accordo, deciso dalle parti, il mediatore non è (*rectius*: non dovrebbe essere) responsabile.

Questa linearità di impostazione ha cominciato a vacillare quando il D.Lgs. 5/2003 introdusse la mediazione amministrata in campo societario, bancario, creditizio e intermediazione finanziaria, con la possibilità che entrambe le parti chiedessero al conciliatore una proposta di soluzione (art. 40, c.2) e che il verbale di accordo potesse essere sottoposto ad omologa e divenire titolo esecutivo (art. 40, c.8). Il D.Lgs. 5/2003, art. 40, c.8 testualmente stabiliva : "*Se la conciliazione riesce è redatto separato processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Il verbale, previo accertamento della regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale … e costituisce titolo esecutivo …*". Tutto era incentrato sul verbale. E l'accordo? Se questo conteneva una qualche clausola contraria a norme imperative o all'ordine pubblico, il mediatore ne rispondeva?

Il D.Lgs. 28/2010, oltre alla proposta da parte del mediatore (su richiesta concorde delle parti, d'iniziativa del mediatore e anche assente una o più parti) e l'omologa/esecutività, per determinate materie ha introdotto la condizione obbligatoria di procedibilità, con conseguenze eventuali del risultato della mediazione sul processo civile. Nel caso il mediatore formuli una proposta di accordo, è logico che essa non debba contenere clausole contrarie a norme imperative o all'ordine pubblico. Ma se queste sono contenute nell'accordo, raggiunto dalle parti, il mediatore può sottoscrivere il verbale, eventualmente esplicitando le sue perplessità sulle clausole contenute nell'accordo?

Il D.Lgs. 28/2010 ha effettuato un *pot-purrì* terminologico impressionante:

---

parti e i professionisti ad incontrarsi per stilare l'accordo finale (che sarà firmato dalle parti) e li riconvoca a *tot* giorni. In quella occasione verrà stilato il verbale di raggiunto (o non raggiunto) accordo, sottoscritto dalle parti, dai professionisti e dal "*neutral*".
Da sottolineare che il Tribunale di Roma, sez. V civile, con sentenza del 06.07.2011 non ha ritenuto trascrivibile un verbale di mediazione relativo ad usucapione,. Il Tribunale di Genova, sez. III civile, con sentenza del 18.11.2011, n.4574, ha rimesso la valutazione del problema alla Corte Costituzionale (vedi Allegati).

- art. 11 "*Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. …*"
- art. 12 " *Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario ..*".

A ciò si aggiunga che nella pratica, presso molti organismi, quando le controversie sono banali e si riducono ad una semplice transazione sul "*quantum*", il testo dell'accordo è riportato nel verbale stesso di mediazione.

Tutta questa confusione, per quanto superfluo, è inversamente proporzionale al livello di conoscenza dell'istituto mediazione.

Nella pratica, quando la mediazione verte su una controversia banale, il testo dell'accordo è nel verbale e *nulla quaestio* su chi deve firmare cosa. Se l'accordo è invece contenuto in un documento distinto dal verbale, per evitare confusioni in caso di omologa, il mediatore sottoscrive il verbale di mediazione e sigla il documento allegato, ma solo per attestare che quest'ultimo si riferisce alla procedura numero … gestita presso l'organismo …….. .

E quale è il perimetro di responsabilità del mediatore?

Perché la mediazione mantenga i suoi connotati originali è auspicabile che i regolamenti degli organismi di mediazione stabiliscano che la richiesta di proposta di accordo provenga solo dalle parti concordi. Relativamente alla responsabilità del mediatore è opportuno effettuare un'analisi approfondita.

Dopo circa 7 mesi dall'emanazione del D.Lgs. 28/2010 furono pubblicate le norme di attuazione, il D.M. 180/2010. Questo ha regolato principalmente il registro degli organismi di mediazione accreditati presso il Ministero della giustizia e l'elenco dei formatori.

2. Correzioni normative apportate nel 2011 da D.M. 145 (e circolare interpretativa), L.48 e D.L.242

20 marzo 2011, "Big bang" della mediazione civile in Italia, divenuta da quella data condizione obbligatoria di procedibiità nelle controversie in numerose materie. I principali problemi che si presentavano erano :

- scarsa preparazione (soprattutto operativa) di molti mediatori;

- contrarietà viscerale da maggior parte dell'avvocatura e sussiegoso disinteresse della magistratura;
- spese della mediazione modulate in modo un po' astratto;
- non conoscenza dell'istituto da parte del grosso pubblico.

50 ore di corso (così come stabilito dal D.M. 180/2010) sono sufficenti non per formare, bensì per INformare ; è ben difficle che in così poco tempo si riesca a padroneggiare un'attività, per di più contraddistinti da competenze proprie a più discipline (psicologia, comunicazione, diritto, conoscenze specifiche dei vari settori di applicazione). Inoltre la congiuntura negativa iniziata nel 2008 e la conseguente diminuzione di lavoro anche per le c.d. "professioni liberali" acuivano l'abitudine di "*tirar quattro paghe per il lesso*", a totale detrimento della professionalità. Corsa alla costituzione di organismi di mediazione (761 al 31.12.2011) e a quelli di formazione (234); la percentuale dei promossi ai vari corsi probabilmente superiore al 99%.

Inoltre, la mediazione è una negoziazione assistita da un terzo neutrale, nella quale questi non analizza diritti e obblighi giuridici, ma fa in modo che le parti ragionino sugli interessi. Mediatore, soggetto qualificato principalmente in tecnica della comunicazione e gestione di quest'ultima, non necessariamente un esperto del diritto; di conseguenza non obbligatoriamente laureato in giurisprudenza o con una conoscenza specifica della materia legale. Il D.M. 180 aveva recepito questi principi, disponendo che per accedere ai corsi di formazione da mediatore bastasse una laurea triennale o l'iscrizione ad un collegio professionale. In quest'ultimo caso la controversia deve riguardare solo il settore di operatività della categoria professionale; criterio condivisibile, perché se si tratta di contrasto relativo alla errata messa in opera di impianto elettrico, con impedenza non adeguata alle necessità, di certo è più adeguato un mediatore perito tecnico rispetto ad un mediatore avvocato; o se si discute di corretto impianto di vitigni è preferibile un perito agronomo ad un legale.

Tuttavia, come afferma uno dei più quotati mediatori italiani, anche se la mediazione si focalizza sugli interessi, essa deve pur sempre operare "*all'ombra del diritto*". Difficile, però, che in un corso di 50 ore un laureato in scienza della comunicazione (materia che costituisce l'essenza della mediazione) possa acquisire le nozioni giuridiche essenziali per gestire una controversia in campo societario. Al tempo stesso, però, in molti corsi di formazione alla mediazione è lasciato troppo spazio agli

aspetti giuridici e poco a quelli sulla comunicazione e sulla gestione delle procedure, in quanto la maggior parte dei formatori in Italia sono esperti cresciuti alla tecnica avversariale.

Le conseguenze di tutto ciò si manifestarono subito dopo il 20 marzo, tant'è che il Ministero a luglio aveva già preparato il D.M. 145 (correttivo del D.M. 180/2010), che tra l'altro statuì:

- il regolamento degli organismi di mediazione deve prevedere "*criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta*".

Per quanto riguarda poi la tecnica di gestione della procedura , sempre il decreto 145/2011 ha stabilito (oltre alle 18 ore di aggiornamento biennale previste dal D.M. 180/2010 [14]) che i mediatori partecipino "*nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti*". Il mediatore, quindi, si dovrà affiancare ad un altro professionista nella gestione della procedura. Ma la locuzione "tirocinio assistito" consente anche un ruolo attivo al tirocinante? Inoltre tale obbligo si riferisce solo a chi ha superato il corso, a mediatori iscritti di "primo pelo" o anche a quelli esperti? E se la procedura si articola in più incontri, il tirocinante deve essere presente a tutte le sedute? Come si devono comportare gli organismi dove il numero di mediagtori iscritti è ben superiore a quello delle mediazioni (anche di 10 a 1)?

Visto che il D.M. 145/2011, correttivo del 180/2010, lasciava molti dubbi, tre mesi dopo la sua entrata in vigore il Ministero, il 20 dicembre, ha emanato una Circolare interpretativa, giusta la quale :

in relazione ai tirocinii assistiti:

"*. l'obbligo del tirocinio assistito riguarda solo i mediatori già iscritti;*

[14] Il D.M. 180/2010 aveva già prescritto per i mediatori 18 ore di aggiornamento biennale. Tuttavia bisogna vedere come verrà effettuato, se con un numero massimo di partecipanti (così come previsto per i corsi base di 50 ore) o con molte decine (se non centinaia) di persone raccolte in un teatro a seguire la relazione di un oratore; nel primo caso potranno essere utili, nel secondo è poco probabile. Inoltre , in genere, si tratta sempre di teoria.

"*. la partecipazione al tirocinio assistito comporta solo la presenza del mediatore in tirocinio senza compimento di ulteriore attività che riguardi l'esecuzione di attività proprie del mediatore titolare del procedimento;*

"*. costituisce partecipazione valida anche la sola presenza del mediatore in tirocinio ad una singola fase del procedimento di mediazione;*

"*. costituisce partecipazione valida, allo stato e tenuto conto del limitato numero di mediazioni concluse con la partecipazione della controparte, anche la sola presenza del mediatore in tirocinio alla fase di redazione, da parte del mediatore titolare, del verbale negativo per mancata partecipazione della controparte;*

"*. il tirocinio assistito deve essere rinnovato ogni 2 anni;*

"*. la determinazione del numero dei mediatori in tirocinio che possono essere presenti di volta in volta è lasciata alla valutazione del responsabile dell'organismo, che terrà conto della natura dell'affare di mediazione e della propria capacità organizzativa e strutturale*".

in relazione alla nomina dei mediatori per le singole procedure

"*. nei singoli regolamenti non si potrà fare generico rinvio alla previsione di cui all'art.3 del d.m. 145/2011;*

"*. tra i criteri oggettivi e predeterminati assume particolare rilievo la competenza professionale del mediatore, cioè le specifiche conoscenze acquisite in relazione al percorso universitario svolto e, soprattutto, all'attività professionale esercitata*".

In sostanza si è cercato di mettere delle toppe sugli strappi causati dalla scarsa e forse non sempre adeguata formazione di base, lasciando al buon senso dei responsabili degli organismi la ricerca della soluzione più adeguata alle singole realtà. A tal fine gli organismi potrebbero (e i più virtuosi si stanno attrezzando in tal senso) :

- ai mediatori neofiti far effettuare un numero minimo di tirocini assistiti e poi cominciare a far loro gestire le procedure più semplici;
- organizzare dei corsi di approfondimento relativi a tecniche di comunicazione e gestione delle sessioni;
- stabilire per i tirocinanti, ad esperienza avvenuta, dei *debriefing* con personale esperto.

La notevole domanda di formazione tra metà 2010 e metà 2011 in Italia è stata in buona parte alimentata dalla previsione di circa 200.000 controversie già esistenti presso i Tribunali italiani destinate a passare subito in mediazione. Nei fatti, dal 21.3 al 30.9.2011 il

numero di procedure avviate in tutta Italia è stato di 33.308, di cui solo nel 31% dei casi la parte invitata si è presentata [15] (ma ben il 53% di queste procedure si è poi risolto con un accordo). Inoltre, di tutte le mediazioni attivate, solo l'1% lo era stato su impulso di magistrati. In pratica, usando un termine eufemistico, avvocatura e magistratura si erano disinterassate alla mediazione civile.

Con due interventi, che ben evidenziano la determinazione del Ministero della giustizia a far decollare l'uso dell'istituto, la L. 148/2011 ha innovato l'art. 8 del D.Lgs. 28/2010 stabilendo che *"Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*". Per evitare poi comportamenti dilatori il successivo D.L. 212/2011, all'art. 12, ha specificato che tale condanna viene comminata "*Con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'articolo 5, comma 1*,». In sostanza, nelle controversie oggetto di mediazione obbligatoria, la parte invitata, che non si presente, paga.

Per quanto riguarda i magistrati: "*Il capo dell'ufficio giudiziario vigila sull'applicazione di quanto previsto dal comma 1 e adotta, anche nell'ambito dell'attività di pianificazione prevista dall'articolo 37, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ogni iniziativa necessaria a favorire l'espletamento della mediazione su invito del giudice ai sensi del comma 2, e ne riferisce, con frequenza annuale, al Consiglio superiore della magistratura ed al Ministero della giustizia*". In altre parole, nell'ambito delle valutazioni per il mantenimento di incarichi direttivi o per il passaggio a responsabilità superiori, presidenti di Tribunali e di Corti d'Appello dovranno dimostrare di aver adottato iniziative volte a favorire l'uso della mediazione civile.

Si è già detto della scarsa propensione delle parti invitate a presentarsi in mediazione. Con la coseguenza economica, per l'attivante la procedura obbligatoria, di dovere pagare all'organismo le spese di avvio e, per intero, il compenso del mediatore; quindi, oltre alla beffa anche il danno. In questi casi il D.M. 145/2011 ha limitato il

[15] Causa anche la non eficente abitudine degli organismi di contattare la parte invitata solo con lettera raccomandata con ricevuta di ritonro, senza farla seguire da un contatto diretto tramite telefonata (vendi nota 23) .

compenso del mediatore al massimo ad euro cinquanta. Ha inoltre ridotto il compenso nei procedimenti di mediazione obbligatoria ed ha posto il limite massimo di euro 250.000 ai casi di mediazione con valori indeterminati, indeterminabili o con forti divergenze di stima tra le parti. *"In ogni caso, nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione "*.

Tra le modifiche apportate dal D.M. 145/2011 al D.M. 180/2010 c'è l'aggiunta all'art.7, c.5 (di quest'ultimo) della lettera d: **"***nei casi di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell'articolo 11, comma 4, del decreto legislativo***"**.

Come già detto il D.Lgs. 28/2010, all'art.5, c.1, ha stabilito che il ricorso alla mediazione è condizione obbligatoria di procedibilità per le controversie in molteplici materie. La non conoscenza dell'istituto da parte del grosso pubblico e l'avversione ad esso di moltissimi avvocati ha fatto sì che, instaurata la mediazione dalla parte attivante ed invitata l'altra ad intervenire, questa abbia declinato l'invito (o non si sia fatta neanche viva). L'attestazione di mancata adesione deve essere verbalizzata dal mediatore nominato dall'organismo, o basta una comunicazione della segreteria?

Per rispondere in maniera corretta a tale domanda bastava tener presente alcuni semplici principi:

- la parte attivante la mediazione deposita la domanda presso la segreteria dell'organismo e paga le commissioni di avvio; la procedura è iniziata; paga inoltre metà del compenso del mediatore;
- la segreteria dell'organismo (o il mediatore, dipende da come è organizzato l'ente) invita l'altra parte con qualunque mezzo idoneo ad assicurare la ricezione della comunicazione (art.8, c.1);
- la mediazione può (anzi, deve) terminare solo con il verbale redatto dal mediatore; il suo contenuto sarà di raggiunto accordo, di accordo non raggiunto, di diniego ad intervenire, di mancata comparizione.

Nel giudizio susseguente queste ultime due alternative possono essere valutate dal magistrato (D.Lgs. 28/2010, art.8, c.5), sulla base di un verbale redatto da persona che, avendo seguito un percorso stabilito dalla legge, si presume conosca la normativa sull'avvio della mediazione, sulla comunicazione iviata all'altra parte, sulle conseguenze che possono derivare dalla non partecipazione alla procedura. Elementi che non è prescritto siano conosciuti anche dai componenti la segreteria.

Tutto ciò comporta che, attivata la mediazione e fissato il giorno per l'incontro, anche se la parte invitata ha formalizzato per scritto il suo diniego ad intervenire, il mediatore sia presente per redigere il verbale [16] .

Diverso il caso in cui una parte depositi in segreteria la domanda di mediazione e non paghi le spese di avvio. In questo caso la mediazione NON è iniziata e la segreteria stessa può darne comunicazione.

Per quanto riguarda la quasi totale non conoscenza della mediazione da parte del grosso pubblico, cioè degli utenti finali, probabilmente bisognerà partire dalle scuole. E la strada sarà lunga.

Perplessità: la mediazione civile e commerciale in Italia è "*mediazione*" ?

Con le correzioni apportate al D.Lgs.28 e D.M.180 del 2010 da D.M.145 (e circolare interpretativa), L.48 e D.L.242 del 2011, la normativa sulla mediazione civile dovrebbe aver trovato un "*ubi consistam*". Necessario un intervento legislativo sulle materie oggetto di mediazione, il cui verbale poi non viene trascritto dai conservatori dei registri immobiliari. Si attendono inoltre le decisioni della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cui si sono rivolti vari giudici italiani. Non credo tuttavia che le decisioni di tali collegi apporteranno sconvolgimenti profondi nella normativa.

[16] Inoltre, ex D.M. 180 , art.7, c.2, lettera b), come già ricordato il regolamento dell'organismo potrebbe consentire al mediatore la sciagurata possibilità di effettuare una proposta di accordo, "contumace" una (o più) delle parti (sarebbe opportuno che il legislatore spiegasse come si può raggiungere un accordo tra persone … assenti !) .

Rimangono però alcuni aspetti su cui non è stata ancora fatta un'analisi approfondita: responsabilità del mediatore, mediazione fra soggetti impari, mediazione dove la parte invitata può essere interessata alla partecipazione di un terzo.

Il mediatore, così come normato da D.Lgs. 28 e D.M. 180, è un professionista con requisiti di formazione previsti dalla legge, che opera presso organismi regolati e monitorati dal Ministero della Giustizia, la cui attività può avere riflessi (tramite l'esecutività del verbale) sui beni delle parti e (tramite la proposta di conciliazione) in eventuali processi nei quali esse siano coinvolte. Inoltre, nella mediazione obbligatoria, "*in ogni caso … l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione*" (D.M. 180/2010, art. 16, c.9, modificato dal D.M. 141/2011). In base a tutto ciò ritengo che sia un incaricato di pubblico servizio, con specifiche responsabilità .

Altro punto dubbio, e non regolato dalle norme, è il caso di mediazione tra soggetto "forte" e soggetto "debole" . Il Codice europeo di condotta dei mediatori, del 2004, all'art. 3.1, cpv. 4, stabilisce che"*Il mediatore deve condurre il procedimento in modo appropriato, tenendo conto delle circostanze del caso, inclusi possibili squilibri nei rapporti di forza*….". Un intervento in tal senso del legislatore italiano è auspicabile; in mancanza, si spera che provvedano i regolamenti degli organismi di mediazione.

In alcuni casi la parte invitata può (anzi, deve) essere interessata alla partecipazione di un terzo. L'art. 1916 c.c., in tema di assicurazione contro i danni, stabilisce che "*l'assicurato è responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di assicurazione*". Incidente automobilistico, danneggiante (attivante la mediazione) e danneggiato (invitato alla mediazione) raggiungono un accordo senza la presenza della compagnia di assicurazione, soluzione che potrebbe pregiudicare il diritto di rivalsa di quest'ultima contro il danneggiante; il danneggiato / assicurato / invitato alla mediazione ne sarebbe responsabile. In mancanza di un intervento normativo è opportuno che lo stesso organismo faccia presente la particolarità ad entrambe le parti, in modo da far partecipare alla mediazione anche il terzo, compagnia di assicurazione.

A seguito delle considerazioni finora effettuate ci si può porre la domanda : la mediazione regolata dal D.Lgs. 28 e dal D.M. 180 è mediazione?

La conciliazione fa parte della cultura giuridica e sociale italiana, tuttavia dagli anni '40 del secolo scorso se ne era persa traccia nelle nostre aule universitarie. Per cui, quando nel 1993 furono istituite le camere arbitrali e di conciliazione presso le CCIAA, per

la procedura e le tecniche della conciliazione ci si rifece alla "*mediation*" elaborata presso l'Università di Harvad negli anni '70.

Secondo la dottrina e pratica angolassoni la "*mediation*" è una negoziazione assistita da un terzo imparziale, che si attua nell'ambito di una procedura volontaria, informale, riservata, rapida, economica e nella disponibilità delle parti. Compito del "*neutral*" (il terzo) è quello di attivare e gestire la comunicazione tra le parti affinchè esse giungano ad un accordo; l'accordo è delle parti. Non è previsto alcun rapporto tra "*mediation*" ed eventuale successivo processo instaurato tra le stesse parti per la stessa "*causa petendi*".

Il D.Lgs. 5/2003, che aveva regolato la conciliazione (così veniva chiamata allora) nelle materie societaria, bancaria, finanziaria e creditizia, aveva previsto una procedura amministrata da organismi accreditati presso il Ministero della Giustizia, volontaria, informale, rapida, economica e nella disponibilità delle parti. Se esse non individuavano la soluzione della controverisa, potevano chiedere, di comune accordo, una PROPOSTA DA PARTE DEL CONCILIATORE (art. 40, c.2) (primo elemento di differenza con la "*mediation*"); veniva stabilto un COLLEGAMENTO CON IL PROCESSO (art. 40 c.5) (secondo elemento di differenza con la "*mediation*"); il verbale, previa omologa, poteva acquisire efficacia di TITOLO ESECUTIVO (art. 40, c.8) (terzo elemento di differenza con la "*mediation*").

Quasi nessuno utilizzò questo strumento. Nel frattempo il numero delle cause civili pendenti aumentava e, soprattutto, la crisi economica globale del 2008 causava restrizioni finanziarie per tutta la struttura pubblica, compreso il Ministero della Giustizia. Bisognava far utilizzare la conciliazione, che fino ad allora era stata totalmente snobbata. Con il D.Lgs. 28/2010 fu normata la mediazione volta alla conciliazione nelle controversie civili, che nelle materie indicate nell'art. 5 ha le seguenti caratteristiche: OBBLIGATORIA, informale, riservata, rapida, economica. Il D.Lgs. 28 ribadisce il COLLEGAMENTO CON IL PROCESSO e la possibilità per l'accordo / verbale di acquisire efficacia di TITOLO ESECUTIVO.

Come già ricordato, l'art. 11 c.1, poi, specifica che, se le parti non raggiungono una decisione comune positiva, oppure in qualunque fase del procedimento, "*con concorde richiesta*" possono chiedere al mediatore di formulare una proposta di conciliazione. Ma secondo lo stesso articolo "*Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare*

una proposta di conciliazione"; ed è sottinteso, a prescindere dalla richiesta concorde delle parti o anche di una sola di esse. E l'art. 7, comma 2, del D.M. 180/2010 va oltre prevedendo la mediazione "in contumacia". Il contenuto di queste norme è tutto l'opposto del principio cardine della "*mediation*", secondo il quale solo le parti realizzano un accordo, il "loro" accordo.

Come già detto, divenuta la mediazione condizione obbligatoria di procedibilità, era necessario che si concludesse con qualcosa di utile per ridurre il contenzioso. Quindi, per prima cosa bisognava indurre la parte invitata alla procedura a presentarsi (la parte invitata, che non si presenta, paga); poi bisognava indurre entrambi i litiganti a trovare un accordo (anche con i vantaggi di natura fiscale - D.Lgs. 28/2010, art. 20) .

In presenza di tale normativa NON SI PUO' PARLARE DI PROCEDURA DI MEDIAZIONE NELLA DISPONIBILITA' DELLE PARTI .

In altre parole: la mediazione volta alla conciliazione nelle controversie civili, nelle materie indicate dall'art.5 del D.Lgs 28/2010, è istuto d i v e r s o dalla "*mediation*". Quest'ultima, in Italia, può essere applicata nella mediazione volontaria; forse – ma non ne sono del tutto sicuro - in quella amministrata nelle materie non obbligatorie.

Mediazione e insolvenza organismi di composizione della crisi

La riforma delle procedure concorsuali in Italia, iniziata nel 2005 e sostanzialmente conclusa ad agosto 2010, ha in teoria introdotto consistenti elementi di negoziazione, soprattutto nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Tuttavia chi professionalmente si occupa di queste procedimenti continua a non dare alcun peso alle specifiche tecniche negoziali.

Un primo modesto ingresso, in Italia, della mediazione in questo comparto del diritto è avvenuto all'inizio del 2011, a Venezia. Il curatore del fallimento di una media azienda, con debiti singoli anche di modesta entità ed una contabilità non in ordine, a fronte di creditori anch'essi privi di documentazione ineccepibile, considerati i costi contenuti e la rapidità del procedimento previsto dal D.Lgs. 28/2010, ha ritenuto interesse della curatela e della massa dei creditori esperire il tentativo di conciliazione giudiziale. "*Prima di avviare il procedimento è opportuno che il curatore chieda autorizzazione al giudice delegato .. precisando che qualora si raggiungesse un accordo amichevole ai sensi*

dell'art. 11 del D.Lgs.28/2010, egli condizionerà gli effetti per il fallimento all'accettazione e all'autorizzazione da parte degli altri organi del fallimento (giudice delegato e comitato dei creditori)" [17] .

Ben più rilevante, in termini di evoluzione futura, l'accordo stipulato ad ottobre 2011 tra l'organismo di mediazione dell'Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili di Milano e la Sezione fallimentare del tribunale di quella città. Oggetto, l'utilizzo della mediazione civile e commerciale ex D.Lgs. 28/2010 nei contenziosi fallimentari.

Tuttavia l'ingresso ufficiale (quanto meno nominale) della mediazione nelle procedure di gestione della crisi in Italia avviene con il D.L.212/2011, in vigore dal 23.12.2011. E' stata riconosciuta alle aziende medio piccole (quelle escluse dalle procedure fallimentari), ed ai privati, eccessivamente indebitati, la possibilità di accordarsi con i propri creditori per ristrutturare il debito: nuove modalità e tempi di pagamento a fronte di un anno e mezzo massimo di tregua da procedure esecutive. Il tutto gestito da organismi di composizione della crisi, *in primis* gli organismi di mediazione presso CCIAA e ordini professionali di avvocati, commercialisti e notai. Perchè poi in concreto le tecniche di negoziazione / mediazione, assai utili nella gestione di crisi di liquidità, vengano utilizzate in queste procedure ci vorrà tempo.

Ma procediamo con ordine.

Da alcuni anni vaga nelle aule del parlamento italiano la proposta di legge Centaro ("*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*) [18], che –tra l'altro- prevedeva accordi di ristrutturazione dei debiti per le imprese medio piccole e le famiglie.

Il problema interessava –ed interessa- una platea molto vasta di soggetti, persone fisiche e giuridiche, causa:

- l'innalzamento dei limiti di fallibilità ex art. 1 L.F. effettuato nel 2006 , al fine di non ingolfare i tribunali con le procedure fallimentari (ma intanto aumentavano quelle monitorie ed esecutive)
- la crisi economica evidenziatasi da metà 2008, divenuta anno dopo anno più virulenta e destinata a non cessare a breve.

[17] Fonte, www.portaleaziende.it
[18] Disegno di legge atto Senato n.307 B, a gennaio 2012 all'esame del Senato in seconda lettura.

Il governo ha così emanato il D.L. 242/2011, entrato in vigore il 23.12.2011, che al capo I fornisce "*Disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento* [19]". Situazione, questa, connotata da "*un perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*" (sarebbe stato più opportuno sottolineare prima lo squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il reddito, poi l'insufficenza del patrimonio liquidabile; quest'ultima deve essere veramente l'ultima spiaggia, anche perché è quella che riserva meno risultati). Secondo il Ministero "*l'obiettivo è … la regolazione di un accordo tra debitore e creditori, favorito dall'attività di organismi di composzione delle crisi e vigilato dal tribunale ordinario, che provvede all'omologazione*" [20]

La procedura si articola in cinque fasi:

- proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti ai creditori;
- deposito della proposta in Tribunale;
- decreto di fissazione dell'udienza di trattazione del procedimento e svolgimento dell'udienza;
- realizzazione dell'accordo;
- omologa.

Il soggetto sovraindebitato, che

- non è assoggettabile alle procedure fallimentari
- non ha utilizzato la procedura di composizione della crisi negli ultimi tre anni (art.2)

può proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti che :

- assicuri il pagamento dei creditori che non hanno aderito e dei privilegiati (purché non abbiano rinunciato a questa loro prerogativa);
- preveda modalità (anche tramite cessione dei beni, nonché di crediti futuri – art.3, c.1) e tempi del soddisfacimento dei creditori (anche suddivisi in classi) che aderiscano, l'eventuale concessione di garanzie e liquidazione dei beni, il possibile conferimento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per liquidazione dei beni e distribuzione del ricavato ai creditori, il possibile intervento di terzi garanti (artt. 2 e 3).

[19] " *Le norme introducono nell'ordinamento giuridico, per la prima volta in italia, un meccanismo di estinzione regolata delle plurime obbligazioni del soggetto sovraindebitato, ance nella prospettiva di una deflazione del contenzioso in sede civile derivante dall'attività di recupero forzoso dei crediti*"; Ministero della giustizia, relazione al DDL di conversione del D.L.212/2011.

[20] Ministero della Giustizia, relazione al DDL di conversione del D.L.212/2011.

"*Nella proposta di accordo sono indicate eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo* (cioè, la segnalazione in rete informatica che banche o finanziarie non concedono prestiti – n.d.r.), *all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito* (cioè, che carte di credito sono state bloccate o revocate per utilizzo scorretto – n.d.r.) *e alla sottoscrizione di strumenti creditizi finanziari* (cioè, che in centrale rischi risultino segnalazioni negative – n.d.r.)". (art.3,c.3).

Se il piano è idoneo ad assicurare i pagamenti alle nuove scadenze previste **E** non riguarda il pagamento dei crediti impignorabili (*in primis*, prestatori d'opera), può anche prevedere di procrastinare fino ad un anno la soddisfazione dei creditori estranei (art.3,c.4).

La redazione del piano viene fatta dall'imprenditore, o dal privato, con l'ausilio di un'entità di nuova istituzione, l' organismo di composizione della crisi, il quale "*assume* – anche- *ogni inziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione* …" art. 10, c.6).

La proposta di accordo viene depositata presso il Tribunale (che provvede in composizione monocratica) del luogo di residenza del debitore o (in caso di imprese) dove è la sua sede principale, unitamente agli elenchi di

- creditori con l'indicazione delle somme dovute (e, aggiungerei io, di relativi garanzie e titoli di prelazione) [21] ;
- eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni;
- se il debitore è un privato, composizione del nucleo famigliare (con certificato di famiglia) e specifica delle somme necessarie al sostentamento;
- se il debitore è un'impresa, le scritture contabili degli ultimi tre esercizi o, in alternativa, gli estratti conto bancari (con dichiarazione di conformità all'originale [22]).

Il tutto accompagnato dall'attestazione di fattibilità del piano a cura dell'organismo, al quale spetta anche di attestare la veridicità dei dati (combinato disposto art.4 c.2 e art.10 c.7).

Il magistrato, controllata l'esistenza dei requisiti e dei documenti sopra indicati,

[21] Ai fini degli adempimenti successivi nei confronti dei creditori, e dei relativi tempi di esecuzione molto ristretti, è assolutamente necessaria l'indicazione esatta di residenza /sede di questi ultimi e di tutte le possibili modalità di contatto: indirizzo, numeri telefonici (fissi e mobili) e indirizzo di posta elettronica (possibilmente certificata).

[22] Dichiarazione di conformità che non ritengo necessaria se vengono esibiti gli estratti conto originali inviati massimo trimestralmente dalla banca.

con decreto fissa l'udienza di trattazione del procedimento e dispone comunicazione ai creditori (effettuata dall'organismo – art.10 c.8) del deposito della proposta, della loro convocazione ed i possibili provvedimenti che potrà adottare. In ossequio alla limitata formalità della procedura vengono enunciati tutti i possibili mezzi di comunicazione: telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax, posta elettronica certificata (art. 5 c.1) [23] . Il magistrato predispone anche idonea pubblicità, compresa l'iscrizione nel registro delle imprese.

All'udienza, se non ci sono atti in frode ai creditori, il magistrato dispone che per un periodo non superiore a 120 giorni non possano essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, né disposti sequestri conservativi né acquisiti diritti di prelazione sul patrimonio del debitore, da parte di creditori aventi titolo o causa anteriore (possono proseguire, però, le iniziative da parte dei titolari di crediti impignorabili) (art.5, c.3). Entro questo periodo sono sospese le prescrizioni e non si verificano le decadenze (art.5, c.4). Entro questi 120 giorni, quindi, è opportuno che si arrivi all'omologa o al suo diniego.

Si passa alla realizzazione dell'accordo. I creditori esprimono il loro parere, anche con eventuali modifiche rispetto a quanto proposto dal debitore, comunicandolo all'organismo con uno qualunque dei quattro mezzi sopra indicati. Se i pareri positivi rappresentano per lo meno il 70% dei crediti (50% nel caso di debitore consumatore) l'accordo è raggiunto. "*L'organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sulle percentuali* –sopra indicate- *allegando il testo dell'accordo stesso*" (art.7, c.1).

Entro 10 giorni dal ricevimento della relazione (ma, in base al mezzo di comunicazione che si sceglie, non sempre è possibile essere sicuri della data in cui il singolo destinatario ha ricevuto la comunicazione) i creditori possono sollevare contestazioni [24].

"*Decorso tale termine, l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano*" (art.7, c.1)..

Si arriva all' omologa . La parola torna al giudice. "*Verificato il raggiungimento dell'accordo con le percentuali di cui sopra, verificata l'idoneità ad assicurare il*

[23] Nutro forti perplessità sull'utilizzo del fax, che non dà certezza sulla data di spedizione e di ricevimento.

[24] E' altamente opportuno, quasi necessario, che fin dalla prima fase della procedura (cioè, prima del deposito della proposta di accordo in Tribunale) siano state individuate soluzioni quasi definitive tra debitore e creditori, con la "mediazione" dell'organismo di composizione della crisi.

pagamento dei creditori estranei e risolta ogni altra contestazione" (i reclami si propongono al Tribunale) il magistrato omologa l'accordo e ne dispone la pubblicazione (art.7, c.2). Questo non pregiudica i diritti dei creditori (*rectius*, banche) nei confronti dei coobbligati fidejussori del debitore e obbligati in via di regresso; non determina novazione dell'obbligazione; è revocato *ipso jure* se non vengono effettuati entro 90 giorni dalle scadenze previste i pagamenti verso amministrazioni pubbliche (leggi, fisco) ed enti previdenziali (art.6, cc. 3, 4 e 5). Scadenze previste per legge o in base all'accordo? Ritengo per legge, in quanto è ben difficile che una procedura così semplificata possa riguardare anche debiti verso la pubblica amministrazione [25] . Per le scadenze di questi ultimi, quindi, il D.L.212/2011 prevede un rinvio "forfettario" di 90 giorni.

Dalla data di omologazione e per non più di un anno non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi nè acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore (combinato disposto art. 7 c.3 e art.5 c.3); a meno che ci sia:

- risoluzione dell'accordo;
- mancato pagamento dei creditori estranei (accertato tramite ricorso al giudice);
- sentenza di fallimento a carico del debitore (art. 7, cc. 4 e 5) [26] .

Se previsto dall'accordo, o se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento, il giudice nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate (art.8 c.1); lo svincolo di queste ultime è disposto dal magistrato (art. 8 c.3).

La nullità colpisce i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo [27] .

---

[25] Non è prevista infatti la transazione fiscale ex art. 182-*ter* legge fallimentare.

[26] Non si comprende come possa essere dichiarato fallito il debitore , che tra i requisiti per accedere a questa procedura deve essere non assoggettabile alle procedure concorsuali. Probabilmente si tratta di una svista dovuta alla decretazione di urgenza.

[27] In base all'articolo 9 – Impugnazione e risoluzione dell'accordo :

1. *L'accordo può essere annullato dal tribunale su istanza di ogni creditore, in contraddittorio con il debitore, quando è stato dolosamente aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti. Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento.*
2. *Se il proponente non adempie regolarmente alle obbligazioni derivanti dall' accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dello stesso.*
3. *Il ricorso per la risoluzione è proposto, a pena di decadenza rilevabile d'ufficio, entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo.*
4. *L'annullamento e la risoluzione dell'accordo non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in buona fede.*

Chi sono gli organismi di composizione della crisi? Organismi costituiti da enti pubblici con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità, iscritti in apposito registro presso il Ministero della Giustizia, secondo criteri stabiliti con regolamenti da adottare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del D.L.212/2011. Gli organismi di mediazione presso le CCIAA, il segratariato sociale, gli ordini professionali di avvocati, commercialisti ed esperti contabili e notai sono iscritti di diritto a semplice domanda (art.10, cc.1,2,3 e 4).

Ogni organismo ha delle responsabilità chiaramente enunciate dall'art. 10, cc. 6,7 ed 8:

- "*assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo e all'esecuzione dello stesso*";
- "*verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati, attesta la fattibilità del piano ai sensi dell'articolo 4, comma 2 e trasmette al giudice la relazione sui consensi epressi e sulla maggioranza raggiunta ai sensi dell'articolo 7 comma 1*";
- "*esegue la pubblicità della proposta e dell'accordo, ed effettua le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito del procedimento previsto dagli articoli 5,6 e 7*".

Responsabilità rilevanti, tant'è che organismi di composizione della crisi possono essere costituiti solo da enti pubblici e sono sotto il controllo del Ministero della Giustizia, il quale anche determina le indennità a loro favore (art. 10, c.3).

Quali i problemi principali riscontrabili nel D.L.212/2011? Ritengo tre:

1) tra l'inizio della procedura e fino all'emanazione (e relativa pubblicità) del decreto di fissazione dell'udienza di trattazione del procedimento i creditori possono agire come meglio credono, compromettendo fortemente i risultati dell'iniziativa;
2) decorsi i 120 giorni dall'emanazione del decreto sopracitato, senza l'omologazione dell'accordo (che può avvenire anche oltre i sei mesi) i creditori possono prendere le iniziative che ritengono più opportune;
3) l'utilizzo del fax per effettuare le comunicazioni non permette di avere data certa.

Il problema sub 1) è gestibile solo se l'iniziativa della procedura è tempestiva. Tornerò sul tema.

Il problema sub 2) è molto influenzato dal carico di lavoro dei singoli magistrati

5. *Nei casi previsti dai commi 1 e 2, si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, ma il tribunale provvede in composizione monocratica*.

(avranno il tempo di prendere una decisione entro 120 giorni?).

Inoltre, art. 6 c.1: "*I creditori fanno pervenire anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, all'organismo di composizione della crisi, dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, come eventualmente modificata*"

Poi, art. 7 c.1 : "*Se l'accordo è raggiunto, l'organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento percentuale di cui all'articolo 6, comma 2, allegando il testo dell'accordo stesso. Nei dieci giorni successivi al ricevimento della relazione, i creditori possono sollevare contestazion*i".

Come si può essere sicuri della data di decorrenza dei dieci giorni? Se la comunicazione è fatta dall'organismo ai creditori con lettera raccomandata R.R. il destinatario può essere assente e decorre un periodo di avviso giacenza con allungamento ed incertezza dei termini; se effettuata tramite fax, la data di ricezione di quest'ultimo può essere oggetto di contestazione.

Inoltre, una volta raggiunto l'accordo, i creditori possono sollevare contestazioni.

E non si è ancora arrivati all'omologa.

Mi sembra più opportuno che, invece dei cinque passaggi sopra evidenziati, il procedimento ne abbia solo tre:

- proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti ai creditori: in questa fase arrivare ad un accordo con le percentuali previste dalla legge, su cui esprimano parere favorevole di massima tutte le parti coinvolte;
- deposito della proposta in Tribunale;
- decreto di fissazione dell'udienza di trattazione del procedimento e svolgimento dell'udienza; in quest'ultima, realizzazione dell'accordo (o constatazione della sua impossibilità) ed omologa.

Determinante, quindi, è l'attività dell'organismo di composizione della crisi nella prima fase, purché sia basata su due principi essenziali: TEMPESTIVITA' e TECNICHE DI NEGOZIAZIONE. Cioè gestire il rapporto con il debitore per individuare le cause vere del sovraindebitamento e la sua esatta entità e, soprattutto, i rapporti debitore creditori; in tempi tali che la crisi finanziaria non degeneri al punto che diventi ingestibile e che qualcuno dei creditori prenda delle inziative che renderebbero inutile la ricerca di una soluzione.

Inoltre, i soggetti coinvolti in una relazione di crisi hanno esigenze e, soprattutto, tempi diversi. Il debitore difficilmente è disposto a riconoscere la gravità della situazione e in genere ritiene che riuscirà a superare il momento negativo, così come ha fatto in passate esperienze. I creditori privati hanno urgenza di riscuotere, il fisco e gli enti pubblici le scadenze fissate per legge, le banche i tempi (a volte biblici) della burocrazia. Effettuare una comunicazione scritta identica a tutti i creditori equivarrebbe a lanciare un sasso in un nido di api, con il conseguente invio di lettera di messa in mora da parte quanto meno delle banche. Molto più efficace una comunicazione personalizzata, possibilmente diretta e bidirezionale, modulata in base alle esigenze ed ai tempi di ogni singolo e che alle domande di questi fornisca subito delle risposte. E realizzare un reticolo di comunicazioni che permetta, subito dopo, di arrivare fin dall'inizio ad un accordo multiparti quasi definitivo; utilizzando, a questo punto, il protocollo della *mediation in bankruptcy* elaborato –ed applicato- negli USA, con gli opportuni adeguamenti alle realtà italiana [28] .

Passato, presente e (probabile) futuro della mediazione civile e commerciale in Italia

Il neocostituito Regno d'Italia riservò alla conciliazione (così allora era chiamata), un posto non marginale nell'ordinamento giuridico; essa era soprattutto endoprocessuale e non obbligatoria (eccetto che nella materia matrimoniale) . Nella prassi operativa, poi, era utilizzata anche dalle forze di polizia.

Con l'ideologia fascista al potere tutte le funzioni pubbliche furono accentrate nello Stato, così pure la soluzione delle controversie. Nei codici del 1942 la conciliazione fu relegata in posizione marginale e, soprattutto, per oltre mezzo secolo non è stata insegnata nelle università; di conseguenza i tecnici del diritto ne hanno avuto cognizione irrilevante.Inoltre, seppur disseminata in vari parti dell'ordinamento, era affidata a professionisti impregnati di tecnica avversariale, che la gestivano al massimo come fosse transazione.

Nel 1993, la riforma delle Camere di commercio previde la costituzione presso ognuna di esse di "Camere arbitrali e di conciliazione", che adottarono il procedimento elaborato dall'Università di Harvard. Nel frattempo anche la Comunità europea cominciò a prestare particolare attenzione agli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie

[28] Vedi "*Mediation in bankruptcy: come negoziare con le banche in situazioni di crisi*", in www.adrmaremma.it , voce Articoli, pag.9.

(ADR), dapprima per i dissidi transfrontalieri tra consumatori, successivamente anche in altri ambiti.

Con il D.L. 5/2003 fu istituita la conciliazione societaria (per le controversie in materia societaria bancaria finanziaria e creditizia), che prevedeva anche la facoltà per le parti di chiedere, di comune accordo, una proposta di soluzione al conciliatore, nonché la possibilità di ottenere l'esecutività del verbale. L'innovazione principale, però, fu la gestione della procedura conferita *in outsourcing* ad organismi di conciliazione (estranei all'ordinamento giudiziario) pubblici o privati, anche se sotto il controllo del Ministero della Giustizia. Tuttavia la conciliazione societaria non era obbligatoria, per cui fu quasi totalmente negletta.

L'aumento sempre maggiore del contenzioso civile e del numero delle cause pendenti; l'incremento delle penali a carico dello Stato a seguito della durata abnorme dei processi; le direttive, cogenti, da parte dell'Unione Europea sull'adozione delle ADR. Tutto ciò ha spinto il governo italiano, tra il 2009 ed il 2010, a far divenire la mediazione civile e commerciale "condizione obbligatoria di procedibilità" nelle controversie in numerose materie. Per quanto riguarda la formazione furono stabilite delle procedure abbastanza dettagliate, ma la durata dei corsi era, ed è, insufficente. Inoltre la possibilità di divenire mediatori non è stata limitata a chi ha una formazione anche giuridica, ma ampliata di molto; soluzione corretta da un punto di vista teorico, perché la mediazione è una procedura che non tutela i diritti ma gestisce gli interessi; tuttavia la soluzione deve essere legale, per cui in molte controversie una conoscenza del diritto è necessaria. D'altro canto molti formatori erano –e sono- soprattutto conoscitori delle procedure avversariali, non particolarmente esperti nelle tecniche negoziali; in troppi corsi quindi la formazione è stata eccessivamente focalizzata su problemi giuridici e procedurali. Da ultimo è probabile che il numero dei candidati che si è presentato agli esami, e li ha superati, sia stato superiore al 99%. Il Ministero, in tempi molto rapidi, ha cercato di correre ai ripari, ma le soluzioni trovate non sono risolutive. Come conseguenza, oggi, la formazione è **IL** problema della mediazione in Italia; ed è difficile fare previsioni su come e quando verrà risolto. Si spera che i mediatori qualificati, presenti negli organismi, possano trasmettere ai colleghi le loro competenze.

Al 20.3.2011, data di decorrenza della mediazione civile come condizione

obbligatoria di procedibilità in molte materie, si prevedeva che sarebbero andate in mediazione in tempi brevissimi 200.000 controversie. Dal 21.3 al 20.9.2011, invece, le procedure attivate sono state 33.308, e di esse solo l' l (UNO)% su suggerimento dei giudici. Nel 31% dei casi, poi, la parte invitata non si è presentata. La forte avversione al nuovo istituto da parte di moltissimi avvocati, ed il sussiegoso distacco verso di esso riservato dalla magistratura, hanno portato ad un sostanziale boicottaggio del suo uso. A ciò si aggiunga la scarsa preparazione di molti mediatori (di cui sopra) e la quasi totale non conoscenza dell'istituto da parte dell'utenza finale (soprattutto operatori economici). Le cause della partenza "con il freno a mano tirato" sono abbastanza chiare.

Anche a ciò il Ministero della Giustizia ha cercato di apporre un correttivo, stabilendo una penale economica per chi, invitato alla mediazione, non si presenta e modulando l'entità dei compensi dei mediatori in funzione dei vari tipi di procedimento. I risultati non dovrebbero tardare a manifestarsi.

Inoltre, l'obbligatorietà della procedura, anche se non gradita ai mediatori "duri e puri", tuttavia ha avuto un merito: quello di indurre alcune migliaia di professionisti a seguire i corsi di formazione, che –seppur torppo brevi ed e volte non del tutto adeguati- hanno quanto meno **IN**formato i discenti sull'esistenza dell'istituto. La conoscenza di esso è il primo passo per il suo uso. Poi, partecipando alle procedure, si nota che molti degli avvocati non mediatori constatano la rapidità delle conclusioni e cominciano a considerare la mediazione tra gli strumenti utilizzabili.

Dal 20 marzo 2012 diverrà obbligatorio il ricorso alla mediazione anche per le numerose controversie in materia di condominio e di risarcimento danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

Il legislatore italiano, poi, sta inserendo la mediazione in vari settori dell' ordinamento.

Introdotta nel 2011, da aprile 2012 diventerà operativa la mediazione tributaria, che tuttavia è una lontana parente della mediazione, in quanto è gestita da una delle parti coinvolte nella controversia, l'Amministrazione finanziaria. La possibilità che quest'ultima sia "neutrale" sembra quanto meno remota.

A dicembre 2011, con il D.L.212, inoltre, è stata introdotta in maniera ufficiale la

mediazione nella gestione delle insolvenze, campo di attuazione vastissimo. Tuttavia è altamente probabile –quasi sicuro- che per lungo tempo questo strumento verrà utilizzato in maniera del tutto burocratica, con scarsissimo uso delle tecniche di negoziazione e con risultati ben inferiori a quelli potenziali. Anche qui la formazione potrebbe giocare un ruolo determinante.

In questa direzione un aiuto è probabile venga dalla decisione dell'Unione Europea [29] , di individuare caratteristiche ed elementi della formazione del mediatore europeo. Si spera che questa volta, sulla base dell'esperienza maturata, ci si faccia trovare preparati.

Da ultimo è da considerare la preannunciata rivisitazione delle circoscrizioni giudiziarie (giudici di pace e tribunali): rimozione delle sedi piccole e accorpamento degli organici in quelle di maggiori dimensioni. Ci saranno quindi vaste zone del territorio nazionale che si troveranno sguarnite di "giudici di prossimità" e che dovrebbero fornire spazi per il ricorso alla mediazione.

L'esecutivo, con i provvedimenti normativi di fine 2011 e con alcune dichiarazioni, ha confermato la rotta "mediazione avanti tutta". Ciò che manca, ancora, è il salto culturale da parte della società necessario a riappropriarsi di uno strumento che fa parte delle sue tradizioni.

[29] Risoluzione del Parlamento europeo, del 13.9.2011 (2011/2026-INI) in cui al punto 20 si "*riconosce l'importanza di stabilire norme comuni per l'accesso alla professione di mediatore per promuovere una migliore qualità della mediazione e assicurare standard di formazione professionale elevati e l'accreditamento in tutta l'Unione*".

OS EFEITOS COLATERAIS DA CRESCENTE TENDÊNCIA À JUDICIALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Associado da UERJ. Promotor de Justiça no Rio de Janeiro

Michele Pedrosa Paumgartten

Mestre em Direito (UNESA). Advogada no Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. A difusão da institucionalização da mediação; 3. O caminho da obrigatoriedade. Um fraco remédio à crise do acesso à justiça; 4. O cenário atual da mediação na Europa, Brasil e EUA; 4.1.A palavra de ordem da Diretiva Europeia: encorajar. 4.1.1. O direito francês; 4.1.2. O direito espanhol; 4.1.3. O direito inglês; 4.1.4. O direito alemão; 4.2. A palavra de ordem do Decreto Legislativo Italiano n° 28: obrigar; 4.3. A mediação no Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro; 4.4. Mediação obrigatória e a crise hipotecária norte-americana; 5. Considerações finais.

Resumo: Há algum tempo, Europa, Brasil e Estados Unidos vem sofrendo com a ineficiência sistêmica de seus Tribunais, impactando significativamente a garantia do acesso à justiça de seus cidadãos, tornando a resolução alternativa de conflitos uma presença constante tanto em sistemas de jurisdição civil law quanto common law. Como resultado, a institucionalização das ADRs, vem se traduzindo numa rotineira presença em códigos de processo civil e sua prática é avocada pelos tribunais. Contudo, tanto a institucionalização quanto a obrigatoriedade de participação em programas de mediação antes ou após iniciada a demanda, são excepcionalidades que precisam ser adotadas com cautela. A experiência da União Européia com a sua Diretiva, a Brasileira com a inserção da mediação no projeto do novo Código de Processo Civil e o uso da mediação para solucionar os conflitos advindos da grave crise hipotecária norte americana serão analisadas neste artigo, com o intento de demonstrar que o progresso e a difusão das

ADRs não requer necessariamente o rompimento com os seus fundamentos basilares, e particularmente quanto à mediação, a perda da sua identidade, para que sejam inseridas no contexto do acesso à justiça.

Palavras-chave: mediação, identidade, obrigatoriedade, institucionalização.

1. Considerações Iniciais

Nos últimos anos vem se intensificando a busca por formas alternativas de resolução de conflitos, seja para alijar a jurisdição da excessiva carga que lhe é imposta, seja para conferir melhor tratamento a assuntos que estariam além do seu alcance. Métodos revelados através da negociação, mediação, arbitragem e suas variantes, são considerados uma *alternativa*[1] por serem mais baratos, mais consensuais e assim por diante.

Amplamente popularizada fora dos Tribunais norte-americanos, a mediação tornou-se alvo de um movimento para sua institucionalização[2] no sistema judicial, o que vem preocupando estudiosos que temem por sua possível imobilização, já que é conhecida pela procura voluntária, desenvolvimento espontâneo e extrajudicialidade.

O crescimento da mediação em um contexto institucional pode certamente expor e criar maior interesse no processo, mas não é o mecanismo ideal para difundir a prática mediativa. Assim como, torná-la um procedimento obrigatório, seja pré-processual ou incidental, não atende aos interesses das partes, sendo conveniente apenas para a redução da carga de trabalho dos tribunais.

---

[1] *"The use of these processes has become so increasingly pervasive that the 'alternative' of ADR is increasingly being dropped in favor of such terms as 'complementary', 'additional', 'appropriate', or simply 'dispute resolution'. In addition, points out that "Interestingly, some of mediator's greatest supporters are not in favor of dropping the 'alternative' from the description of ADR because they fear that by doing so, the process will become just like more traditional methods of dispute resolution – expensive, time-consuming, and not necessarily just."* PRESS, Sharon. Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation? *Florida State University Law Review*. vol. 24, 1997, p. 903.

[2] *"Mediation was institutionalized in courts over the last twenty-five years, in part to provide access to justice that was otherwise unavailable in the civil justice system. Some scholars question whether this institutionalization offers anything that looks like justice." Also: "Though Pound offered several causes for this decline what we know today as "institutionalization" in the court system was the primary suspect. The very thing that made equity a system must, in the end, prove fatal to it. In the very act of becoming a system, it becomes legalized, and in becoming merely a competing system of law insures its ultimate downfall."* NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, vol. 6, 2004, p. 57.

Este trabalho irá analisar a institucionalização generalizada da mediação na União Européia, Brasil e Estados Unidos, e através de uma reflexão crítica, avaliar a lógica paradoxal na obrigatoriedade de sua prática por estes sistemas jurídicos. Nossa preocupação maior é enfocar a incorporação da mediação pelo sistema judicial e os efeitos colaterais que podem advir daí.

2. A difusão da institucionalização da mediação

O crescimento da mediação é bastante influenciado pelo contexto do local aonde ela se desenvolve. Nos sistemas common law, como Estados Unidos, Austrália, Canadá e Inglaterra, a mediação e outras formas de ADR vem crescendo mais rapidamente do que em sistemas civil law, como no Brasil, Alemanha, Itália.[3]

Vista muitas vezes como uma justiça de segunda classe[4], a mediação não é um processo novo, mas ainda incipiente na arena legal. Vantagens da mediação são laboriosamente propagadas principalmente entre aqueles que a consideram um útil instrumento para atenuar a gravidade do problema do acesso à justiça, pois confere às partes maior controle sobre a resolução do conflito, afastando o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolvê-lo, e além disso, há a oportunidade de se obter soluções criativas, com maior adequação e amplitude, abordando questões subjacentes ao conflito[5] e não apenas a estreita questão que se submete ao Judiciário.

Por isso a solução mediada é ainda mais valiosa e significativa em disputas aonde a relação entre as partes é de longa duração e permanente. A confidencialidade é outro fator importante, principalmente quando estamos diante de questões mais sensíveis; e como não se busca com a mediação o fim da jurisdição, em último caso,

[3] Cf.: ALEXANDER, Nadja. *Global Trends in Mediation*. New York: Kluwer Law International, 2006.
[4] OWEN, Fiss. Alternative Dispute Resolutions Debated: Second-Hand Justice? *The Connecticut Law Tribune*. March 17, 1986.
[5] Às disputas que envolvem uma interseção complexa de relacionamentos, Lon Fuller chamou de policêntricas: *"Wherever successful human association depends upon spontaneous and informal collaboration, shifting its forms with the task at hand, there adjudication is out of place except as it may declare certain ground rules applicable to a wide variety of activities." E a adjudicação "cannot encompass and take into account the complex repercussions" que resultam da solução de uma disputa policêntrica. O mais importante no âmbito desses litígios "it is simply impossible to afford each affected party a meaningful participation through proofs and arguments"* FULLER, Lon. Mediation. Its Forms and Functions, *CAL. L. REV*. vol. 305, 1971.

falhando o processo de mediação, as partes não estariam impedidas de levar a um juiz o caso que ainda se encontra em litígio para que seja julgado[6].

Mediar não significa o mesmo para todos. Centralizando o conceito de mediação na figura do terceiro, fala-se muito do seu importante papel facilitador do acordo, enquanto especialista na matéria em litígio, ou ainda, na tarefa que esse terceiro imparcial tem para instigar as partes à uma avaliação de suas respectivas posições com mais precisão diante de um conflito, a fim de chegarem a uma solução por si próprios.

Enfim, numa definição simples e direta, a mediação é o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto)[7]. Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

Na maioria dos casos, a mediação denotará certamente uma combinação desses atributos.[8] Chiara Besso[9], uma das grandes estudiosas do tema no direito italiano assim descreve a mediação: ″è il procedimento nel quale un terço, il mediatore, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti in conflitto, assistendole nel raggiungere un accordo, da loro volontariamente scelto″; Helena Muñoz[10], comentando o ordenamento espanhol, traz noção semelhante:

---

[6] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A procedural Reading of human rights: the fundamental right to proper protection and the optin for mediationas a legitimate route for the resolotion of conflicts. Revista Juridica Universidad Interamericana de Puerto Rico, vol. XLIV, n° 3, agosto-mayo, 2009-2010, p. 545/560.

[7] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in: Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 108.

[8] Devemos estar sempre atentos para o fato de que a mediação só terá sucesso quando a opção pela mediação as partes a desejarem em conjunto com condições favoráveis ao processo mediativo, como bem ressalta Warren Winkler: *"in certain cases the parties simply want a judicial determination of their rights, win or lose, not a mediated resolution. In that event, they are entitled to a trial and ought not to feel pressured in a settlement meeting to accept a compromise they are not interested in. ADR is not meant to subvert the conventional litigation process. Parties are entitled to have their rights decided in a court with appropriate procedural safeguards"*. WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la mediation judiciaire. Canadian Arbitration and Mediation Journal. n. 16, p. 9-12. 2007.

9 BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. VI, jul-dez. 2010, p. 33.

[10] *"La mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un processo"*. 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.

Entretanto, a qualidade central da mediação é na verdade, o aspecto relacional que Lon Fuller[11] já havia mencionado em artigo publicado há mais de trinta anos.

É caminhar ao desmanche[12] do conflito, através de numa prática discursiva, do diálogo e não da força coercitiva, segundo a ideia reguladora da possibilidade do consenso[13], cuja legitimidade do resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou.

A ideia de Luis Alberto Warat[14], para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos parece coadunar com o conceito tradicional de Lon Fuller.

Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar os efeitos da conflituosidade, acompanhando a premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem por completo; apenas se transformam e necessitam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle.

No entanto, a mediação tem percorrido um caminho desafiador tanto em sistemas de common law quanto de civil law[15].

O crescimento vertiginoso que se nota nos sistemas de commom law, como no Canadá, Inglaterra, Reino Unido e Estados Unidos desde a década de 70[16], contrasta com a relutância dos países integrantes do sistema da civil law em aceitar a prática da

[11] *"the mediation has the capacity to reorient the parties towards each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another."* FULLER, Lon. *op.cit.*

[12] Cf.: RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*. Roma: Laterza, 2010.

[13] OST, François. *Conta a Lei. As fontes do imaginário jurídico*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2004, p. 151.

[14] WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 31.

[15] A dicotomia civil – common law sempre inspirou um debate entre a escola histórica alemã e a sua teoria da codificação num contraponto ao direito judiciciário do utilitaristo inglês. Cf: BOBBIO, Norberto. *O Positivimo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

[16] Desde meados de 1970 *"houve um movimento de delegalização e desregulação, em reação ao formalismo legal no âmbito institucional e da cultura jurídica como um todo (hard law vs. soft law), o que garantiu incentivos à expansão da mediação comunitária - investimentos do governo federal nos Neighborhood Justice Centers, fora do Judiciário, que forneciam serviços de mediação gratuitos ou a baixo custo para o público, buscando o empoderamento das partes e o fortalecimento do acesso à justiça. Muitos dos atuais programas de mediação começaram informalmente como centros de mediação comunitária (como nos Estados da Flórida e de Nova Iorque), atuando os mediadores na comunidade, e apenas posteriormente foram institucionalizados com a sua migração ao ambiente judicial, havendo então uma preocupação maior com a legalização e regulação estatal dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito do Judiciário, em busca de uniformização e incentivos aos programas."* 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.

mediação como um meio para resolver conflitos[17]. Independentemente das diferenças nos estágios de desenvolvimento da mediação, tanto nos países que adotam o sistema common law quanto naqueles em que se adota o sistema civil law, as preocupações convergem a um ponto comum: a utilização da mediação como a solução para os problemas enfrentados pela administração pública, especialmente pelos Tribunais, respaldando o intento de acesso à justiça.

O que se observa é que além da difusão da normatização de procedimentos de ADRs, os programas de mediação vem sendo sobejamente incorporados aos Tribunais[18], notadamente em assuntos ou locais aonde a mediação não é amplamente utilizada. Contudo, qual é o impacto da institucionalização generalizada da mediação e da sua incorporação[19] pelos Tribunais? Como evitar que a mediação se torne tão interligada com a adjudicação? O controle estatal dos programas de mediação trazidos para o âmbito jurisdicional sob o argumento de apresentação e expansão do uso deste método de ADR subsistirá por quanto tempo? É temporário? Como será então, o processo de restituição da mediação ao contexto extrajudicial?

A expressiva divergência entre a teoria da mediação e estas práticas é o maior desafio a ser enfrentado pelo futuro em termos de qualidade da mediação. E para enfrentá-lo, é imprescindível resgatar a racionalidade por trás do fundamento da mediação exposto no conceito de Lon Fuller.

Assim como, atingir essa qualidade, não significa ancorar o processo de mediação na submissão das partes à regras de procedimentos, mas justamente o

---

[17] *"It is useful to point out that not all common and civil law jurisdictions confirm these systemic patterns. The cases of the Netherlands and South Africa provide exceptions. The Netherlands, although stemming from a civil law tradition, has historically taken a proactive approach to legal reform, borrowing from both civil law and common law jurisdictions. Compared with most other civil law jurisdictions, the Netherlands has a well-established system of pre-trial conflict handling mechanisms. As a result, mediation developments in the Netherlands have been able to slide into the existing pre-trial structures and mediation has enjoyed success earlier in the Netherlands compared with other civil law countries. South African lawyers essentially apply a common law process to laws drawn from the civil codes of European jurisdictions. The system is a kind of uncodified civil law, which coexists with traditional community dispute management such as the makgotla. While the legal profession in South Africa has been hesitant to embrace the mediation of civil legal disputes going before the courts, the fall of the apartheid system has opened the entire spectrum of human rights, discrimination, constitutional, environmental and intergovernmental issues to ADR and put mediation very clearly on the South African map."* ALEXANDER, Nadja. Global Trends in Mediation. *ADR Bulletin.* Vol. 6, n. 3, 2003.

[18] Cf. PRESS, Sharon. Court-Connected Mediation and Minorities: A Report Card. *Capital University Review.* vol. 39, 2011, p. 819.

[19] Cf. ALFINI, James J., *et.al.* What Happens When Mediation is Institutionalized? *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 9, no. 307, 1994. No mesmo sentido: PRESS, Sharon. Mortgage Foreclosure Mediation in Florida - Implementation Challenges for an Institutionalized Program. *Nevada Law Review.* vol. 11, Spring 2011, p. 306.

contrário, *"to free themselves from the encumbrance of rules"* para atingir *"a relationship of mutual respect, trust, and understanding that will able them to meet shared contingencies without the aid of formal prescriptions laid down in advance."*[20]

A institucionalização da mediação e a sua realização nas dependências dos Tribunais, é evidente. A integração da mediação aos códigos de processo civil caminha em direção a uma fusão entre a normatização e a mediação, tornando-a uma *"importante parte de uma nova era do processo civil"*.[21] A primeira vista, a institucionalização pode até significar um avanço, mas acaba por enfraquecer as escolha das partes envolvidas no conflitos.

A mediação é uma das formas de resolução de conflitos que via de regra acontece no ambiente extrajudicial, quando as partes optam por mediar por sua própria iniciativa através de serviços privados, mas também não há impedimento que aconteça num ambiente intrajudicial[22]. Nada obsta, que a mediação realizada na esfera privada tenha repercussão no processo judicial, possibilitada por uma suspensão do processo, por exemplo.

No entanto, a realização da mediação na esfera intrajudicial vem deixando de ser uma mera opção oferecida às partes. A onipresença da mediação nos Tribunais[23] e nos códigos de processo é um paradoxo, pois a mediação perde cada vez mais a sua identidade[24], passa a adquirir semelhança com a adjudicação, com normas de aplicação; os juízes passam a evitar o julgamento de casos e se tornam cada vez mais mediadores,

---

[20] Além disso, como bema nota Brian Ray: *"In Fuller's conception, mediation has no role to play in the interpretation and enforcement of laws; that is the role of courts and the function of adjudication: '[O]nce a law has been duly enacted its interpretation and enforcement is for the courts; courts have been instituted, not to mediate disputes, but to decide them'"*. RAY, Brian. Extending the shadow of the law: using hybrid mechanisms to develop constitutional norms in socioeconomic rights. *Utah Law Review*. n. 3, pp. 797-842.

[21] NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution.* vol. 6, 2004, p. 57.

[22] *"Sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (court-connected mediation), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica distinguen, de la voluntaria, o en Francia de la convencional.El término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el Tribunal o mediación intrajudicial, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación"*. MUÑOZ, Helena S., *op. cit.*

[23] Interessante a expressão utilizada por John Lande para descrever o ambiente legal contemporâneo: *"liti-mediation"* no qual passa a haver a seguinte prática reiterada: *"mediation is the normal way to end litigation."* LANDE, John. How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other? *Fla. St. U. L. Rev.*, 1997,pp. 839, 841.

[24] NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Mediation: The 'New Arbitration'. *Harvard Negotiation Law Review*, 2010, p. 3-54.

cenário que se afasta do conceito tradicional da mediação como um processo primordialmente relacional. Um processo privado se instalando num ambiente público, sendo consumido por regras e por uma concepção instrumentalista que vem a servir apenas à administração da justiça.[25]

3. O caminho da obrigatoriedade. Um fraco remédio à crise do acesso à justiça.

A preocupação com o acesso à justiça surgiu em meados da década de 1970, a partir do estudo realizado por Cappelletti e Garth provocando uma série de iniciativas que se desenvolveram com o intuito de garantir esse direito que é básico e inerente a todo Estado Democrático. Embora parte desse ímpeto inicial para a garantia do acesso à justiça tenha diminuído no decurso desses trinta anos em algumas sociedades, o tempo atual é marcado por este propósito.

A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura[26] demandista especialmente notada em países do sistema civil law, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio[27], faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais[28].

Some-se a isto os reflexos causados pela globalização internacional de conflitos[29] e ao fato de que as normas ou mesmo o direito consuetudinário não está apto

[25] *Id*. Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. vol. 37, 2012, p. 1-31.

[26] Cf. CHASE, Oscar G., American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. *American Journal of Comparative Law*. Nov., 2001. Apesar do texto se referir a cultura norte-americana de solução de conflitos, a leitura é válida para entendermos o uso do termo *cultura*, e seus conceitos se adequam a outras sociedades. Recomenda-se também CHASE, Oscar G. Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context. *New York University Press*, 2005. Examinando a questão pelo ângulo do direito europeu: TARUFFO, Michele. Cultura e processo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 63-92.

[27] Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994.

[28] *"Sembra infati che la tendenza dominante nelle società asiatiche sia una sorta de litigation aversion che ha come naturale consenguenza di ADR, principalmente facendo ricorso alla mediazione e alla conciliazione. Questa preferenza viene solitamente spiegata con il riferimento alla persistenza – nello stato profondo della cultura asiatica – dell´ideale confunciano dell´armonia sociale che non dovrebbe essere turbata e messa in crisi dal ricorso ai tribunali"*. TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturale della giustizia civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civille, dez, 2007, p. 1067.

[29] Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed, Coimbra: Almedina Editora, 1993. p. 18. E ainda, Eduardo Cambi ressalta que os reflexos desta globalização também são sentidos em

a trabalhar com o conceito de conflitos insolúveis, ou seja, que jamais poderão ser resolvidos.

O máximo que se pode fazer é monitorar e empreender um trabalho de acompanhamento, com o objetivo de manter a disputa em níveis aceitáveis de convivência e civilidade. Mas a pretensa solução se resume a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto as pressupostas crises de outra natureza, que por não terem sido conjuntamente dirimidas, a tendência é que retornem num momento futuro, talvez até recrudescidas.

É notório como as estruturas jurídico-políticas foram sempre muito atentas aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, constantemente traduzida na linguagem jurídica, e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários.

Essa capacidade limitada da solução adjudicada tem se mostrado ineficaz, protrai o fechamento da demanda a um futuro incerto, e muitas vezes não resolve o problema, pois apenas agrega estabilidade – indiscutibilidade da decisão, ratificando a inaptidão do Judiciário para recepcionar e resolver eficazmente as lides.

A mediação vem notadamente se destacando nesse cenário como a cura para as ineficiências dos sistemas de justiça, e ainda que seja definida como um processo voluntário, o rótulo de *boa alternativa* para a adjudicação, fez como que muitos políticos e estudiosos concluíssem que além da prática ser incorporada ao ambiente jurisdicional, ela deveria ser obrigatória.[30]

Mas será que na verdade não serão repetidos os mesmos erros das últimas décadas em que se promoveu a busca ao Poder Judiciário sem dar importância aos seus

países como o Brasil apesar da inexistência de um direito comunitário efetivo. *"A arbitragem, por exemplo, há algum tempo permite que decisões tomadas por árbitros, em âmbito internacional, imponham-se sobre as decisões de juízes nacionais, fragmentando o direito nacional, como forma de responder às exigencias da globalização dos mercados, uma vez que os custos, a morosidade e o surgimento de litígios altamente complexos tornaram a via judicial menos atrativa."* CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63.

[30] *"Citizens of all counties accept regulations if they believe that as a result of that regulation "Society" will be better off. For instance in some countries bans on tobacco advertising are accepted because research has "proved" that smoking is bad for health. We pay for seatbelts in our cars (even though the government tells us we must) because research proves that seatbelts save lives."* Mandatory Mediation. LC Paper N. CB (2)1574/01-02(01). Available at: <http://www.legco.gov.hk >. Acesso em: 10/02/2012.

limites? É racional forçar[31] as partes a se submeterem à mediação? Supervalorizar a mediação não poderá a longo prazo transformá-la em mais um método ineficaz à solução de conflitos, tal como a jurisdição é hoje vista pela sociedade? Obrigar as partes a se submeterem ao processo de mediação as tornam menos propensas a cumprir o acordo celebrado? Enfim, a mediação pode valer a pena quando obrigada?

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória, seja por vontade própria ou por indicação do órgão jurisidicional.

Entretanto, tranformá-la numa etapa obrigatória seja no momento pré-processual ou incidental tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão. Mediar não se resume a silenciar o outro interessado no acordo ou fazer com que o conflito "vá embora". Isso não permite o retorno ao *status quo* anterior à origem do conflito. A razão da mediação passa a ser o fim da controvérsia, a pacificação ao invés da paz, colocando-se de lado a lógica relacional que lhe é basilar.

Chegamos num extremo dialético, aonde a mediação desponta numa perspectiva paradoxal: a institucionalização traz regras para serem seguidas por mediadores, juízes e demais interessados, além disso, impõe prazo para terminar, pré-determina os casos em que deverá ser utilizada e obriga os litigantes a se submeterem à prática mediativa. Tudo sob o pretexto de remediar a ineficiência estatal na gestão dos conflitos e inevitável abalo à garantia do acesso à justiça.

Um remédio fraco, quase um placebo, pois num primeiro momento, o sentimento de alívio no Judiciário é óbvio, já que a mediação obrigatória exprime uma verdadeira barreira a evitar a chegada dos litigantes ao Judiciário.

Contudo, a mediação não é um processo que se presta a todos os casos e independente da circunstância. Na mediação procura-se fortalecer aqueles que são menos poderosos através de um balanceamento de poder, escuta mais ativa, gerando opções, criação de consciência sobre a disputa, negociação de soluções, retirando-se a máscara de demônio ou vítima criada pelo outro, permitindo que cada lado escolha a melhor alternativa para uma solução negociada, chegando enfim, a um consenso.

[31] MONTELEONE, Girolamo. La mediazione "forzata". *In* Judicium, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < http://www.judicium.it.> Acesso em: 20/10/11.

Todo esse processo tem como essência ser voluntário, repeitando a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidental à demanda judicial.

Os defensores da obrigatoriedade perguntam: como alguém não gostaria de celebrar um acordo mutuamente benéfico? Ocorre que nem todo mundo pode estar interessado; ou pode ser que a mediação não seja realmente o melhor método a se aplicar na tentativa de resolução daquele conflito.

A campanha que trata a mediação como uma poção mágica[32] e que torná-la obrigatória solucionará a crise do acesso à justiça, reflete uma visão distorcida desta garantia e totalmente equivocada do instituto, que repita-se, é essencialmente voluntário: o princípio da autonomia da vontade, fundamento primeiro da mediação, cuja razão está na liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades.

Desperta interesse as objeções que Owen Fiss lançou às ADRs em "Against Settlelment"[33]. Seus argumentos centravam-se na qualidade do consentimento para a celebração de um acordo pautado especialmente num desequilibrio de forças (econômica, habilidade negocial) entre os participantes do processo.

Para Fiss o consentimento ao acordo desta parte, em desvantagem, seria produto de coação. Tornando mais atual a preocupação do grande jurista com o consentimento das partes que se submetem a uma ADR qualquer, suas premissas podem ser perfeitamente usadas como alerta sobre a fragilidade não do resultado que pode ser obtido numa mediação, mas em obrigar as partes a participarem deste processo. A obrigatoriedade sim, traduz um desequilíbrio de forças e pode contaminar o resultado obtido na mediação.

Pode parecer que exista algum benefício em obrigar as partes a ser reunir e discutir a sua contenda. O melhor resultado poderia ser uma solução mutuamente satisfatória e voluntariamente acordada; o pior resultado seria, por outro lado, as partes não alcançarem êxito num acordo e o problema seguir para um Tribunal, traduzindo-se

[32] PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi del monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais FDV*, n. 11, ago 2012, pp. 171-201.
[33] FISS, O.M. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

em descontentamento, custos adicionais e atrasos desnecessários; ou ainda, celebrar um acordo qualquer, produto do desconhecimento do processo e do seu próprio conflito.

Bret Walker e Andrews S. Bell[34] reforçam os argumentos negativos à mediação obrigatória[35].

A busca pela justiça, uma justiça pensada, não ao modo cristão pelo qual fazer o bem ou mal ao outro é fazer o bem ou mal à si mesmo, mas sim uma justiça que considere a contraposição de forças mais ou menos iguais é o objetivo da ADR.

O que se espera não é mais uma justiça marcada pelo apagamento das distâncias e das diferenças como se nunca tivessem existido, mas a nova justiça deve ter em seu núcleo celular, o equilíbrio. Ser capaz de equilíbrio, de fato, já é uma manifestação de força. O fraco, o oprimido, é incapaz de alçar-se à altura daquele que se contrapõe a si. O reconhecimento do outro se mostra como uma virtude nobre e potente, mantendo-se assim cada qual em sua esfera de poder.[36]

Uma justiça baseada na percepção das pretensões dos outros, renunciando ao julgamento, colocando o indivíduo conscientemente no jogo e comprometido naquela negociação, desmantelando a percepção tradicional de justiça que visa mais se defender antecipadamente contra um possível voltar-se do vencedor da contenda contra si do que uma desinteressada preocupação com o terceiro. Oculta-se a preguiça daqueles que se satisfazem com a decisão imposta, compreendida numa tradição de segurança, e não se dispõem às consequências da pactuação[37].

É dessa segurança e resignação que devemos nos desviar, na busca no real equilíbrio de forças, pois será no acordo, uma vez firmado, que florescerá a expressão

---

[34] *"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"*. WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. Bar News – The journal of NSW Bar Association. spring. 2000, p. 7-8.

[35] *"The current regime recognizes the desirability of mediation as a means of dispute resolution without forcing parties down that route. There are, moreover, institutional mechanisms in place which encourage progress down that route. For example, it is now part of a barrister's duty to advise his or her clients at an early stage about the scope for means of dispute resolution in the alternative to litigation. Further, it is well known that many judges informally encourage litigants of the desirability of exploring dispute resolution by way of mediation. All of this is salutary and to be supported. The changes to be introduced by the Bill, however, are significant not just in practical terms but are radical and, in our opinion, most undesirable as a matter of principle."* WALKER, Bret; BELL, Bell, *op.cit.*

[36] PAUMGARTTEN, Michele. O processo interativo de construção de soluções como via de reabilitação do sistema vindicativo. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*. vol IX. 2012. http://www.redp.com.br.

[37] *Ibidem.*

da verdade, da paz, em contraposição à cólera, ao desejo de vingança e ao castigo inerentes ao homem.

Nessa senda e na esteira do Livro Verde da Mediação[38], o Parlamento Europeu desenvolveu em 2004 um projeto para uma Diretiva relativa à mediação culminando com sua publicação em 2008[39]. Ao ensejo da Diretiva, os estados-membros europeus seriam livres, quando da transposição aos seus ordenamentos internos, para disporem sobre os métodos que seriam adotados na instalação de programas de mediação.

A seção seguinte analisará as leis francesa, espanhola e alemã, publicadas ao esgotamendo do prazo para a transposição da Diretiva; o decreto legislativo italiano, primeira lei publicada ao abrigo da Diretiva, que além de optar pela mediação obrigatória, criou artifícios processuais cuja constitucionalidade é questionada; examinará a institucionalização da mediação pelo Brasil, e por fim, uma reflexão sobre a opção pela mediação obrigatória feita por alguns estados norte-americanos para solucionar a os conflitos advindos da crise hipotecária.

4. O cenário atual da mediação na Europa, Brasil e EUA.

[38] *"In 2002, the European Commission issued a Green Paper on ADR ["Green Paper"] in civil and commercial law that specifically identified cross-border commercial disputes as an area in need of regulation. The purpose of the paper was to encourage the use of out-of -court dispute resolution as more appropriate in many cases than dispute resolution by judges or arbitrators. The Green Paper described ADR as a "political priority" for all EU institutions and launched a broad consultation process on how this goal could be achieved, although, it acknowledged that many member states had already passed legislation encouraging the use of ADR. As part of its consultation process, the Green Paper raised twenty-one questions about critical ADR issues including: confidentiality, consent, enforcement, mediator training, mediator accreditation and liability and the problem of prescription periods"* NOLAN-HALEY. Jacqueline M. Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation. Proceedings of the sixth annual conference on international arbitration and mediation. *Martinus Nijhof Publishers*. 2011, p. 1-17

[39] *"The Directive's foundations can be traced to a series of projects beginning with the Vienna Action Plan of 1998 which established mediation as a priority "particularly for family conflicts." Its foundations were further advanced at the Tampere European Council in 1999 that called for better access to justice, and for the creation of "alternative extrajudicial procedures" to be created by Member States. From 1998 through 2002 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted recommendations to promote mediation in family disputes, penal matters, and disputes with administrative authorities, and a Working Group was established to monitor the progress of these recommendations. A significant aspect of the Working Group's guidelines was its concern with the role of lawyers, judges, and legal educators in promoting ADR awareness. Several ADR programs were established to promote consumer access to justice, and the European Commission recommended that institutions involved in the consensual resolution of consumer disputes be influenced by the principles of impartiality, transparency, effectiveness and fairness"*. NOLAN-HALEY. Jacqueline M. *Idem.*

Uma forte onda de reformas vem sendo promovida por vários países para aderir o conceito de ADR ao movimento de acesso à justiça, ou como definido pelo Parlamento Europeu, para o acesso à processos adequados de resolução de confitos individuais e empresariais.

4.1.A palavra de ordem da Diretiva Europeia: encorajar

O movimento pela mediação na Europa teve início no fim da década de 90, seguindo a nova era que emergia nos EUA a partir da Pound Conference de 1976, aonde nasceram conceitos como o "multi-door courthouse". Essas ideias se expandiram para Austrália, Canadá e Nova Zelândia ainda na década de 80 [40]. O apelo para a mediação era forte, já que se tratava de um processo que trazia mais vantagens do que desvantagens, como custos menores do que num processo judicial ou arbitral, informalidade, flexibilidade e autonomia para se chegar ao consenso.

Diferentes modelos se desenvolveram na Europa, alguns países regulamentaram a mediação[41] e tornou-se comum a existência de programas de medição para resolver conflitos envolvendo direitos dos consumidores[42]. Até que em 21 de maio de 2008 foi publicada a Diretiva 52 pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), desencadeando uma política de valorização da solução consensual de conflitos que entrou definitivamente na ordem do dia na *European Judicial Area,* obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplassem mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros.

[40] ALEXANDER, Nadja. *Op. cit.*

[41] Poland, for example, was the first country in Eastern Europe to enact legislation on mediation in civil and commercial cases. Poland's law was much broader than the Directive which is limited to cross-border commercial disputes. Cf.: PIECKOWSKI, Sylwester. How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation, 61 *DISP. RES. J*. 67, 2006.

[42] In the private sector, several provider organizations in continental Europe have encouraged mediation since the 1990s, while traditional arbitration providers added mediation to their list of services. In 1996 the U.S. based CPR Institute for Dispute Resolution published the Model European Mediation Procedures, and in 2001 the International Chamber of Commerce, a leading provider of arbitration services, issued ADR Rules making mediation the default choice of a dispute resolution process. NOLAN-HALEY, Jacqueline. o*p.cit.*, 2012. Ver também: "French experience: Les Médiateurs de la Paix" MARTINS, NadiaI Beviláqua. *ADR in the age of contemporaneity*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 271; Int'l Chamber of Commerce. *ADR Rules of the Int'l Chamber of Commerce*. Preamble and Article 5, *available at* http://www.iccwbo.org/court/adr/id4452/index.html.

Apesar da Diretiva ter um âmbito mais restrito do que o recomendado no Livro Verde da Mediação e no próprio Projeto da Diretiva de 2004, é inegável que o objetivo desta intervenção foi encorajar especialmente aqueles países sem tradição no uso das ADRs, consagrando a mediação nos casos civis e comerciais[43] como um importante passo para promoção do acesso à justiça, mais simples e mais rápido e consequentemente, tentar resolver a grave crise jurídica institucional que pairava sobre grande parte de seus países-membros.

Apesar da norma, por ser comunitária, ter como foco imediato a regulação de conflitos transnacionais, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia entendem que a adoção da mediação mesmo no cenário interno dos países significaria: maior rapidez na solução das controvérsias; baixo custo a ser dispendido; a previsão de uma maior disposição das partes envolvidas no cumprimento espontâneo e a preservação da relação amigável entre os interessados.

A mediação é definida na Diretiva como um processo voluntário no qual um terceiro auxilia duas ou mais partes em disputa para chegar a uma resolução do seu litígio. Uma definição funcional que foca no acordo como o fim buscado pela mediação.

Optou por uma regulamentação geral, tais como definições, confidencialidade e outras disposições, especialmente para responder à complexidade de diferentes línguas e culturas na UE, mas ao que parece, não teria sido suficiente para promover um consenso entre os Estados-membros na transposição da regra da Diretiva aos seus ordenamentos internos, já que a existência de diferentes visões sobre o assunto é algo inevitável.

4.1.1.O direito francês

Na França, o Código de Processo Civil já previa antes da Diretiva, a possibilidade de realização – no ambiente judicial - da mediação total ou parcial de um litígio e traçava alguns procedimentos integrados à norma processual através do Decreto 96-652 de 1996.

[43] O objetivo da Diretiva é claro: *"The objective of this Directive is to facilitate access to alternative dispute resolution and to promote the amicable settlement of disputes by encouraging the use of mediation and by ensuring a balanced relationship between mediation and judicial proceedings"*. UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008*. Jornal Oficial da União Européia, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

Todavia, a Diretiva Europeia exige uma abordagem mais ampla acerca dos mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que tem provocado significativas alterações nos ordenamentos jurídicos dos países membros, como já noticiado.

Em cumprimento à Diretiva, é publicado na França o Decreto 66 de 2012[44], que apesar de ainda representar um avanço tímido no tratamento das ADRs no país, consagra a busca por uma solução amigável do conflito através da mediação (que pode ser feita por pessoa física ou jurídica), conciliação ou do processo participativo. Não os impõe às partes em qualquer fase processual ou pré-processual.

A novidade trazida pelo Decreto é o processo participativo. Inspirado no *Collaborative Law* comum em países como EUA, Canadá, Austrália, Reino Unido, no qual as partes se lançam em busca de um acordo para por fim ao litígio conforme os termos e condições estabelecidos em um contrato assinado com a participação de seus advogados, conjuntamente. A comunicação não é feita com o auxílio de um terceiro neutro, mas através dos advogados, na forma convencionada, podendo contar ainda com o auxílio de um perito.

Espera-se que a mediação ou a conciliação convencionais, como legalmente consagradas, e a nova ferramenta revelada pelo processo participativo, possam impulsionar ainda mais as partes e os profissionais franceses a recorrer a estes mecanismos como meios alternativos à jusridição como propõe a Diretiva comunitária.

4.1.2. O direito espanhol

Na Espanha, ainda que a mediação mostrasse certo grau de desenvolvimento no âmbito das Comunidades Autônomas, reclamava-se uma insuficiência normativa estampada na própria Lei 15/2005 (que regulamentava a mediação antes da Diretiva), eis que recomendava ao Governo a elaboração de um projeto de lei sobre mediação com base nas diretrizes estabelecidas pela União Europeia.

O Código de Processo Civil Espanhol integrou a prática mediativa em matéria de família por força da Lei 15/2005, permitindo que as partes solicitassem a suspensão do processo em comum acordo, o que por sua vez, era permitido pela lei processual por um prazo máximo de sessenta dias, um tempo bastante exíguo para mediar.

[44] Texto disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte> Acesso em: 25/02/12.

Sofrendo severas críticas pela demora em transpor a Diretiva ao seu ordenamento interno, o governo espanhol faz publicar em 05 de março de 2012, o Decreto Lei 5/2012 [45] que finalmente regulamenta a mediação em assuntos civis e mercantis, excluíndo do seu campo de abrangência a mediação com a administração pública, penal, em matéria laboral e nas relações de consumo. Preocupada em destacar o potencial da prática mediativa, fomenta a mediação como alternativa à jurisdição ou à via arbitral, provendo-a como um eficaz instrumento de autocomposição de conflitos e respeitando a autonomia da vontade das partes como bem indicado nos títulos II e IV do Decreto, consagrando a livre decisão das partes em aderir ao procedimento e na escolha do mediador. Destaca objetiva e claramente que a mediação é voluntária, e mesmo após iniciada, ninguém é obrigado a manter-se no procedimento nem a concluir um acordo.

A lei processual civil espanhola também foi alterada para permitir a suspensão processual se as partes desejarem mediar no curso de uma ação judicial (ressaltando que neste caso a suspensão terá a duração do tempo do mediação) e ainda, dependendo do objeto do litígio, permite ao Tribunal convidar as partes a participarem de um procedimento mediativo, com uma sessão informativa prévia.

Além de ressaltar a igualdade entre as partes, a imparcialidade dos mediadores, a neutralidade e a confidencialidade, o legislador espanhol também não impôs qualquer prazo limite para a realização da mediação, limitando-se a dizer que o procedimento será o mais breve prossível. Acerta ao não impor prazo para o término do procedimento, que sabemos ser impossível prever, pois depende do envolvimento emocional das partes com o caso, do objeto do litígio, dentre outros fatores. Deixa em aberto, e por mais que exija a brevidade, é certo que a mediação terá a duração que for necessária para resolver o conflito.

O acordo celebrado pelas partes poderá versar sobre o todo ou parte das matérias submetidas à mediação, podendo ser formalizada por uma escritura pública para ter força executiva, ou se realizada no curso de um processo judicial, ser apresentada à homologação judicial, com a consequente desistência do processo.

A institucionalização da mediação na Espanha se opera dentro de um razoável nível de transição legal, protegendo a autonomia da vontade das partes envolvidas num litígio, sem afastar contudo, a possibilidade do Tribunal sugerir a mediação às partes se

[45] Texto disponível no *Boletín Oficial del Estado*: < http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A-2012-3152.pdf > Acesso em 07/03/2012.

assim entender cabível ao caso. Consagra coerentemente a técnica mediativa, respeitando a natureza do instituto, sem a adoção de medidas processuais autoritárias[46].

4.1.3. O direito inglês

A experiência britânica é interessante, e também merece registro.

Com efeito, as *Civil Procedure Rules* tratam do uso dos meios alternativos, dispondo a Rule 1.4 [47] que a Corte tem o dever de gerenciar (manage) ativamente os casos, o que inclui, dentre outras providências: *"(e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution"*.

Nessa perspectiva, a efetividade da prestação jurisdicional significa intervir (por meio de uma sentença impositiva) quando necessário, como *ultima ratio*[48].

---

[46] Como bem ressalta o item II da exposição de motivos da Lei 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.".

[47] *"Civil Procedure Rules. Part One. Overriding Objective.*
(...) 1.4 Court's duty to manage cases
(1) The court must further the overriding objective by actively managing cases.
(2) Active case management includes –
(a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;
(b) identifying the issues at an early stage;
(c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;
(d) deciding the order in which issues are to be resolved;
(e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;
(f) helping the parties to settle the whole or part of the case;
(g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;
(h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;
(i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;
(j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;
(k) making use of technology; and
(l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently" Texto disponível para consulta no endereço: http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/menus/rules.htm, acesso em 28 de dezembro de 2012.

[48] *"As CPR estabelecem que os tribunais têm cada vez mais observado que os processos judiciais devem ser a última opção, e ações não deve ser movidas de maneira prematura, quando um acordo ainda é possível. Portanto, as partes devem considerar se as formas alternativas de resolução de conflitos são mais adequadas do que o litígio, e, se for o caso, devem se esforçar para entrar em acordo sobre qual das formas há de ser adotada"*. ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

Até mesmo porque, não considerar o uso dos "meios alternativos" pode significar um desperdício, na medida em que, se bem empregados, não só facilitam o acesso à justiça, como complementam e auxiliam enormemente o sistema processual[49].

Nesse passo, como noticia Fernanda Pantoja[50], apesar de existirem precedentes da *High Court, no sentido de restringir* as possibilidades de as partes recusarem a recomendação para a mediação, chegando inclusive a determinar a sua realização mesmo quando uma das partes havia expressamente rechaçado essa alternativa[51], em decisão de maio de 2004, a *English Court of Appeal* limitou o poder da *High Court* de impor a tentativa de mediação aos litigantes, ao argumento de que obrigar partes que não desejam mediar constitui verdadeira obstrução ao direito de acesso à justiça.

Na referida decisão, a corte consignou que um sistema compulsório de mediação ofende o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que protege o direito universal a um julgamento justo, em tempo razoável, por um tribunal independente e imparcial.[52]

E, dessa forma, mesmo sem impor a mediação, houve significativa redução do número de demandas, como nos dá notícia Chiara Besso[53], e um considerável aumento no número de mediações[54].

---

[49] *"To express this interaction between the public and private forms of civil justice, the author has elsewhere suggested (…) that a helpful metaphor might be `Civil Justice's strand—consisting of ADR, including arbitration and mediation—and the other strand—the court process—are complementary and entwined. Together the two strands of the public court process and the alternative forms of private dispute resolution have considerable strength".* ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress.* Texto ainda não publicado e gentilmente cedido pelo autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011, p. 19/20.

[50] PANTOJA, Fernanda Medina. *Mediação Judicial, in* 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, p. 192.

[51] *"For example, in Hurst v. Leeming [2002] EWHC 1051 (Ch), the High Court stated that mediation should be refused only in exceptional circumstances. In Shirayama Shokusan Co. Ltd. v. Danova Ltd. [2003] EWHC 3006 (Ch), the High Court went so far as to order mediation over the objection of one of the parties"* KIRMAYER, Kathryn e WESSEL, Jane. An offer one can't refuse: mediate. In *The National Law Journal*, out/2004, p. 1.

[52] *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust Steel v. (1) Joy & (2) Halliday* [2004] EWCA (Civ) 576. KIRMAYER, Kathryn e WESSEL, Jane. An offer one can't refuse: mediate. In *The National Law Journal*, out/2004, p. 1.

[53] BESSO, Chiara (org). *La Mediazione Civile e Commerciale*, Torino: Giappichelli, 2010, p. 14.

[54] *"1.9. Na opinião do autor, a mudança mais significativa é o reconhecimento do potencial da mediação como um meio de se alcançar um acordo. Três novas tendências são perceptíveis aqui. 1.10. Primeiro, o mercado privado de resolução de conflitos na Inglaterra tem recorrido a mediações em casos civis e comerciais. O elevado custo de um processo judicial, causado principalmente pelos altos honorários dos advogados tem sido um dos fatores significativos. (…). 1.11. A segunda grande mudança é que os tribunais ingleses têm demonstrado grande interesse em realizar mediações. (…) 1.12. Em terceiro lugar, reconheceu-se que os acordos podem ocorrer em diferentes ocasiões, resultantes de diferentes fatores ou*

4.1.4. O direito alemão

Já na Alemanha, ao publicar a *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren de außergerichtlichen Konfliktbeilegung* em 25 de julho de 2012[55], a mediação não se tornou claramente obrigatória, mas por outro lado, exige-se que ao ingressar com a ação, a parte informe se houve alguma tentativa conciliatória prévia.

Após o início da demanda, o juiz poderá propor formas alternativas de solução daquele conflito de acordo com o caso: poderá encaminhar as partes a um mediador privado ou a um juiz conciliador (*Güterichter*), isto é, um juiz do próprio Tribunal, que receberá treinamento especial para realizar a mediação e que não poderá obviamente estar envolvido com o julgamento da causa.

Em caso de acordo, as custas judiciais são reduzidas. A prescrição é suspensa ao se iniciar um processo de mediação e a novidade diz respeito à formação do mediador.

Antes da lei, os mediadores não precisavam ter uma formação específica e qualquer um poderia intitular-se mediador. Esta situação foi parcialmente modificada, e embora qualquer pessoa continue podendo se intitular mediador, para dizer que é um "mediador certificado", deverá ter participado de um curso intensivo de 120 horas. O objetivo é garantir um nível mínimo de qualidade, já que existiam muitos problemas com serviços prestados pelos mediadores alemães.

4.2.A palavra de ordem do Decreto Legislativo Italiano n° 28: obrigar

A institucionalização da mediação por vários países da UE segue uma fórmula muito semelhante. Traçam-se linhas gerais e busca-se atrair a mediação para o ambiente do Tribunal.

estímulos processuais". ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.*

[55] Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I nr. 35, aausgegeben zu bonn am 25. Juli 2012. Disponível em: <http://www.bundesgesetzblatt.de>. Acesso em 26/07/2012.

Outros Estados-membros[56], a exemplo de Bulgária[57] e Romênia[58], e mesmo a Alemanha recentemente, procuraram adotar, dentre outras medidas estimuladoras, a concessão de incentivos financeiros caso as partes consigam resolver um litígio que se transformaria numa demanda, através da mediação.

No entanto, a Itália merece uma análise especial, já que ao transpor a Diretiva, lançou mão de artifícios processuais que extrapolam a ideia de *encorajamento* ao uso das ADRs contido na norma base comunitária.

O Parlamento Italiano editou a Lei nº. 69 de 18 de junho de 2009, seguindo o comando do artigo 12 da Diretiva 2008/52/CE, que além de dispor sobre matérias relacionadas a desenvolvimento econômico e alterações do Código de Processo Civil, trouxe no artigo 60 previsão sobre a mediação, delegando ao Governo e dentro do prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida lei, a edição de um decreto legislativo destinado a normatizá-la no âmbito civil e comercial.

Regulamentando a Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28, que disciplina três tipos de mediação: *mediazione facoltativa*, *mediazione concordata e mediazione obbligatoria*.[59]

O regime de mediação adotado pela Itália se estendeu muito além do que prevê a Diretiva e como se pode imaginar, o núcleo mais significativo e que vem causando maior impacto é a modalidade *obbligatoria*, alçada ao status de condição de admissibilidade do processo judicial de uma extensa gama de questões civis e comerciais.

Se as partes ingressarem em juízo sem atender ao procedimento mandatório, o juiz poderá remeter as partes à mediação, suspendendo o processo por quatro meses, ao final do qual, as partes deverão ter chegado a um acordo. Se um acordo não for alcançado e se o mediador considerar apropriado, poderá desenhar uma proposta de acordo. Embora as partes sejam teoricamente livres para celebrar o acordo, neste caso, a liberdade torna-se mitigada, pois se a ação proposta for julgada de acordo com os

[56] Greek law does not require consent for enforcement of the agreement . Northern Ireland Access to Justice Review Report recommends that it be a condition of receiving legal aid in particular categories of cases that ADR options be considered and reasons given when they are rejected. NOLAN-HALEY, Jacqueline. *op.cit.*, 2012.
[57] Cf. Bulgarian Mediation Act/2004.
[58] Cf. Romanian Mediation Act, 192/2006
[59] 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.

termos do acordo que não foi aceito, o Tribunal poderá impor sanções que recairão sobre aquele que se recusou a aceitar o acordo, obrigando indiretamente a celebração de um acordo entre as partes para evitar o sofrimento de sanções. Além do sigilo ser quebrado, estipular um prazo de duração para a mediação, encapar o mediador nas vestes de um conciliador, penalizar aquele que se recusa a celebrar um acordo se o conteúdo se revelar no fundamento da sentença judicial, parece-nos um autoritarismo desmedido incutido na lei italiana que institucionalizou a mediação.

Diante disso, algumas associações profissionais ingressaram com ação em face do Ministério da Justiça e do Ministério do Desenvolvimento Econômico perante o TAR Lazio que decidiu em 2011[60], não serem infundadas as dúvidas suscitadas acerca de alguns dispositivos do D. Leg. n° 28/2010, tais como a excessiva delegação constante no artigo 5º, e que a mediação enquanto fase de pré-julgamento, traduzindo condição de admissibilidade da ação, impede efetivamente o acesso à justiça.[61]

Além do TAR Lazio, outros tribunais como o Tribunal de Gênova[62], a Justiça de Paz de Parma e a de Cantazaro[63] reforçam ainda mais, em decisões recentes, o perfil inconstitucional da lei perante a Corte Constitucional Italiana[64].

A espera de ouvir o pronunciamento da Corte Constitucional acerca da validade de alguns dispositivos do decreto, associações de advogados italianos vem solicitando a não aplicação do instituto pelos tribunais[65], argumentando que o juiz, a pedido de qualquer uma das partes pode admitir o pedido, recusando-se a aplicar o artigo 5º do decreto por ser incompatível com a Carta Européia dos Direitos do Homem[66].

---

[60] A íntegra da Decisão está disponível em http://www.ilcaso.it. Consulta em 15 de setembro de 2011.
[61] VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Processo*. n. 197. 2011, p. 248.
[62] Tribunale di Genova. Sezione III Civile. N 4574/2011. Disponível em <http://tribunale.genova.it>. Acesso em 01/03/2012.
[63] N. 2 Ordinanza del del 1 settembre 2011emessa dal Giudice di Pace di Catanzaro. Disponível em: <http://www. gazzetaufficale.it.> Acesso em 01/03/2012.
[64] Está previsto para 23 de outubro de 2012 a audiência que será realizada na Corte Constitucional para analisar a obrigatoriedade da mediação obrigatória, conforme noticia o n. 54 da Gazzetta Ufficiale de 28/12/2011.
[65] Também tornou-se muito comum o pedido e o deferimento de afastamento da mediação obrigatória em casos de direitos reais, especialmente usucapião. Notícia disponível em: < http://www.lider-lab.sssup.it/lider/it/mediazione/news>.
[66] Conferir texto publicado pelo Organismo Unitario dell' Avvocatura Italiana, initulado: "Disappicazione dell'obbligatorietà della media conciliazione per contrasto della Corte dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea". Disponível em: < http://www.oua.it/Dottrina/Civile/Civile.asp> Acesso em: 20/01/12.

É importante ainda salientar o parecer emitido pela Comissão Européia em resposta à Corte de Justiça da UE[67]. As observações da Comissão são centralizadas especialmente sobre os mecanismos de sanções[68] previstos nos artigos 11 e 13 do D.Lgs. 28/2010.

Quer a Itália a adoção desmesurada da mediação para aliviar o pesado volume de processos que tramitam em seus Tribunais[69] e ao que parece é esse o principal

[67] Quanto a penalização daquele que se recusa a celebrar o acordo nos moldes propostos pelo conciliador: *"non osta ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede che la parte che ingiustificatamente non partecipa al procedimento di mediazione sia sanzionata con la possibilità per il giudice successivamente investito della controversia di desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione e con la condanna al pagamento di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. Tali sanzioni, non risultano tali da ostacolare o rendere particolarmente difficile l'accesso al giudice"*. Contudo, pondera que em se tratando de mediação obrigatória: *"osta ad una normativa nazionale quale quella oggetto della presente causa che assortisce il procedimento di mediazione di tipo obbligatorio di sanzioni economiche in grado di incidere sulla libertà delle parti di porre fine al procedimento di mediazione in qualsiasi momento e pertanto di limitare, in maniera sproporzionata, l'esercizio del diritto d'accesso al giudice"*. E reconhece que tal medida extrapola o fundamento da Diretiva: *"un sistema di mediazione quale quello istituito dal D.lgs. 28/2010, il quale prevede che il mediatore possa e a volte debba, senza che le parti possano opporvisi, formulare una proposta di conciliazione che le parti sono indotte ad accettare per evitare di incorrere in determinate sanzioni economiche, non é in grado di consentire alle parti di esercitare il diritto di decidere liberamente quando chiudere il procedimento di mediazione e pertanto non appare in linea con la ricerca consensuale dell'accordo di mediazione. Effettivamente tale meccanismo appare in grado di produrre un forte condizionamento delle scelte delle parti che sono spinte ad acconsentire alla mediazione (mettersi d'accordo amichevolmente o accettare la proposta del mediatore) e di conseguenza sono scoraggiate dall'introduzione del processo in sede giudiziaria. Tuttavia, nel caso in cui tale meccanismo opera nell'ambito della mediazione di tipo facoltativo, il condizionamento da esso prodotto non appare tale da incidere sull'esercizio del diritto d'accesso al giudice. Nelle ipotesi di mediazione facoltativa, infatti, sussiste sempre la possibilità per le parti di adire direttamente il giudice"*. Parere quello formulato dalla Commissione europea nella memoria consegnata alla Corte di Giustizia sul caso di media-conciliazione obbligatoria rinviato dal giudice di pace di Mercato San Severino alla Corte di Giustizia europea in vista della pronuncia pregiudiziale circa la compatibilità del D.Lgs. 28/2010 con la normativa europea. Full decision available at: http://www.mondoadr.it/cms/wp-content/uploads/commissione-Ue-sanzioni-conciliazione.pdf.

[68] Flexibiliza a limitação de quatro meses imposta como prazo de duração da mediação: *"non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede per l'esperimento della mediazione obbligatoria un termine di quattro mesi che in determinate circostanze sia destinato ad aumentare. Questa misura non appare tale da comportare un ritardo nell'introduzione e nella definizione di un successivo giudizio che possa essere tale da risultare manifestamente sproporzionato rispetto all'obiettivo di garantire una composizione più rapida delle controversie. Spetta, tuttavia, al giudice nazionale stabilire caso per caso se il ritardo che l'esperimento della mediazione obbligatoria comporta rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non sia tale da comportare una compressione dì questo diritto suscettibile di ledere la sostanza stessa del diritto"*. Quanto aos custos da mediação, último questionamento formulado à Comissão Europeia, conclui que: *"osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede una mediazione obbligatoria onerosa. Tuttavia, spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se i costi di una mediazione obbligatoria sono tali da rendere la misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di una composizione più economica delle controversie". Idem.*

[69] Algo em torno de 9 milhões de processos em 2007, cerca de 5,4 milhões de casos tramitando perante a justiça civil e outros 3,3 milhões tramitando perante a justiça criminal. Destes 3,3 milhões, 1/3 são ações iniciais e o resto é recurso em tramitação. Comparando com outros países europeus, o número de processos que tramita perante o tribunal civil italiano significa três vezes mais do que a quantidade de

objetivo da reforma: ab(usar) da mediação para resolver uma grave crise na justiça civil, tornando-se um instrumento de diminuição da carga de trabalho dos juízes e redução do número de processos.

Sem contar as inúmeras condenações que o país sofreu em razão da não observância da garantia da duração razoável do processos, prevista no art. 6° da Convenção Europeia de Direitos Humanos[70].

4.3.A mediação no Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro

No Brasil a mediação começou a ganhar forma legislativa em 1998, mas foi em novembro de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125[71], que as atividades de conciliação e mediação judiciais foram regulamentadas[72]. O art. 1º da Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de

processos que tramitam no tribunal francês, seis vezes mais da quantidade que tramita no tribunal alemão e cinco vezes mais do que tramita no tribunal espanhol. O número de ações que aguardavam o primeiro julgamento (1,2 milhão) correspondia a duas vezes mais o número de processos que aguardavem julgamento na Alemanha, Espanha e Inglaterra juntos. O'CONNEL, Vanessa. Mandatory Mediation in Italy? Mamma Mia! *The Wall Street Journal*, March, 14, 2011. Disponível em: http:// wsj.com/law/2011/03/14/mandatory-mediation-in-italy-not-if-the-lawyers-have-any-say/

[70] SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202, 2008. Disponível em: *http://www.redp.com.br/edicao_02.htm*. Acesso em: 12 set. 2010.

[71] Disponível em http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010

[72] *"a) o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; b) nesse passo, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; c) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; d) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; e) é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; f) a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça."* PINHO, Humberto Dalla Bernandina de. Mediação e o CPC Projetado. *Revista de Processo*. v. 207, p. 219, 2012.

controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Para cumprir tais metas, os Tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Já com a Resolução 125 do CNJ em vigor, diante das perspectivas do regramento da mediação judicial pelo Novo Código de Processo Civil que se descortina, e ainda, face a necessidade de tratar de questões concernentes à integração entre a adjudicação e as formas autocompositivas, foi redigido um Anteprojeto de Lei de Mediação Civil. Após examinado na Consultoria do Senado Federal foi apresentado em agosto de 2011, o Projeto de Lei do Senado que recebeu o número 517[73], e que trabalha com conceitos mais atuais e adaptados à realidade brasileira.[74]

No entanto, a questão mais relevante, a nosso sentir, está na clara opção da Comissão de Juristas pela forma facultativa, e não obrigatória de utilização da mediação. Importante enfatizar esta questão, eis que no passado houve grande controvérsia acerca deste ponto por conta de um dos aspectos mais polêmicos daquela

[73] O texto pode ser consultado no sítio do Senado Federal, em http://www.senado.gov.br.

[74] "Assim, por exemplo, no art. 2° dispõe que *"mediação é um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais"*. Quanto às modalidades, o art. 5° admite a mediação prévia e a judicial, sendo que em ambos os casos pode, cronologicamente, ser prévia, incidental ou ainda posterior à relação processual. É comum encontrarmos referências à mediação prévia e incidental, mas raramente vemos a normatização da mediação posterior, embora esteja se tornando cada vez mais comum (obviamente, há necessidade de se avaliar os eventuais impactos sobre a coisa julgada, o que não será analisado neste trabalho). Outra inovação pode ser vista no critério utilizado para conceituar a mediação judicial e a extrajudicial. Optou-se por desvincular a classificação do local da realização do ato, adotando-se como parâmetro a iniciativa da escolha. Assim, pelo art. 6°, *"a mediação será judicial quando os mediadores forem designados pelo Poder Judiciário e extrajudicial quando as partes escolherem mediador ou instituição de mediação privada"*. Não foram estabelecidas restrições objetivas ao cabimento da mediação. Basta que as partes desejem, de comum acordo, e que o pleito seja considerado razoável pelo magistrado (art. 7°). A mediação não pode ser imposta jamais, bem como a recusa em participar do procedimento não deve acarretar qualquer sanção a nenhuma das partes (§ 2°), cabendo ao magistrado, caso o procedimento seja aceito por todos, decidir sobre eventual suspensão do processo (§ 4°) por prazo não superior a 90 dias (§ 5°), salvo convenção das partes e expressa autorização judicial. Ainda segundo o texto do Projeto, o magistrado deve *"recomendar a mediação judicial, preferencialmente, em conflitos nos quais haja necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social, ou quando as decisões das partes operem consequências relevantes sobre terceiros"* (art. 8°).Por outro lado, caso se verifique a inadequação da mediação para a resolução daquele conflito, pode o ato ser convolado em audiência de conciliação, se todos estiverem de acordo (art. 13). Enfim, sem ingressar nas questões específicas do Projeto, importante ressaltar a intenção de uniformizar e compatibilizar os dispositivos do Novo CPC e da Resolução n° 125 do CNJ, regulando os pontos que ainda estavam sem tratamento legal" PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, *op.cit.* 2012, p. 220.

proposta legislativa em 1998: a obrigatoriedade de realização desse procedimento em todos os processos de conhecimento, salvo algumas exceções ditadas pelo projeto.

Muito embora a ideia de se impor a mediação incidental em determinadas hipóteses seja bastante sedutora, pensamos que esta não é a melhor solução, e bem andou o projeto do novo Código de Processo Civil ao resistir aos falsos encantos de tal prática. Na redação atualmente disponível do Projeto do novo CPC, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 144 a 153. O Projeto enfoca, especificamente, a mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 153).

Contudo, a institucionalização da mediação que aterrissa no direito processual brasileiro merece algumas breves considerações devido a algumas peculiaridades.

A experiência brasileira na área da resolução dos conflitos vem sendo gradualmente transformada, mas a cultura demandista é uma característica que faz com que o serviço judiciário seja muito procurado, deixando-o cada vez mais disfuncional, lento, inacessível aos excluídos, burocratizado, ineficiente e imprevisível.[75]

Além disso, sob o pretexto de *apresentar* outros meios de composição de conflitos para além da solução adjudicada, o Poder Judiciário se avoca a realização da mediação impregnado-a com o peso da intervenção estatal aprofundando o anacronismo ao conceito contemporâneo de ADR.

A difusão do uso da mediação desta forma realmente é a mais fácil e cômoda, quando o ideal, seria que os métodos de solução de disputas além da jurisdição fossem apresentados nas universidades, aos operadores do Direito e divulgados de forma geral na sociedade especialmente através das escolas de formação básica.

Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos ou a escolher o melhor método para resolvê-los é uma tarefa árdua, principalmente quando, por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar. Só a educação orienta quanto as regras de conduta e os valores que orientarão a opção escolhida; dota e treina os indivíduos a distinguir entre razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação

[75] NALINI, José Renato. Os três eixos da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado (AASP)*, n. 75, abr. 2004, p. 67.

em seguir aquelas e evitar estas; induz os indivíduos a internalizar normas que dali em diante guiarão a sua prática[76].

4.5.Mediação obrigatória e a crise hipotecária norte-americana

A popularidade das ADRs em países common law é notória. O advento dos Court-connected programs e o nascimento do conceito multi-door courthouse cunhado por Frank Sander na Pound Conference em 1976 seria um divisor de águas na história das ADRs[77] nos Estados Unidos e o prenúncio de uma nova era na área da resolução dos conflitos.

Como consequência, Court-Connected Programs e leis foram implementadas em âmbito federal e local com o objetivo de estimular o uso das ADRs[78], ao mesmo tempo em que se desencadeava a preocupação com uma *privatização* da resolução dos conflitos, já que a publicidade do julgamento e das decisões judiciais é garantia da proteção dos direitos individuais[79].

No campo da obrigatoriedade[80], o assunto é debatido há vários anos por estudiosos norte-americanos e a tese defendida é que a exigência se limita à submissão das partes a um processo de mediação e não a celebração de um acordo; além disso, coagir ao uso da mediação serviria para *apresentar* o método àqueles que desconhecem o procedimento, mas que seriam usuários em potencial da prática. Os argumentos são sempre muito semelhantes.

---

[76] BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2000.

[77] Cf.: STONE, Katherine V.W., *Alternative Dispute Resolution*. Encyclopedia of Legal History, Stan Katz, ed., Oxford University Press., 2004.

[78] In 1983, Rule 16 of the Federal Rules of Civil Procedure was amended to exhort courts to consider the "possibility of settlement" or "the use of extrajudicial procedures to resolve the dispute" at pre-trial conferences.The Civil Justice Reform Act of 1990 also required every federal district court to consider court-sponsored ADR. In addition, the ADR Act of 1998 gave district courts the mandate to establish ADR programs and listed mediation as an appropriate ADR process. QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: An oxymoron? Examing the fleasibility of implementing a court-mandated mediation program. *Cardozo Journal of conflict resolution*. vol. 11:479. 2010, p. 479-509

[79] *"Similarly, some critics urge that treating disputes as matters of individual, rather than public, concern eliminates important public accountability. Others argue that dispute resolution fails to serve an important educational function when it is privatized. Another common criticism is that the establishment of dispute resolution processes weakens the position of less powerful members of society"*. STERNILIGHT, Jean R., Is Alternative Dispute Resolution Consistent With the Rule of Law? *De Paul Law Review*, Vol. 56, , 2006, p. 569

[80] Cf.: SANDER, Frank E. A. Another View of Mandatory Mediation. *DISP. RESOL. MAG.*, Winter 2007.

O Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution divulgou um relatório em 1990 afirmando que a participação obrigatória num procedimento de resolução de disputas em algumas situações seria apropriado; a legislação federal[81] seguiu o mesmo entendimento; em consequência, o Civil Justice Reform Act inseriu a mediação obrigatória como parte do cenário das ADRs e as Cortes confirmaram a sua legitimidade.[82]

O aferro a razões como eficiência e economicidade que também embalam os programas de mediação obrigatória norte-americanos vem sendo alvo de críticas contundentes. Estudos mostram que a quantidade de processos que são levados aos Tribunais para questionar a validade e a qualidade dos acordos obtidos em mediação[83], derrubam a lógica da eficiência[84], e a cura para a ineficiência do acesso à justiça, tornou-se na verdade, uma barreira, além de ser antidemocrático.[85]

[81] On this point it is worth taking a look at the "Alternative Dispute Resolution" Act, of 1988, in force in the United States.The main excerpts of the Act follow: *"(…)(2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, mini-trials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (…) (b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (…) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (…)".* Source: http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html.

[82] "After mediation was implemented as a cure for the inefficiencies of the justice system, mandatory mediation programs were adopted in numerous contexts, particularly for custody and divorce disputes". NOLAN-HALEY, Jacqueline M. *op.cit.*, 2012.

[83] THOMPSON, N. Peter; COBEN, James R. Disputing Irony: A systematic look at litigation about mediation. 11 *Harvard Negotiation Law Review*. 43. 2006, pp. 73-89.

[84] *"Confidentiality may also be compromised, particularly when rules requiring good faith bargaining allow the mediator to report on what happened during mediation. Good faith bargaining requirements also can pressure parties to settle.Some parties who are referred to mediation may fear that if they do not settle, there will not be a favorable outcome from the judge". Ibidem*

[85] WELSH, Nancy A. The place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System, 5 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 117, 2004.

É importante salientar que em nenhum momento se coloca em dúvida os benefícios da mediação, mas sim, o fato de ser imposta como um pseudo facilitador do acesso à justiça.

A ideologia central da mediação norte-americana é a sua voluntariedade[86], fundamentada na autodeterminação[87]. Mas os programas de mediação obrigatória[88] difundiram-se sob diversos modelos, desde a coerção sob vestes de sugestão judicial para a submissão à sessões de medição, à obrigatoriedade institucionalizada como uma condição precedente ao julgamento da demanda.

A explicação norte-americana é que existe uma diferença entre *coercion into* e *coercion within mediation*[89]: os Tribunais podem exigir a participação a sessões de mediação (*front-end)*, mas não poderiam exigir a celebração do acordo ou o aceite de uma proposta em particular (*back-end).* Por isso a mediação obrigatória passa a ser uma figura aceitável na cena jurídica norte-americana.

Nos últimos anos, o tema da mediação tem ocupado espaço para o enfrentamento dos conflitos advindos da grave crise hipotecária que assolou os Estados Unidos a partir de 2008[90]. Apesar das leis de fomento à mediação normalmente serem implementadas em nível local, neste caso, diante da magnitude do problema, o Governo Federal assumiu papel mais ativo disponibilizando fundos aos Estados para a instalação de programas que promovam a negociação entre bancos e mutuários evitando que estes cheguem aos Tribunais.

Os governos e tribunais locais realmente são os mais apropriados para administrar tais programas de mediação, já que melhor conhecem as nuances sociais e econômicas dos seu entorno.

---

[86] NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Mediation Exceptionality. *Fordham Law Review*, vol. 78, n. 101, nov. 2009.

[87] *"The Model Standards of Conduct for Mediators emphasize the importance of informed consent—'each party makes free and informed choices as to process and outcome.'" Ibidem.*

[88] No entanto, algumas jurisdições norte-americanas teriam agido de *boa fé* ao inserir programas de mediação obrigatória, devido aos baixos índices de adesão à mediação voluntária: *"U.S. courts and legislatures have had little problem in requiring parties to participate in the "voluntary" process of mediation, and in some jurisdictions they must do so in good faith" Ibidem*

[89] QUEK, Dorcas. *op.cit.*

[90] *"More than 25 foreclosure mediation programs have been created in at least 14 states. Although many programs are still finding their footing, outcomes from several established programs are impressive, with some boasting 70-75 percent settlement rates with approximately 60 percent of homeowners reaching settlements that allow them to remain in their homes"* Disponível em: <http://www. http://portal.hud.gov>

Mais de quinze Estados norte-americanos oferecem algum tipo de mediação, sendo que alguns deles[91] decidiram *forçar* os mutuários que enfrentam a execução hipotecária, a participares de sessões de mediação previamente a ação judicial. Mutuários e credores sçao comunicados sobre a necessidade de participação de uma sessão de mediação. Caso o mutuário não compareça, não sofre penalização, já os credores podem enfrentar sanções.

Ainda em 2008, no início da crise, Connecticut[92] se tornou um dos primeiros Estados a aprovar uma lei exigindo a mediação entre mutuários em dificuldades e credores, sendo seguido pela Phladelphia (2008), New York (2008), Florida (2009), California (2009), Rhode Island (2009) e Pennsylvania (2010).

Os mutuários sempre reclamavam das dificuldades em negociar uma modificação dos valores devidos nos empréstimos, uma experiência quase sempre frustrante, pois era comum receberem informações contraditórias dos representantes dos bancos. O trabalho do mediador nestes casos é equilibrar as forças em conflito, humanizando um processo já tão doloroso; muitos proprietários em risco de perderem suas casas estão conseguindo através da mediação construir soluções para o problema, impedindo arrestos, reduzindo os custos da execução hipotecária. Os resultados ainda estão sobrevindo, mas alguns números precisam de atenção[93].

---

[91] Os Estados de Connecticut, California, New York, Florida, Pennsylvania, Philadelphia e Rhode Island adotaram a mediação obrigatória. Estados e cidades como Delaware, Hawaii, Illinois, Indiana, Kentucky, Maryland, Maine, Michigan, Nevada, New Jersey, New Hampshire, New Mexico, Ohio, Oregon, Minnesota, Wisconsin adotaram programas voluntários. *The Wall Street Journal*. Dec 2010.

[92] *"Mediation in Connecticut is available for any qualifying mortgage, which includes both first and second liens on any one-to-four family owner-occupied property. Eligible defaulted mortgages are not limited to mortgages taken out for the purchase of the property and can be loans for "personal, family or household purposes", such as refinancing, second mortgages, and home equity lines of credit. Connecticut is a judicial foreclosure state, so homeowners receive notice with service of the complaint on a form titled, 'Notice to Homeowner: Availability of Foreclosure Mediation.' The form lists the eligibility criteria and explains that "Mediation is a process by which a neutral mediator assists parties in trying to reach a voluntary negotiated settlement to resolve their dispute." The form also notes that a homeowner must fill out to participate. The notice ends with a statement in bold that there is no fee for applying to the program. The court must schedule mediation within 10 business days of the homeowner's response. Mediation must conclude within 60 days, though parties or the mediator can apply for a 10-day extension upon a showing of good cause. Bill number 619 would give the court 15 days to schedule mediation and provide for an extension of 30 days. The homeowner and servicer's counsel must appear in person; servicer's counsel must have authority to enter into a settlement, and the servicer's representative must be available by telephone or electronic means. Within two days after the first mediation, the mediator must decide whether a further mediation would be fruitful and send the court and parties a report to that effect; otherwise the mediator may cancel any subsequent sessions and permit foreclosure to proceed. The foreclosure proceedings are not stayed during mediation, so a homeowner must file an answer and participate in the litigation as needed. However, no judgment can be entered until the mediation period has ended."* <http://www.americanprogress.org>

[93] Cf. http://www.mediate.com

Os programas de mediação em New York e Connecticut são indicados como referências de sucesso. Em Connecticut cerca de 70% dos devedores entraram no programa de mediação e cerca de 60% conseguiram reduzir o valor mensal de suas hipotecas; já em Nevada e New Jersey, aonde a participação em sessões de mediação é voluntária, 11% e 20% respectivamente dos devedores procuraram o programa. No entanto, o que surpreende é que em Nevada os devedores conseguiram celebrar acordos para a redução das parcelas em 74% dos casos e em New Jersey, 65%.

Notamos que o índice de resultados favoráveis aos devedores é maior quando a participação na mediação é voluntária. E porque a escolha do programa tem um índice baixo? A falta de conhecimento dos devedores sobre a existência dos programas e a crença na ineficácia do método são motivos contundentes.

A complexibilidade e a sensibilidade que os conflitos que exurgem da crise hipotecária exije foi determinante para o destaque dado neste artigo.

Muitos norte-americanos viveram a agonia da possibilidade de perderem suas casas, e além disso o custo que as execuções hipotecárias representavam não só para os executados, mas também para o Governo era expressivo. Incentivar a instalação de programas de mediação e a sua participação pelos devedores e credores é um avanço; uma propaganda extensiva sobre os benefícios da mediação evitaria a imposição e o tempo que as partes tem levado para celebrar o acordo nos locais aonde ela é mandatória.

Em que pese o plano ter como maior objetivo chamar ao acordo mais os bancos do que os devedores, que teriam muito mais condições de arcar com longas demandas judiciais, mesmo assim, espera-se que ao menos, a imposição de mediação seja feita em caráter temporário e não se instale definitivamente em detrimento do esclarecimento e da educação para a celebração do acordo com segurança e qualidade.

5. Considerações finais.

A mediação, imbuída da função social que se exige dos institutos jurídicos, impregnou o movimento contemporâneo de acesso à justiça, e vem ocupando um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos. Um processo que tem como insdiscutível característica a voluntariedade, a consensualidade, a autodeterminação da parte, mas

que vem sendo promovido e entregue de forma desigual seja em jurisdições civil law ou commom law.

É bem verdade que não se pode permitir que o Judiciário seja utilizado, abusado ou manipulado pelos caprichos de litigantes que, simplesmente, querem brigar[94] ou levar o conflito a novas fronteiras. Acredito que todos os operadores do direito já se depararam com algum processo em que isto ficou claro e, não raras vezes, o juiz fica refém do capricho de uma ou ambas as partes por força do Princípio do *non liquet*.

Interessante observar que Neil Andrews refere em sua obra o dever das partes de explicar o motivo da recusa em se submeter aos meios alternativo [95].

Contudo, a institucionalização e a participação obrigatória em sessões de mediação, embora pareçam soluções rápidas e eficazes, são, na verdade, esquemas que comprometem a essência do instituto, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

Ao deixar a mediação à sombra de um Tribunal ou punir as partes que resistem ao convite para mediar, fere-se a sua identidade, ora aproximando-a da adjudicação (processualização), ora confundindo-a com uma conciliação (patrimonialização). Em ambos os casos o resultado final fica aquém das expectativas.

Não é racional transformar a mediação num remédio para curar a ineficiência da administração pública, tornando-a uma medida restritiva de acesso ao tribunal sob o fundamento legitimador de garantia de uma composição dos litígios com mais agilidade. Essa ideia, paradoxal, tem sido prioritária para muitos países.

---

[94] *"what people bring to court is the refuse of our national and community life. Mendacity, greed, brutality, sloth, and neglect are the materials with which we work"*. Paul D Carrington, 'Teaching Civil Procedure: A Retrospective View' (1999) 49 Jo of Leg Educ 311, at 328, *apud* ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Texto ainda não publicado e gentilmente cedido pelo autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011, p. 17.

[95] *"Potential litigants have become aware that mediation can secure various economic gains, social benefits, and even psychological advantages, when compared to the other two main `paths of justice', namely court proceedings and arbitration.5 The following points will be uppermost in the minds of disputants when they peer down the barrel of court proceedings: (1) the perception (and nearly always the reality) that court litigation is unpredictable; (2) the judicial process (including extensive preparation for the final hearing) involves a heavy-handed fight for justice, which is a source of expense, delay, and anxiety; (3) court litigation offers little scope for direct participation by the parties, as distinct from legal representatives; (4) final judgment normally awards victory to only one winner; (5) trial is open-air justice, visible to mankind in general; (6) litigation is private war—even if judges pretend that it is governed by elaborate rules and conciliatory conventions designed to take the sting out of the contest"*. ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Texto ainda não publicado e gentilmente cedido pelo autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011, p. 1. ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 273.

A UE avança com a aplicação da Diretiva e os Estados-membros se deparam com os desafios de estabelecer programas de mediação, tal como a preocupação com a ética que se torna mais rigorosa especialmente em países que resolvem adotar a mediação obrigatória; o Brasil, sem qualquer tradição no uso das ADRs reconhece sua importância na cena contemporânea, e a institucionaliza no projeto do seu novo Código de Processo Civil e os integra na paisagem judiciária; nos EUA, aonde as ADRs tem maior popularidade, não conseguiu escapar da tendência que segue em direção à institucionalização e obrigatoriedade.

Entretanto, a cautela nas expectativas que tratam a mediação como uma *panacea* para os males dos sistemas de justiça é mandatória. O Poder Judiciário, por sua vez, deve ser aliado dos programas de mediação e não absorvê-los. Se o acesso à justiça inclui o acesso à sistemas de ADR, é fundamental ter em mente os valores que fizeram a mediação, em particular, ser tão atraente.

PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS OU PRECEDENTES *À BRASILEIRA*?

Igor Raatz

Doutorando e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Processo Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Professor da Universidade FEEVALE.

Resumo: O presente ensaio tem o objetivo de oferecer uma reflexão acerca da doutrina dos precedentes obrigatórios, a qual vem sendo aceita, no Brasil, com quase nenhuma resistência. Busca-se, a partir da polêmica iniciada pelo professor José Maria Rosa Tesheiner sobre o tema, traçar alguns pontos cuja meditação parece ser imprescindível antes de se lançar, vertiginosamente, na defesa de tal proposta doutrinária.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios; Common Law; Civil Law

Riassunto: Questo saggio si propone di offrire una riflessione sulla dottrina del precedenti vincolanti, che è stata accettata in Brasile, con quasi nessuna resistenza. L'obiettivo è, partendo dalla polemica iniziata dal professor Jose Maria Rosa Tesheiner sul tema, tracciare alcuni punti la cui meditazione sembra essere essenziale prima di gettarsi, drammaticamente, nella difesa di tale proposta dottrinale.

Parole-chiave: Precedenti vincolanti; Common Law; Civil Law

Sumário: 1.Considerações iniciais; 2.Stare decisis e codificação: pretensões absolutamente distintas?; 3.Qual o problema que a teoria dos precedentes *à brasileira* pretende solucionar? E, afinal, ela tem condições de solucioná-lo? 4.A falácia da superação do precedente obrigatório; Considerações finais; Referências bibliográficas

1. Considerações Iniciais

Um dos temas que mais tem chamado a atenção da doutrina recente do processo civil, no Brasil, é o dos precedentes obrigatórios. Trata-se, basicamente, de proposta no sentido da adoção de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, de modo que as decisões dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, tornem-se vinculantes para os Tribunais locais e juízes de primeiro grau, promovendo-se, assim, a segurança jurídica e a igualdade perante o Direito[1].

O discurso em prol dos precedentes obrigatórios é bastante sedutor e, por isso, vem encantando muitos doutrinadores. Afinal, a indeterminação do direito e a falta de previsibilidade a respeito do conteúdo das decisões constituem-se um problema que está na pauta dos debates jurídicos. No entanto, e esta é a questão, o tão propagado sistema de precedentes obrigatórios é capaz de solucionar tal problema?[2]

Numa voz quase que solitária, o professor José Maria Rosa Tesheiner escreveu um breve artigo intitulado "Contra os Precedentes Obrigatórios". Com a objetividade que lhe é peculiar, o professor gaúcho traçou uma severa crítica à tese dos precedentes obrigatórios, ideia, segundo ele, "essencialmente autoritária, centralizadora e culturalmente empobrecedora" [3]. Lançavam-se os alicerces para uma polêmica envolvendo o tema.

O primeiro sintoma da polêmica é a resposta do professor Ticiano Alves e Silva, um entusiasta do sistema dos precedentes, como ele próprio assim se denomina. Para ele, a adoção de um sistema precedentalista, além de prestigiar os direitos fundamentais à igualdade, à razoável duração do processo e à segurança jurídica, não traria empobrecimento à cultura jurídica, pois sempre seria possível, "com a apresentação de

[1] A crítica a respeito da doutrina dos precedentes obrigatórios não significa que as decisões dos Tribunais Superiores possam ser desconsideradas pelos Tribunais locais e juízes de primeiro grau. O cerne da questão, como será esclarecido no correr deste ensaio, diz respeito muito mais à forma como se tem construído um sistema de vinculação, que deixa de levar em conta o conteúdo das decisões (fundamentação) e fecha-se às possibilidades de discussão a respeito de temas já decididos, do que à ideia de que a incontestável importância assumidas pelos precedentes inclusive nos países da *civil law*.

[2] Deve ficar sempre claro que a crítica no sentido da impossibilidade dos precedentes obrigatórios solucionarem tais questões não significa uma aposta no direito legislado em detrimento do direito construído pela jurisdição. Duvida-se é da capacidade da teoria dos precedentes vinculantes dar conta de resolver aquilo que ela mesma se propõe a solucionar.

[3] TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <http://www.tex.pro.br>. Acesso em 11 de Abril de 2012.

argumentos novos, provocar-se a superação total (overruling) ou parcial (overriding) do precedente"[4].

A fim de contribuir para o debate, e já deixando assente a posição inicial no sentido de uma necessária reflexão sobre a questão, pretende-se, nas linhas que seguem, chamar a atenção para alguns pontos cuja meditação parece ser imprescindível antes de se lançar, vertiginosamente, na defesa da corrente dos precedentes obrigatórios.

2. Stare decisis e codificação: pretensões absolutamente distintas?

A contraposição entre o direito codificado, presente na *civil law*, e a teoria dos precedentes, tão comum na *common law*, remonta a um mesmo período da história, o que, desde já, evidencia a possibilidade de um traço comum no bojo da distinção entre codificação e precedentes. De fato, não é pelo binômio codificação (ou direito legislado) e precedentes que se pode traçar uma linha divisória entre as duas tradições jurídicas[5]. Como já dito em outro lugar, *common law* e *civil law* são frutos da mesma semente cujos galhos alcançaram céus diferentes pela força de fatores históricos decisivos, inerentes ao panorama político da Inglaterra e da Europa continental na passagem dos séculos X, XI e XII[6]. É nesse período que nasce o *common law*: um direito alicerçado em um sistema de *writs*, mecanismo eficiente para lidar com as questões envolvendo a propriedade, e representativo do poder real, identificado na *Curia Regis* e que, se espraiando com a atuação dos juízes itinerantes, gradativamente foi se sobrepondo ao direito das cortes feudais ao mesmo tempo em que incorporava algumas de suas práticas. O panorama descrito, no entanto, não persistia quando se atravessava o canal

[4] ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <http://www.tex.pro.br>. Acesso em 11 de Abril de 2012.

[5] A classificação do *common law* e *civil law* como famílias ou tradições jurídicas distintas deve ser recebida com certas reservas, como bem lembrava Ovídio A. Baptista da Silva, "pois o fenômeno jurídico, como se dá com todas as expressões culturais formadoras das ciências do espírito, é um ramo do saber humano que se harmoniza com o conhecimento sistemático, próprio das ciências da natureza. O direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em toda sua riqueza existencial e histórica, e, mesmo admitindo que se o descreva como sistema, como é próprio das ciências *explicativas*, que buscam alcançar o domínio da natureza e a construção de princípios e regras de validade universal, sua vocação natural orienta-o para a *compreensão* do fenômeno humano, que será sempre situado historicamente (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Breve história do direito processual civil. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo*. 6ª ed. ver. e. atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011, p. 11.

[6] RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. V. 36. N. 199, Setembro de 2011.

da Mancha. Fora da ilha, no Continente, um renovado direito surgia. Não se tratava, propriamente, de um novo direito, mas, sim, do direito romano justinianeu, recepcionado pela Escola de Bolonha: nascia, assim, a *civil law*, um direito com traços bastante distintos daquele praticado na Inglaterra, nominado *common law*.

O papel desempenhado pela legislação naquele período e durante toda a baixa Idade Média era secundário inclusive na *civil law*, como bem lembra René David, segundo o qual predominava, na Idade Média, a ideia de que o direito existia independente dos comandos da autoridade[7]. A ordem legal do medievo era, na *civil law*, "uma ordem de matriz consuetudinária que notariado e jurisprudência prática por primeiro, doutrina de mestres posteriormente, organizavam, categorizavam, sistematizavam". Não se tratava, conforme Paolo Grossi, de uma "ordem legal, que cai do alto e que a sociedade sente como estranha ou mesmo hostil, não uma ordem geral e abstrata separada da experiência e submetida ao risco constante de se tornar como uma casca seca"[8].

Na *common law*, por sua vez, o direito se desenvolvia a partir da jurisprudência elaborada pelos juízes, numa junção com os costumes feudais e usos anglosaxões[9], de modo que, não obstante as peculiaridades e diferenças já existentes entre as duas tradições, em nenhuma delas havia um direito imposto por uma ordem soberana sobreposta à sociedade. E as leis também se faziam presentes, porém de forma secundária tal qual ocorria na *civil law*[10].

---

[7] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 48.

[8] GROSSI, Paolo. *Dalla società di sicietà alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, p. 16.

[9] LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 263. No mesmo sentido, Cavanna vai dizer que "o primeiro núcleo do *common law* (se excluirmos o pouco material legislativo de derivação régia que se sustentava de julgados de costumes judiciários) foi um amálgama pouco discernível de usos anglosaxões (aqueles dos lugares visitados pelos juízes centrais) e de costumes feudais normandos, com a inserção sobre esse fundamental substrato germânico de algumas formas trazidas da tradição romano-canônica, da assimilação dos quais falaremos mais adiante. Tudo isso, porém, vem como unificado, misturado e remodelado nas praxes judiciais adotadas pelas três Cortes, isto é, entre esquemas procedimentais a sua volta concebidos segundo a mentalidade centralizadora dos conquistadores normandos" (CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*: le fonti e il pensiero giuridico. v. 1. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 526). Na mesma linha, Antonin Scalia afirma que o *common law* não é o direito consuetudinário ou um reflexo das práticas populares, mas, sim, a jurisprudência elaborada pelos juízes (SCALIA, Antonin. Commonl-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In: *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 4).

[1010] Sobre o papel da lei no *common law* em uma perspectiva histórica ver MATTEI, Ugo. *Common law*: il diritto anglo-americano. Ristampa. Torino: UTET, 2001, pp. 249-262. No sentido da ingenuidade da diferenciação entre *civil law* e *common law* pelo manejo de leis e precedentes, ver FRANK, Jerome. *La*

A grande ruptura é dada com um processo que se inicia no século XIV, no plano antropológico, político e social, redundante na emersão do individual e no surgimento de novas forças que sepultarão o medieval e darão sustentação à modernidade, um universo que tem como protagonistas o indivíduo e o Estado[11]. É na filosofia de Descartes que serão encontrados os alicerces para o devir desse novo mundo, agora moderno, em que figura um novo homem, um sujeito solipsista "que encontra a força (ou assim ao menos presume) de se libertar das antigas prisões; sujeito pre-suntuoso, intencionado a encontrar somente no interior de si mesmo o modelo interpretador da realidade cósmica e social"[12]. A modernidade marcará a "insularidade do sujeito"[13], o qual, com a sua força, erigirá a figura do Estado, também insularizado e autonomizado, numa pretensão de libertar-se das antigas estruturas e assujeitá-las.

Esse é o cenário no qual a *civil law* levará a cabo o projeto de codificação do direito, uma tentativa de sufocar o direito natural com a força do direito positivo[14]: uma clara tentativa desse sujeito insularizado controlar a ordem jurídica, ordem esta que deveria ser calcada no poder do próprio Estado. E mesmo as tentativas de codificação não tendo obtido êxito na *common law*, o que se deu, inclusive, por fatores políticos[15], a doutrina do *stare decisis* surge no mesmo afã de controle das estruturas. Se antes a legitimidade orientadora das decisões dos Tribunais tinha esteio na própria prática decisória, agora essa legitimidade era imposta de forma incisiva por um Poder Judiciário que avocava para si a tarefa de controlar a estrutura com a criação da doutrina do *stare decisis*, que, coincidentemente, começou a tomar forma somente no século XVIII[16], sendo bastante associada com o advento do positivismo clássico[17]

influencia del derecho europeo continental en el '"common law". Traducción y comentário de José Puig Brutau. Barcelona Bosch, 1957, p. 93.

[11] GROSSI, Paolo. *Dalla società di sicietà alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, pp. 20-22.

[12] GROSSI, Paolo. *Dalla società di sicietà alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, pp. 22-23.

[13] GROSSI, Paolo. *Dalla società di sicietà alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, p. 24.

[14] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito.* Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 77.

[15] CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 33-34.

[16] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 35.CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977, p. 8-11. Notadamente a partir de casos como *Beamisch v. Beamisch* (1861) e Bradford v. Pickles (1895).

A codificação e o *stare decisis* não nasceram em mundos distintos. Apesar de separados não só geograficamente, mas por todo um desenvolvimento cultural que já marcava uma incisiva diferença entre as duas tradições, tanto o *stare decisis* quanto a codificação fazem parte do mesmo mundo: o mundo da modernidade e de todos os seus traços sociais, políticos e filosóficos. Justamente por *stare* decisis e codificação estarem alicerçados em pretensões semelhantes, sendo frutos da modernidade, a adoção de uma doutrina ao estilo do *stare decisis* talvez não seja capaz de adaptar-se de forma satisfatória a um outro mundo, um mundo novo que se diz pós-moderno. E isso independe da dicotomia *civil law* e *common law*.

3. Qual o problema que a teoria dos precedentes *à brasileira* pretende solucionar? E, afinal, ela tem condições de solucioná-lo?

A teoria dos precedentes obrigatórios costuma ser oferecida como a solução para o problema da indeterminação do direito. Costuma-se afirmar que, como o sistema do direito codificado não consegue dar conta de prever o que os juízes e Tribunais irão decidir, a saída seria a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, mecanismo considerado capaz de garantir a segurança jurídica e a igualdade de todos perante os Tribunais.

Não é nenhuma novidade a incapacidade da lei e dos códigos anteverem todas as hipóteses de aplicação. O próprio Portalis, no seu famoso discurso preliminar do projeto do Código Civil de Napoleão, duvidava da onipotência do legislador. afirmando que *"si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie"* (se a previdência do legislador é limitada, a natureza é infinita)[18], num claro apego ao direito natural, instância em que se resolveria o caso quando o Código apresentasse lacunas. Após a promulgação do Código, a escola da exegese cria então um sistema jurídico baseado numa suposta completude da lei (a qual deveria contemplar todos os casos possíveis). Porém, as suas pretensões logo soçobraram. Na França surgiram doutrinas arrojadas

[17] A respeito, ver DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 37.
[18] PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Préface de Michel Massenet. Titre original: Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, 78 pp. collection : Voix de la Cité, p. 18.

como o método da livre investigação científica de François Geny[19], enquanto, na Alemanha, os movimentos libertários eram encabeçados por autores como Philip Heck, maior expoente da jurisprudências dos interesses, Bulow, Kantorowicz, Fuchs e Ehrlich, representantes do movimento do direito livre[20]. O traço comum no pensamento desses autores, que se colocavam em um franco combate ao formalismo jurídico, é o reconhecimento de que "o sentido literal puro supõe declarações não condicionadas pelas circunstâncias e, na vida prática, não há dessas declarações, a não ser nos estudos linguísticos", já que "as circunstâncias ambientes influem sempre no sentido puramente literal e devem ter-se em conta, mesmo para a determinação dum sentido objectivo"[21].

Nessa senda, a transição do século XIX para o século XX é marcada pela substituição das leis da lógica, segundo a qual a interpretação resumia-se em operações lógicas de subsunção do caso concreto na norma abstrata, pela vontade. Com isso, "a relação entre o legislador e juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o julgador"[22]. Nada muito diferente do que o direito americano, na mesma época, chamava de realismo jurídico, corrente segundo a qual o direito é extraído da análise das sentenças, podendo-se, assim, estabelecer razoavelmente como se comportarão os juízes no futuro. A aproximação entre o realismo jurídico, movimento do direito livre e jurisprudência dos interesses não é, por conseguinte, mera coincidência.

É por tudo isso que, hoje, a impossibilidade dos códigos cobrirem toda a realidade e dos textos normativos carregarem consigo a sua própria norma não deveria causar espanto. O Direito lida com textos, e, portanto, com vaguezas, ambiguidades e

[19] GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.

[20] O movimento do direito livre, segundo Castanheira Neves, foi caracterizado, antes de mais, pelo seu combate ao positivismo e seus postulados fundamentais: o postulado do legalismo estadista, o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e o postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutível aplicável (CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 196). Sobre o tema, ver, também, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Acerca da posição de Oskar Bulow como um dos precursores do movimento do direito livre e a influência de tal paradigma teórico na sua doutrina, ver LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

[21] HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947, p. 53.

[22] LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 43.

porosidades[23], o que já evidencia um problema de atribuição de sentido. A norma jurídica, segundo Mengoni, "está sempre em necessidade de interpretação, devendo ser aplicada a um caso concreto, e, portanto, em função de um interesse prático, não simplesmente de um interesse de conhecimento", residindo aí "a razão da falsidade do brocardo *in claris non fit interpretatio*, formulado como regra hermenêutica". Afinal, "um texto que no papel ou à luz da experiência aplicativa precedente parece claro, pode obscurecer-se frente à provocação de um novo caso"[24]. É impossível escapar da interpretação. O homem está condenado à interpretação[25].

Chama a atenção, no entanto, o fato de os movimentos libertários, os quais há um século, apostando na vontade, derrubaram o formalismo jurídico próprio do exegetismo francês e de positivismo científico alemão, serem hoje repristinados no Brasil com ares de novidade e com o refinamento conferido pelas cláusulas gerais e por uma pseudo-constitucionalização do direito, que, na maioria das vezes, têm servido como álibi para decisionismos[26]. Passa-se do objetivismo ao subjetivismo; da razão à vontade.

[23]Conforme João Maurício Adeodato, A vagueza é um problema de denotação, referência, extensão, descrição, ou seja, do alcance da expressão (...) uma palavra será tanto mais vaga quanto mais sejam os objetos, quanto mais extensa seja a classe ou gênero sob sua incidência (...) A ambigüidade refere-se a dúvidas sobre o significado do termo lingüístico, ou seja, é um problema de conotação, intenção, conteúdo, significação (ou "sentido"). Ou seja, é ambígua uma palavra que se associa a objeto que nada têm em comum, não constituem uma classe. A isso se soma a porosidade de um termo, que diz respeito às modificações em seu uso cotidiano, as quais se não no decorrer do tempo, modificando suas próprias ambigüidades e vagueza. É a história da palavra. A porosidade explica a mudança no sentido da palavra "rapariga" no Brasil, passando de mero feminino de 'rapaz' a expressão pejorativa. (ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 196-197).

[24] MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi.* Milano: Giuffrè, 1996, p. 83.

[25] OUAKNIN, Marc-Alain. *Biblioterapia*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, pp. 185-189. STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 20. Conforme Palmer, "desde que acordamos de manhã, até que adormecemos, estamos a 'interpretar'. Ao acordar, olhamos para o despertador e interpretamos o seu significado: lembramos em que dia estamos e ao compreender o significado desse dia estamo-nos já a lembrar do modo como nos situamos no mundo e dos planos de futuro que temos; levantamo-nos e temos que interpretar as palavras e os gestos das pessoas que contactamos na nossa vida diária" (PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 20).

[26] Segundo Lenio Streck, "não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta "superação" da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a "dobra da linguagem", vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da 'superação' da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35).

É paradoxal que a *doutrina dos precedentes à brasileira* vise, justamente, a combater os reflexos do subjetivismo do qual ela mesma é caudatária. Mais paradoxal ainda é pretender fazê-lo com boas doses de objetivismo relativamente à interpretação de tais precedentes.

Por um lado, o sistema de precedentes obrigatórios não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras: basta que a decisão tenha sido tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em respeito a algum procedimento capaz de conferir-lhe tal força, como, por exemplo, aquele previsto no artigo 543-C, do CPC[27]. Vale dizer, o valor do precedente independe do seu conteúdo[28]. O aspecto subjetivista impera nesse primeiro momento, pois não importa como se decidiu, mas, sim, que determinada matéria foi decidida. Com isso, o *precedente* ganha, automaticamente, força vinculante relativamente aos casos futuros.

No *common law* uma decisão carente de fundamentação não tem força vinculante[29], sendo bastante controversa a definição da *ratio decidendi*, ou seja, do

[27] Nesse sentido, por exemplo, Marinoni enxerga no *distinguishing* a única possibilidade para os Tribunais locais deixarem de seguir os "precedentes" firmados em julgamentos tomados pelo procedimento do art. 543-C do atual CPC: "O tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter a sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois os seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revogá-los. Ou seja, a única possibilidade de o tribunal de origem não se retratar é mediante o *distinguishing* do caso. Ele obviamente não pode afirmar que não está de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para manter o acórdão e, após, dar seguimento ao recurso especial" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes* obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 499).

[28] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes* obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106. Embora tal afirmação apareça de forma dispersa na obra de Luis Guilherme Marinoni, é possível entrever, em seu texto, notadamente quanto à vinculação das decisões do STJ em relação aos demais Tribunais e juízes de primeiro, um apego muito grande ao Tribunal incumbido de decidir em detrimento da própria decisão, mormente quando afirma que "não há como deixar de ver as decisões do Superior Tribunal de Justiça como precedentes obrigatórios" ou que "após a decisão da Corte afirmando a interpretação cabível, todos os tribunais inferiores estão a ela vinculados", sem tematizar a fundamentação de tais decisões (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes* obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 492-493).

[29] FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos tribunais.* Ano 89. V. 782. Dezembro de 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96. A esse propósito, significativa a contribuição de Ronald Dworkin, o qual, segundo Stephen Guest, oferece um relato aprimorado da *ratio decidendi* de uma decisão (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61). Para Dworkin, o juiz deve "limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões". São os princípios que dão força gravitacional aos precedentes, razão pela qual se a decisão anterior estiver totalmente justificada por algum argumento de política, ela não terá força gravitacional alguma (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 177). E, ainda em razão da coerência, será necessário descobrir "os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua

elemento que confere força gravitacional a uma decisão, tornando-a um precedente. Além disso, os precedentes não costumam ser pensados para resolverem casos futuros, de modo que sua força vinculante será aquilatada somente no confronto com um novo caso[30].

Por outro lado, uma vez "criado" o precedente, este assume um papel semelhante ao da lei no exegetismo. Aqui impera o objetivismo. É como se o precedente não fosse também um texto e, portanto, não fosse passível de interpretação[31]. Coincidentemente, tem-se uma repetição daquilo que foi o mote das teorias jurídicas positivistas do século XIX, porém, se antes o direito era identificado na lei, agora ele passa a ser identificado nos enunciados das decisões dos Tribunais Superiores. Como o paradigma teórico é o mesmo, mantém-se o método subsuntivo, aquele "que despe o 'fato' de tudo aquilo que o caracteriza como uma *individualidade*, para acomodar seu esqueleto na norma, tornando-o um exemplar de vários 'fatos' supostamente idênticos, embora circunstancialmente diferentes"[32].

A mixagem subjetivista e objetivista no bojo da teoria dos precedentes obrigatórios[33] é uma forte evidência da sua incapacidade de lidar com a indeterminação do direito. Primeiro, que não há nenhum controle quanto ao conteúdo da decisão que

---

atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 181).

[30] COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de processo*. Ano 23. v. 92. Outubro - Dezembro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80. THOMPSON, Donald. Il precedente giudiziario nel diritto constituzionale inglese. In: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale*. A cura di Giuseppino Treves. Torino: Unione Tipográfico – Editrice Torinense, 1971, p. 187.

[31] A noção de que precedentes e súmulas teriam um grau de objetividade capaz de fazer com que não fossem passíveis de interpretação pode ser vista na discussão a respeito da súmula vinculante nº. 14, nas palavras da então Ministra Ellen Gracie: "A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação" (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>. Acesso em 02 de março de 2010).

[32] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Normativismo e jurisdição declaratória. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 85. O conceitualismo e da presença do método subsuntivo são, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, a "razão pela qual nossos magistrados imaginam que estejam fundamentando sentenças quando arrolam inúmeros precedentes julgados por nossos tribunais" (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Normativismo e jurisdição declaratória. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 86).

[33] Essa mixagem envolvendo a metafísica clássica e moderna é há apontada por Lenio Streck relativamente às súmulas no direito brasileiro. A respeito, ver STRECK, Lenio. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. *Boletim da faculdade de direito [da] Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 82, p. 213-217, jan. 2006. STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"? *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 2. N º 5. Out./Dez. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008.

assumirá o papel de precedente, o que somente alastra o problema. Segundo, que o precedente, caso aplicado de forma subsuntiva, representará um retorno ao exegetismo, porém não mais com um juiz "boca da lei", mas como uma nova figura: o juiz "boca de precedente". Ainda, não serão poucas as hipóteses em que o juiz alargará a abrangência do precedente a ser aplicado para conseguir subsumi-lo no caso decidendo[34]. Terceiro, que rapidamente os precedentes não darão conta de resolver todas as hipóteses de aplicação (lembre-se que os precedentes obrigatórios são pensados para resolver casos futuros), o que acabará gerando imprevisibilidade quando se trate de aplicá-los.

Cabe lançar um último argumento no sentido da impossibilidade de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios resolver o problema da indeterminação do direito. Basta lembrar que a grande discussão do século XX a respeito da interpretação do Direito, ou seja, o debate entre Ronald Dworkin e Herbert Hart, foi travado no âmbito do *common law*., o que, mostra a impossibilidade de um sistema de precedentes, por si só, dar conta dos problemas relativos à interpretação jurídica.

4. A falácia da superação do precedente obrigatório

[34] Essa perspectiva é bem representada pela doutrina de José Carlos Barbosa Moreira: "Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes - operação que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 - e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300). A esse respeito, interessante a crítica de Eduardo Oteiza sobre a adoção de um sistema de "precedentes" no Brasil: "Mesmo que México e Brasil tenham adotado mecanismos formais para uniformizar a jurisprudência, eles não valorizaram o precedente, entendido como uma decisão modelo, desenvolvida tendo em conta, fundamentalmente, os fatos debatidos no processo. Pelo contrário, nos dois casos, a resposta foi reduzida a elaborar fórmulas de interpretação, acórdãos entre os juízes dos superiores tribunais. As teses e as *súmulas* são concebidas como novos conceitos, que, por sua estrutura e generalidade, tendem mais a identificar-se com a norma escrita (jurisprudência, segundo a tradição do *civil law*), que com uma decisão sobre um conflito, de particularidades próprias, que pode repetir-se em sentenças futuras (precedente, de acordo com a tradição do *common law*). Além disso, as teses e as *súmulas* têm sido incorporadas para *uniformizar o entendimento do texto legal* e reduzir a carga de trabalho dos tribunais, mais que para robustecer a função do Poder Judicial e seu âmbito de decisão" (OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na américa latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Direito constitucional*: teoria geral da constituição (coleção doutrinas essenciais; v. 1) / Clèmerson Merlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1195).

Um argumento normalmente utilizado em favor da doutrina dos precedentes obrigatórios é possibilidade de superá-los com argumentos novos, no que consistiria o chamado *overruling*[35]. Porém, como aconteceria o tal *overruling*, se os juízes e os Tribunais devem obrigatoriamente seguir os precedentes do Superior Tribunal de Justiça? Como as partes poderiam exercer o contraditório, influenciando na formação das decisões[36] com argumentos novos, superadores do precedente do Tribunal Superior, se há um forte controle hierárquico sobre as decisões das instâncias inferiores[37], a exemplo do que acontecia no modelo liberal[38] do processo?

[35] ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. Disponível em <http://www.tex.pro.br>. Acesso em 11 de Abril de 2012. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*.

[36] Na sua configuração atual, conforme defende ampla doutrina, o contraditório deixa de ser apenas bilateralidade de audiência e passa a ser visto como direito de influência (participação) e proibição de decisões surpresa, de modo que a teoria dos precedentes obrigatórios, nos moldes em que vem sendo proposta para o sistema recursal brasileiro, representa uma possível afronta a referida visão do princípio do contraditório. Acerca dessa dimensão do contraditório, ver, dentre outros, COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004. p. 132; TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994. p. 60; NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 231; CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d´influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005, p. 458; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo.* São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela "terza via". Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010, pp. 826-848. BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 2. Marzo- Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. FERRI, Conrado. Sull´effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988. DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d´ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968. MOTULSKY, Henri. *Écrits*: études et notes de procédure civile. Paris: Dalloz, 1973. VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Libraire Dalloz, 1973. NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretense controverse. *Rivista di diritto processuale*. V. 43. Parte II, 1988. Padova: CEDAM, 1988. PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

[37] Sobre as relações entre a forma de organização hierárquica de poder e o processo, ver DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*: analisi comparatistica del processo. Edizione originale: *The faces of justice and state authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. Para uma análise dessa perspectiva no âmbito dos recursos, consultar RAATZ, Igor, NASCIMENTO E SILVA, Frederico Leonel. Crítica à tese do julgamento de ofício das "questões de ordem pública" em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, p.69-92, dez. 2011.

[38] A respeito do modelo liberal de processo, ver RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte , v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. Para uma análise ampla do tema na doutrina italiana, TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

O sistema recursal brasileiro, à medida que vem implementando um gradual sistema de valorização dos precedentes, também tem imposto uma filtragem maior para o acesso às Instâncias Superiores. O sistema se limita tornando quase impossível que as partes consigam levar novamente à discussão pelo STJ uma questão já decidida pela mesma Corte, sendo uma falácia o discurso no sentido da possibilidade do *overruling*[39].

Tome-se, como exemplo, os mecanismos vinculantes gradativamente inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Por sinal, é digna de nota a aguda percepção de Barbosa Moreira, que, há mais de dez anos, já criticava a inserção de instrumentos voltados à vinculação decisória, uma vez que *"a vinculação, para fins práticos em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses sumuladas, senão até das simples bafejadas pela preferência da maioria dos acórdão"*. Para ele, a discussão sobre o então projeto de emenda constitucional – que redundou na EC 45/2005 – era até desnecessária, pois já se ia muito além, e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias. Afirmava que "o mingau estava sendo comido pelas beiradas, sendo até duvidoso que a projetada emenda constitucional viesse a encotnrar no prato o bastante para satisfazer seu apetite[40].

Dentre os mecanismos vinculantes presentes no atual sistema processualbrasileiro, pode-se mencionar possibilidade de o relator, nos juízos colegiados, monocraticamente negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, *caput*, do CPC), ou, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, dar provimento ao respectivo recurso (art. 557, §1º.-A, do CPC), a possibilidade de o juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do

[39] Quando Luiz Guilherme Marinoni trata do recurso diante da decisão que não admite a apelação por estar em confronto com precedente de tribunal superior, afirma que "o autor, no recurso de apelação, poderá argumentar que os eu caso não se amolda ao precedente ou que esse está a merecer revogação, seja por ter perdido congruência social ou consistência sistêmica (ter sido desgastado pela jurisprudência, ou ainda por não estar em consonância com a nova concepção geral do direito" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes* obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 517), deixa de considerar que os próprios Tribunais que formam a jurisprudência capaz de "desgastar" o precedente, encontrar-se-iam sob um grau tão intenso de vinculação que tornaria praticamente impossível a produção de uma jurisprudência diversa do entendimento adotado nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

[40] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da lei nº 9.756 em matéria de recursos civis. *Temas de direito* processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 85-86.

Supremo Tribunal Federal (art. 518, §1º., do CPC), o julgamento liminar de improcedência em processos com casos idênticos, desde que no juízo já se tenha decidido a mesma controvérsia observando-se a forma ordinária (art. 285-A, do CPC); a repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-A, do CPC) e o instituto criado pela Lei 11.672/2008, conhecida como Lei dos Recursos Repetitivos, que visa a filtrar os recursos especiais em matérias repetitivas (art. 543-C, do CPC). Isso sem contar as súmulas vinculantes e o forte papel desmepenhado pelas súmulas não vinculantes do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Não que tais mecanismos, por si só, sejam problemáticos. Inclusive, não é escopo deste breve ensaio analisar de forma crítica e pormenorizada os mecanismos vinculantes inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, muitos deles – senão todos – pensados a partir de um discurso em prol da efetividade da tutela jurisdicional, e não propriamente em favor da segurança jurídico, fundamento central da tese dos precedentes obrigatórios. Porém, verifica-se que tais mecanismos somente tem densificado, no imaginário jurídico brasileiro, a ideia de que os Tribunais Superiores criam verdades absolutas, que deverão ser seguidas, indiscutivelmente, pelos juízos "inferiores".

Dito de outro modo, criado o precedente, ele passa a carregar uma presunção de verdade e correção quase que absoluta, de modo que somente o seu próprio criador poderia contestá-lo. Os julgadores hierarquicamente inferiores limitar-se-iam à declarar a "vontade" do precedente. É a onipotência do Tribunal Superior. Como o precedente não pode estar errado – e mesmo que estivesse não caberia ao juiz inferior dizê-lo – a sua "aplicação", quando o caso é semelhante, nunca estará errada. O juiz lava as mãos[41].

[41] A irresponsabilidade do juiz para com as partes é um produto do jusnaturalismo moderno. Seu germe está na subordinação do juiz ao soberano a partir do século XVI. Nesse sentido Picardi e Giuliani afirmam que "a doutrina da responsabilidade do juiz pressupõe a fratura entre a patologia da conduta e a patologia da decisão, entre o momento ético e o momento lógico no raciocínio judicial. A sua configuração - como aplicação mecânica, técnica, rigorosa das regras pré-constituídas - não deixa espaço nem para o poder decisional, nem para a responsabilidade do juiz: o erro é reparado pelo sistema através dos meios de impugnação. (...) O juiz é vinculado a um rigoroso dever de obediência e de lealdada nos confrontos com o soberano (...) Mas a soberania é incompatível com a responsabilidade; o juiz funcionário não é responsável frente às partes, mas somente frente ao soberano (PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. pp. 14-15). Com o advento do Estado Liberal modifica-se apenas o elemento subordinante, que será a lei. O juiz permanece subordinado e sem responsabilidade. No panorama atual, o elemento subordinante é o ´"precedente judicial emanado de um Tribunal Superior", não mais o soberano ou a lei. A condição de subordinado, no entanto, permanece e, com isso, o regime de irresponsabilidade.

Não é mais a boca da lei, mas, sim, uma figura mais refinda e totalmente autonomizada do legisador. Sua função resume-se a declarar a "vontade" do precedente

É o caso do art. 285-A do CPC, dispositivo, cuja aplicação, na linha firmada pelo STJ no julgamento do REsp 1.109.389-MS, em 16/06/2011, supõe que a sentença de improcedência prima facie esteja alinhada ao entendimento cristalizado nas instâncias superiores, especialmente no STJ e no STF. Na ocasião, o STJ entendeu que o mecanismo estaria voltado para a celeridade e racionalidade das decisões processuais, o que não seria alcançado caso fossem permitidas decisões contrárias aos posicionamentos já consolidades nas Cortes Superiores.

Com efeito, torna-se praticamente impossível exercer o contraditório e voltar-se contra o entendimento já sedimentado pelo STJ sobre determinada matéria – ainda que tal entendimento seja, por exemplo, inconstitucional – na medida em que a parte esbarrará, de pronto, na previsão do art. 285-A do CPC, que também limita, nesse sentido, o próprio juiz de primeiro grau, já que o dispositivo não pressupõe o entendimento daquele juízo ou do Tribunal local em que está inserido, mas, sim, o posicionamento do próprio STJ.

Por sinal, caminha na mesma linha a previsão do artigo 888, IV e V, do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que autoria o julgamento monocrático sempre que o recurso ou a decisão recorrida, conforme for caso de provimento ou desprovimento, contrariarem (a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos (c) ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. A escolha empregada pelo Projeto do novo Código, no sentido de modificar os requisitos para o julgamento monocrático pelo relator não é sem propósito. Na verdade, caminha na direção de uma centralização da produção jurídica nos Tribunais Superiores, tendência do sistema recursal brasileiro.

Em suma, a ideia de superação dos precedentes chamados obrigatórios, na forma como o sistema recursal vem se(ndo) construído é uma verdadeira falácia, na medida em que se vincula diretamente à vontade do órgão julgador que criou o próprio precedente.

Considerações finais

O sistema de precedentes obrigatórios teorizado por significativa parcela da doutrina não parece adequado para lidar com os principais problemas da prática jurídica. Além de ser dotado das mesmas pretensões que outrora alicerçaram a codificação, ou seja, a criação de um sistema altamente previsível, capaz de antever todas as hipóteses de aplicação, é incapaz de dar conta do problema da indeterminação do direito. Repetindo os defeitos que busca combater, aposta em um subjetivismo do intérprete quando da criação dos precedentes, os quais, independentemente do seu conteúdo (fundamentação), assumem força vinculante. Após, há um retorno ao objetivismo, ao estilo da escola da exegese, como se não existisse mais interpretação. A suposta abertura do sistema acaba sendo uma grande falácia, pois o mesmo sistema é repleto de barreiras que impedem o acesso ao Tribunal Superior encarregado da criação e revisão dos precedentes.

A valorização dos precedentes judiciais não constitui um mal em si. Na verdade, pode contribuir para que o Direito brasileiro apresente um maior grau de integridade e coerência do direito[42], na medida em que se passa a exigir dos juízes e Tribunais, no momento de decidir, que levem em consideração o todo da prática jurídica pretérita e presente, gerando um alto grau de constrangimento capaz de impedir decisões eivadas de subjetividade[43]. Todavia, não é isso que tem sido proposto. O chamado sistema de precedentes *à brasileira* aposta em uma alta concentração de poder no Superior Tribunal de Justiça, com um consequente amesquinhamento do papel dos juízes e Tribunais verticalmente inferiores.

[42] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. rev.., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 390.

[43] A superação do objetivismo característico do modelo subsuntivo não pode significar uma aposta no subjetivismo, pois, conforme Marc-Alain Ouaknin, "a leitura como o diálogo também implica que o texto tenha algo a dizer que lhe é próprio e que resiste à pura subjetividade do leitor. Pois, se o texto não tivesse essa força, ele seria apenas um espelho permitindo a projeção do leitor. Todos os textos, então, poderiam ser trocados uns pelos outros, isto é, no fim das contas haveria a sua inexistência. A estrutura dialógica da leitura oferece ao leitor uma posição intermediária entre a auto-supressão do intérprete, postulada pelo positivismo, e o perspectivismo generalizado de Nietzche, por exemplo". (OUAKNIN, Marc-Alain. *Biblioterapia*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 189).

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <http://www.tex.pro.br>. Acesso em 11 de Abril de 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito.* Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 2. Marzo- Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d´influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di diritto processuale*. v. 60. Padova, CEDAM, apr.-giugno 2005.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*: le fonti e il pensiero giuridico. v. 1. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de processo*. Ano 23. v. 92. Outubro - Dezembro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004.

CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977.

DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere*: analisi comparatistica del processo. Edizione originale: *The faces of justice and state authority*. Trad. Andrea

Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d´ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 35.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRI, Conrado. Sull´effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 42. Vol. 3-4. 1988.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos tribunais.* Ano 89. V. 782. Dezembro de 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

FRANK, Jerome. *La influencia del derecho europeo continental en el '"common law"*. Traducción y comentário de José Puig Brutau. Barcelona Bosch, 1957.

GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela "terza via". Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010,

GROSSI, Paolo. *Dalla società di sicietà alla insularità dello Stato fra Medioevo ed Età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito* . V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes* obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil:* processo de conhecimento. 9. ed., 2.tir. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

MATTEI, Ugo. *Common law*: il diritto anglo-americano. Ristampa. Torino: UTET, 2001.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi.* Milano: Giuffrè, 1996.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOTULSKY, Henri. *Écrits*: études et notes de procédure civile. Paris: Dalloz, 1973.

VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Libraire Dalloz, 1973.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretense controverse. *Rivista di diritto processuale*. V. 43. Parte II, 1988. Padova: CEDAM, 1988.

NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na américa latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Direito constitucional*: teoria geral da constituição (coleção doutrinas essenciais; v. 1) / Clèmerson Merlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OUAKNIN, Marc-Alain. *Biblioterapia*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3ª ed. ampl. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Préface de Michel Massenet. Titre original : Motifs et discours prononcés lors de

la publication du code civil. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, 78 pp. collection : Voix de la Cité.

RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte , v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. V. 36. N. 199, Setembro de 2011.

_____. NASCIMENTO E SILVA, Frederico Leonel. Crítica à tese do julgamento de ofício das "questões de ordem pública" em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, p.69-92, dez. 2011.

SCALIA, Antonin. Commonl-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In: *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Breve história do direito processual civil. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo*. 6ª ed. ver. e. atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Normativismo e jurisdição declaratória. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. rev.., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 2. N º 5. Out./Dez. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008.

_____. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. *Boletim da faculdade de direito [da] Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 82, p. 213-217, jan. 2006.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo.* São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009.

THOMPSON, Donald. Il precedente giudiziario nel diritto constituzionale inglese. In: *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale*. A cura di Giuseppino Treves. Torino: Unione Tipográfico – Editrice Torinense, 1971.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os precedentes obrigatórios. *Páginas de direito*. Disponível em <http://www.tex.pro.br>. Acesso em 11 de Abril de 2012.

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO PELA FAZENDA PÚBLICA SOB UMA ÓTICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Lara Ferreira Giovannetti

Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Resumo: O presente trabalho busca analisar a possibilidade de reconhecimento jurídico de pedido nas lides formadas pela Fazenda Pública como ré, em atendimento aos princípios democrático, da cooperação, da boa-fé processual e da duração razoável do processo.

Abstract: This article makes an analysis about the possibilities of the representatives of Public Treasury recognise the provenance of the plaintiff's claim, in order to attend the democratic principle, the cooperation, the fairness and the reasonable durability of the process.

Palavras-chave: Fazenda Pública, Reconhecimento Jurídico do Pedido; Submissão; Processo; Métodos Alternativos.

Keywords: Public Treasury; Recognition of the Plaintiff's Claim; Submission; Process; Alternative Dispute Resolution.

Sumário: 1.Introdução; 2. A indisponibilidade do interesse público e intenresses transigíveis; 2.1. Interesse Público na concepção clássica; 2.2.A concepção neoconstitucionalista de interesse público; 2.3. Prerrogativas da Fazenda Pública no Processo Civil; 2.4.Interesses Públicos Transigíveis e Legislação Permissiva. 3.Neoprocessualismo, cooperação e interesse público; 3.1.A visão cooperativa do processo; 3.2. A autocomposição como forma de cooperação; 3.3. A advocacia pública, o interesse público e o processo coletivo; 4. A pretensão resistida como suposta forma de resguardo do interesse público e a possibilidade de reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública; 5. Conclusão; Referências.

Introdução

Existe o entendimento quase que consolidado pela doutrina e jurisprudência brasileiras de que a Fazenda Pública está impedida de proceder ao reconhecimento jurídico do pedido nas demandas em que atuar como ré. Tal conclusão parte da premissa de que a Fazenda Pública apenas tem a missão de resguardar o interesse público, da qual não é detentora, e por isso não pode dele dispor livremente.

Ocorre, no entanto, que a base ideológica sobre a qual se debruça o supracitado entendimento tem sido veementemente questionada pela nova doutrina neopositivista, a qual busca reformular o conceito de interesse público, compatibilizando-o com o novo cenário constitucional a partir de 1988, e com os ditames morais que já não podem mais ser ignorados pelo Direito. Com base nessas novas premissas, o próprio regime jurídico administrativo vem sendo reorganizado em favor do administrado, e não mais unicamente em favor dos administradores.

A mudança de paradigma não ocorreu apenas no âmbito do Direito Administrativo, alcançando também o Processo Civil, o qual passou a buscar legitimar seus procedimentos mediante a persecução, em cada provimento jurisdicional, de valores fundamentais e garantias individuais. Por isso, a doutrina processualista veio a questionar os formalismos destituídos de capacidade de propiciar ao jurisdicionado maior participação dialógica no processo, garantindo-lhes força cogente apenas quando visem eminentemente a contribuir para a promoção do verdadeiro contraditório. Partindo dessa mesma ideia, os mecanismos alternativos de solução de controvérsias ganharam mais força e prestígio, passando a serem, inclusive, incentivados.

Unindo essas premissas, o presente trabalho pretende advogar em favor da busca pela Fazenda Pública de formas cooperativas de atuação processual, especialmente colaborando com o encurtamento das demandas, com o desafogamento do Judiciário, através, especialmente, da autocomposição. Restringimo-nos, no entanto, à análise da possibilidade de os advogados públicos reconhecerem juridicamente o pedido em sede judicial, em casos de demandas em que o direito do administrado é patente.

1. A indisponibilidade do interesse público e interesses transigíveis:

1.1. Interesse Público na Concepção Clássica:

O Direito Administrativo teve seu surgimento atrelado a uma ideia de "direito excepcional", notadamente antitético Privado (já mais desenvolvido em suas bases teóricas), pois pressupunha a existência, em prol do Estado, de prerrogativas inexistentes nas relações entre os particulares, por isso, chamadas de "exorbitantes". Em razão disso, foi amplamente difundida uma concepção deste ramo da ciência jurídica como um direito em favor do Poder, orientado em prol dos administradores, subvertendo a ordem lógica da razão de sua existência: um conjunto de limitações aos poderes do Estado, com a finalidade de salvaguardar os interesses dos administrados[1].

Na verdade, a base principiológica do Direito Administrativo é o próprio Estado de Direito, na medida em que estabelece que a atuação da Administração Pública está atrelada inequivocamente ao império da Lei. Sendo assim, não é legítimo que o administrador atue de modo a restringir a liberdade do particular, sem que tal medida esteja prevista na legislação vigente. O Direito Administrativo não cria poderes para a Administração Pública e, sim, deveres desta em prol do particular.

A concepção clássica do Direito Administrativo criou bases para o conceito de um regime jurídico administrativo, tecnicamente diferenciado do regime de direito privado, por estabelecer dois importantes princípios específicos deste ramo do Direito, concernentes à função Estatal: o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. A doutrina clássica entende que "*a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa*"[2].

O regime jurídico administrativo, como dito, toma por base a ideia de interesse público, um conceito complexo e de difícil definição. Intuitivamente, podemos tratá-lo como algo que se contrapõe ao interesse privado, do particular; subsumindo-se, assim, à

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo***.** 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58.

idéia de interesse de uma coletividade, de um todo social, mas não como uma soma de interesses individuais aproximados. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello[3], o interesse público, a despeito de não ser o somatório de interesses privados, não destoa ou se destaca desses interesses particulares – sob pena de se tornar um notório contrassenso –, de onde decorre a natural dificuldade em precisar seu conceito. Além disso, cumpre informar, é sempre possível que um específico interesse individual choque-se com o interesse público, mas não é possível que todos os interesses particulares sejam a ele contrapostos. O renomado autor, conclui, então, em sua obra, que "*o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade*"[4].

Classicamente considerado, o regime administrativo resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições. A dimensão do regime, nesse aspecto, baseia-se absolutamente na ideia de interesse público, na medida em que este serve de justificativa para criar uma situação sobreposta da Administração Pública sobre o Particular, já que é a Administração a guardiã e protetora do interesse público, de acordo com a doutrina mais conservadora.

Para aperfeiçoar seu conceito de interesse público, numa nítida perspectiva legalista e positivista, Bandeira de Mello encontra apoio na teoria de Renato Alessi, jurista italiano que buscou construir uma distinção entre interesse público primário e secundário. A referida concepção explica que os interesses primários resguardam os interesses da coletividade como um todo enquanto os secundários consubstanciam-se naqueles interesses que o próprio Estado poderia ter independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros, mas como de qualquer outro sujeito de direito ordinário. O interesse público secundário, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, relaciona-se com "*o modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse Público*" [5].

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público primário sintetiza-se nos fins que cabe ao Estado promover, como o bem-estar social; são os interesses de toda a sociedade, em geral. O interesse público secundário, por sua vez, é

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 59
[4] *Ibidem*, p. 60.
[5] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 47

aquele da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica; e, em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do Erário, que visa à maximização da arrecadação com o menor dispêndio possível.

Diz-se uma concepção legalista, pois, de acordo com a teoria apresentada por Alessi e utilizada por Bandeira de Mello, o interesse público seria aquele disposto pelo ordenamento infraconstitucional e desenvolvido pela Administração Pública com base nos ditames legais. Desse modo, a definição do que seria o interesse público primário ficaria inicialmente a cargo do Poder Constituinte, posteriormente conformada pelo legislador ordinário, o que legitimaria as escolhas da Administração Pública em seu trabalho de conformação fática dos termos normativos acerca do interesse público.

Nesses termos, a partir da definição do que seria o interesse público, notadamente o primário, a conceituação do princípio da supremacia do interesse público pode tornar-se mais precisa. De acordo com a doutrina, trata-se de um princípio implícito da Constituição de 1988, derivado de outras garantias fundamentais e do papel da Administração na persecução do interesse comum. Estabelece que toda atuação Estatal deve ser pautada no interesse público, este determinado pela Constituição e conformado pelas leis. Decorre desse princípio a idéia de que, na hipótese de haver qualquer conflito entre o interesse público e o interesse dos particulares, deverá prevalecer o primeiro, com respeito aos demais direitos e garantias individuais expressos na Constituição da República. De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> O princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação [6].

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público, está o da indisponibilidade do interesse público o qual, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[7], preconiza que, sendo os interesses públicos qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição do administrador. O órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, posto não ser o titular desses, e lhes incumbe apenas por eles zelar, em conformidade com o que

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 68
[7] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 74.

dispuser a lei. Não há disponibilidade sobre o interesse público, na medida em que a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental.

1.2. A Concepção Neoconstitucionalista de Interesse Público

Os direitos fundamentais e a democracia enquanto fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito e do Neoconstitucionalismo tornaram-se também a base das idéias de constitucionalização do Direito Administrativo[8], as quais buscavam a "*superação do positivismo normativista"* [9]. A partir dessas novas concepções, os conceitos já enraizados dos mais importantes institutos desse ramo jurídico foram reconstruídos, especialmente o conceito de supremacia e indisponibilidade do interesse público, conforme será analisado a seguir.

Em análise minuciosa acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, Humberto Ávila afirma que aparentemente a descrição clássica do instituto, como acima descrita, parece muito apropriada. Mas apenas à primeira vista. Inicialmente, o autor critica sua conceituação como um princípio: de acordo com o renomado jurista, conceitualmente, não se trata de uma norma-princípio, de modo que possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas; normativamente, também não se trata de uma norma-princípio, já que ele não pode ser descrito como um princípio-constitucional imanente[10].

O autor, além de desconstruir a idéia de que se trata de uma norma-princípio, também afirma que não é o caso de um postulado normativo: a supremacia do interesse público não poderia ser descrita separada ou contrapostamente aos interesses privados, já que os interesses privados consistiriam em uma parcela do interesse público. Ainda o negando como um postulado, afirma que ele não pode ser descrito sem uma referência a uma situação concreta e, assim sendo, teríamos apenas "*regras condicionais concretas de prevalência*", e não um princípio abstrato de supremacia[11].

A consequência da adoção do entendimento supramencionado seria a inexistência, no Direito Brasileiro, de uma norma-princípio da supremacia do interesse

[8] BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 49.
[9] BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 82.
[10] ÁVILA, Humberto. *Repensando a Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Salvador: Revista de Direito Público sobre a Reforma do Estado, IBDP, 2007, p. 09.
[11] *Ibidem*, p. 10.

público e, então, a Administração Pública não poderia exigir comportamentos do particular com base nesse argumento, ou criar normas legais legitimadas constitucionalmente com base em um princípio inexistente – não haveria, *a priori*, base constitucional para criar regras de preponderância dos interesses da Administração (ou dito interesse público). A segunda decorrência seria o fato de que a única ideia apta a explicar a relação entre interesses particulares e o interesse público seria sugerida pelo princípio da ponderação entre interesses reciprocamente relacionados, fundamentado na sistematização das normas constitucionais[12].

Quanto à sistemática constitucional que justificaria a aplicação de uma ponderação aos interesses relacionados do Estado e do cidadão, podemos afirmar que a Constituição Cidadã de 1988, através de seus princípios, direitos e garantias fundamentais, protege a liberdade, a esfera íntima e a vida privada, bem como a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, o que até poderia gerar a presunção da existência de uma regra de prevalência dos interesses privados sobre os públicos, embora não seja exatamente o caso. O que ocorre, na verdade, é que a Constituição brasileira institui normas-princípios, baseando-os na dignidade da pessoa humana, como direitos subjetivos, procedimentos administrativos garantidos e garantias de interesses individuais frente aos interesses públicos. E isso nos mostra que, na verdade, não há, definitivamente, uma regra de prevalência dos interesses do Estado sobre os interesses particulares, o que gera a necessidade de ônus argumentativo quando for imprescindível alguma superposição de interesses[13].

O que sintetiza, portanto, a visão neoconstitucionalista dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, é o fato de que nossa Constituição Cidadã consagrou em seu texto um rol imenso de direitos e garantias fundamentais, os quais formam a base de nosso ordenamento jurídico, fundamentado num Estado Democrático de Direito. E não há, em nosso texto constitucional, qualquer dispositivo que permita a prevalência apriorística de um interesse público sobre os particulares. Autores como Marçal Justen Filho[14] afirmam que "*a Constituição de 1988 assegurou a prevalência dos direitos fundamentais antes e acima do chamado interesse público*".

[12] *Ibidem*, p. 10.
[13] *Ibidem*, p. 11.
[14] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 56.

Não podemos nos filiar a tais argumentos sem uma análise mais profunda e crítica do conceito de interesse público, o qual poderá invariavelmente englobar outros direitos fundamentais. Mas, de algum modo, concepções como essa são capazes de alertar o administrado, assim como os próprios administradores de que estes não poderão refugiar-se no princípio da supremacia do interesse público para evitar o controle de seus atos ou a tutela dos atos eivados de nulidade, que violam as referidas garantias fundamentais[15].

A doutrina moderna[16], então, conclui que:

> (...) o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais. Quando se invoca o "interesse público" somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade pode ser atribuída ao Estado, precisamente pela inviabilidade de sua realização pelos sujeitos privados, de modo individual.

1.3. Prerrogativas da Fazenda Pública no Processo Civil:

O interesse público costuma ser definido com um conceito indeterminado, o que favorece o entendimento de que poderá ser preenchido pelo processo legislativo infraconstitucional, além de também facilitar o reconhecimento da norma jurídica como algo em constante construção e que, portanto, valoriza o papel do Judiciário na sua definição concreta. Além disso, a existência desse conceito jurídico indeterminado acaba servindo de escudo para uma atuação pouco questionada e acrítica dos administradores públicos e do próprio legislador na persecução de objetivos (públicos ou, infelizmente, individuais).

Sob essa mesma perspectiva, o legislador editou inúmeras normas que favorecem ou facilitam a atuação da Fazenda Pública ao litigar em juízo, alegando que tais regras contribuem para a persecução do interesse público. Para que essas regras sejam melhor delineadas, é necessário estabelecer um conceito adequado de Fazenda Pública:

De acordo com Leonardo da Cunha Carneiro, em sua origem, o termo "Fazenda Pública *é a expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada*

[15] *Ibidem*, p. 56.
[16] *Ibidem*, p. 67.

com o termo Erário, *representando o aspecto financeiro do ente público*"[17]. Para o autor, citando Cândido Rangel Dinamarco, a expressão Fazenda Pública representa a personificação do Estado[18], abrangendo as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais. Por isso, quando é utilizado o termo, em geral, faz-se referência à União, aos Estados, aos Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações. Já que empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado e não integram o conceito de *Fazenda Pública.* Por fim, ainda compõem o conceito as associações públicas, constituídas na forma da Lei nº 11.107/05, em razão da formação de consórcio público.

Guardando uma enorme aproximação ideológica com a conceituação clássica de interesse público, o regime jurídico processual ao qual se submete a Fazenda Pública relaciona-se especialmente com os princípios da legalidade, da presunção de legitimidade dos atos administrativos (e sua auto-executoriedade), bem como o da supremacia do interesse público sobre o privado. Logo, o processo que envolve a Fazenda deve estar adequado a essa base principiológica, o que acaba por garantir-lhe um tratamento diferenciado. Sendo assim, foram criados procedimentos específicos para as demandas que envolvam o ente federativo ou a pessoa administrativa de direito público, como as ações populares, o mandado de segurança, a ação de desapropriação, a ação civil pública, o executivo fiscal, entre outras.

Além de ações e procedimentos específicos que cuidam dos interesses do Erário, ainda podemos citar as verdadeiras prerrogativas processuais das quais a Fazenda Pública pode se valer nos procedimentos ordinários em que litigue contra o particular, bem como, algumas vezes, nos procedimentos especiais, tais como o reexame necessário (art. 475 do CPC), a intervenção anômala (art. 5°, parágrafo único, da Lei 9469/97), a suspensão de liminar, de segurança e de tutela antecipada (art. 15 da Lei 12.016/09), prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC), prazos prescricionais de cinco anos em quaisquer pretensões contra a Fazenda (art.1° do Decreto n° 20.910/32), sistema de precatórios para pagamentos de débitos judiciais (art. 100 da CF/88), a dispensa de pagamento de despesas judiciais no curso do processo, entre muitas outras.

[17] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 21.
[18] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*,p. 15 *apud* DINAMARCO, Candido Ranger. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* Tomo I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, n. 78, p. 179.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública, de acordo com a doutrina contemporânea majoritária[19], não ofendem o artigo 125, I do Código de Processo Civil, o qual exige do juiz que se confira às partes igualdade de oportunidades. Argumenta-se que embora não seja o Estado o único a buscar e alcançar o interesse público, a Fazenda Pública se apresenta como um ente especificamente destinado a preservá-lo, na medida em estará protegendo, em última análise, o Erário[20]. Sob essa ótica, quando se viabiliza uma atuação mais ampla da Fazenda no processo judicial, a própria coletividade seria beneficiada em última instância. Defende-se ainda que essa lógica atenderia ao princípio da Isonomia em seu sentido aristotélico, tratando de forma igual os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

De acordo com a doutrina[21], a desigualdade a que invariavelmente estaria fadada a Fazenda Pública se daria em razão da burocracia inerente a sua atividade, o que pode impedi-la de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. Também o volume de trabalho na advocacia pública impede o desempenho de seus deveres dentro dos prazos fixados para os particulares. Por fim, há que se ressaltar que, ao contrário do que ocorre com o particular, o advogado público não pode declinar de sua função e não pode recusar as causas que não lhe convêm.

A despeito da argumentação supramencionada, é indubitável que, faticamente, muitas vezes a Fazenda Pública acaba perseguindo interesses alheios ao interesse da coletividade, defendendo seus próprios interesses, enquanto sujeito de direitos e obrigações. Em regra, defende-se que a Fazenda esteja, nesses momentos, perseguindo o interesse público secundário, nos termos da didática dicotomia criada por Alessi, acima comentada. Exemplo dessa dicotomia seria a "conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública", segundo Barroso[22], de acordo com a qual a defesa do interesse público primário incumbiria ao Ministério Público, enquanto que à Advocacia Pública caberia o resguardo do interesse público secundário.

[19] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit., p. 92*
[20] *Ibidem*, p. 94
[21] *Ibidem, p. 95*
[22] BARROSO, Luís Roberto. *O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público* (Prefácio). In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Embora não possamos concordar com o exemplo apresentado, na medida em que a Advocacia Pública é a entidade que assegura a defesa da Fazenda Pública contra possíveis pretensões injustas de particulares mal-intencionados, bem como visa a defender o patrimônio que pertence a toda coletividade (e este é quem realiza as necessidades públicas), há momentos em que a defesa do Erário torna-se um fim em si mesmo e acaba por não realizar o verdadeiro interesse público, a defesa dos direitos fundamentais.

1.4. Interesses Públicos Transigíveis e Legislação Permissiva:

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha[23], além das peculiaridades supracitadas que cercam a atuação processual da Fazenda Pública, também a doutrina não tem admitido, em regra, que a Fazenda Pública reconheça a procedência do pedido, já que se diz indisponível o direito tutelado por ela. Por isso, têm-se celebrado transações apenas quando haja lei conferindo tal possibilidade ao Procurador-Geral ou ao Advogado-Geral do ente público, o qual, por sua vez, autoriza ao procurador do processo específico a celebrar a transação.

A possibilidade de transação no âmbito da Fazenda Pública não é uma novidade, uma vez que a Lei nº 6.825/1980, art. 5º já previa a possibilidade de transação nas causas de valor igual ou inferior a 10 ORTNs, e também afastava o reexame necessário nessas mesmas causas. Já em 1991, foi editada a Lei nº 8.197, que admitia a transação nas causas de interesse da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, limitadas ao valor de trezentos mil cruzeiros, admitida a ampliação desse valor com prévia e expressa autorização, e sujeita a homologação do Ministério Público[24].

A Lei nº 9.469/1997 estendeu a possibilidade de transação para causas de até cinquenta mil reais, mediante autorização do Advogado-Geral da União ou dos dirigentes máximos das autarquias, fundações e empresas públicas federais. Com a anuência expressa do Ministro ou Secretário da Pasta correspondente esse valor limite poderia ainda ser aumentado. Tal lei foi recentemente modificada pela Lei 11.941/09, a qual passou a permitir que o Advogado-Geral da União autorize o acordo ou transação

[23] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit., p. 96*
[24] GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11.

para extinção de litígio até quinhentos mil reais, mantendo-se a previsão de anuência do chefe da Pasta para valores maiores. Passou a prever também que o Procurador-Geral da União, o Procurador Geral Federal e os dirigentes máximos de empresas públicas e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos homologáveis em juízo de valores até cem mil reais em até 60 parcelas mensais sucessivas[25].

Além dos casos mencionados, em 1995 foi editada a Lei dos Juizados Especiais Estaduais e, posteriormente, a Lei 10.259 de 2001, as quais passaram a prever maiores possibilidades de transigibilidade de interesses públicos, inclusive quanto à própria ação penal. Em especial, a Lei nº 10.259/01 passou a considerar a hipótese de que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais pudessem conciliar, transigir ou desistir (possibilidade de reconhecer o direito alegado pelo autor, ou concordar com a desistência ou renúncia do direito pelo autor), nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais[26]. Lembrando que o mesmo dispositivo foi repetido na Lei de Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/09).

Hodiernamente, há também um importante instrumento típico de transigibilidade de interesses públicos, acordo estabelecido entre a Administração e o administrado ou entre o Ministério Público e o investigado, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Esse instrumento foi originalmente previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1989), aventando a possibilidade de compromisso de ajustamento em matéria de defesa de interesses metaindividuais de crianças e adolescentes. Logo após, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/89) introduziu o mesmo instituto na Lei de Ação Civil Pública, inserindo-o definitivamente no microssistema de defesa dos direitos e interesses coletivos do ordenamento jurídico pátrio, com o fim de prevenir litígios ou por fim neles, dando, em favor do autor, um título executivo judicial ou extrajudicial nos mesmos termos[27].

A Lei nº 8.884/1994 (que atualmente encontra-se revogada pela Lei 12.529 de 2011), que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, passou então a estabelecer que compete ao Presidente do CADE, autarquia federal, assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os

[25] *Ibidem*, p. 11.
[26] *Ibidem*, p. 12.
[27] *Ibidem*, p. 13.

compromissos de desempenho, que descumprido constitui-se em título executivo executável pelo Ministério Público ou pela Advocacia-Geral Federal[28].

Das mencionadas normas originais, o instituto sofreu uma grande evolução, estando presente hoje não apenas na legislação federal, mas também na legislação dos Estados e até mesmo de muitos Municípios, e em várias formas distintas, com diferentes finalidades, como ocorre na seara ambiental (pelo SISNAMA), no âmbito das agências reguladoras, como a Agência Nacional de Saúde, a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, bem como em alguns Ministérios, como ocorre com o Ministério da Educação[29].

Por fim, cumpre ainda informar que a Lei Complementar 73/1993, que Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, prevê que o AGU pode desistir, transigir, acordar, firmar compromisso; prevenir e dirimir controvérsias; editar enunciados de súmula administrativa, com a finalidade de redução da litigiosidade. Nesse sentido foi editada a Portaria nº 1.281, de 27/09/2007, que prevê a possibilidade de o deslinde de controvérsias entre entes da Administração Federal dar-se por meio de conciliação e arbitragem. Então, o Advogado-Geral da União editou o Ato Regimental nº 5, de 27/09/2007, com a finalidade de regular o procedimento administrativo para esse fim[30].

Como podemos ver, além das mencionadas, as possibilidades de transação, conciliação, arbitragem e desistência do processo por parte da Administração Pública são muitas em nosso ordenamento jurídico, a despeito da doutrina mais tradicional ainda questionar tais possibilidades, como já foi dito, em razão da indisponibilidade do interesse público. É sabido que os processos judiciais nos quais figure a Fazenda Pública, em regra, lidam com questões não podem ser tratadas levianamente, mas, como será posteriormente demonstrado, a conciliação, a transação e a desistência do processo por parte da Administração Pública podem em muito contribuir para a promoção do próprio interesse público, na medida em que podem diminuir o inchaço do Judiciário brasileiro, como medidas alternativas de solução de conflitos.

[28] *Ibidem*, p. 13.
[29] *Ibidem*, p. 15.
[30] *Ibidem*, p. 19.

2. Neoprocessualismo, cooperação e interesse público

De acordo com Fredie Didier Jr.[31], a metodologia jurídica sofreu grandes transformações a partir da segunda metade do século XX, e o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação. No ordenamento jurídico marcadamente positivista, classicamente considerado, o papel do juiz se restringia a revelar a solução contida na norma; isto é, o juiz não fazia juízo de valor, o que envolvia uma tomada de posição diante da realidade. No positivismo jurídico, então, a análise do magistrado se baseava na imposição das leis como verdade única e expressão máxima do Direito. Tendo em vista as consequências catastróficas que podem advir de uma atuação que se legitima exclusivamente na existência da lei válida, as bases teóricas do positivismo foram questionadas.

Passou-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional). Essa mudança baseia-se especialmente na ideia da Força Normativa da Constituição, de acordo com a qual a Lei Maior passa a ser o principal veículo normativo de nosso sistema jurídico, com eficácia imediata e, muitas vezes, independente da legislação infraconstitucional para ser aplicada. Além disso, o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, a consagração dos direitos fundamentais como um conteúdo ético mínimo do Direito formam as bases ideológicas das transformações sofridas no pensamento jurídico moderno[32].

Hodiernamente, portanto, é crescente a ideia de um direito processual civil que, com base na teoria dos direitos fundamentais e na força normativa da Constituição, vise a promoção dos interesses individuais e coletivos. O Direito Processual, então, com origem nos mesmos precedentes, vem alterando suas bases principiológicas, dando margens ao fenômeno do neoprocessualismo - "*o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico*"[33].

Sob essa ótica, o processo, enquanto ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, deve ser entendido como um instrumento de realização de valores e, especialmente, de valores constitucionais, e não

[31] DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. Disponível em: http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos , p. 1.*
[32] *Ibidem*, p. 1-3.
[33] *Ibidem*, p. 6.

como mera técnica de decisões. A partir de tal concepção, deve-se considerá-lo como direito constitucional aplicado às decisões jurisdicionais.

Sendo assim, a relação entre a Constituição e o processo pode se dar de duas formas distintas: diretamente, quando a Carta Magna elenca os direitos e garantias processuais fundamentais, estrutura as instituições essenciais à realização da justiça e quando cria mecanismos formais de controle constitucional. Indiretamente, essa relação se dá na medida em que possibilita que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais mais específicas, possibilitando que o juiz concretize a norma jurídica no plano fático[34].

Tal entendimento é importante para que seja ressaltada a atual e marcante incidência de determinados princípios nas relações processuais, o que acaba por alterar o papel das partes e do juiz nos litígios, bem como dar um novo fundamento e significado aos provimentos jurisdicionais, na medida em que esses passam a visar, principalmente, à consecução de direitos fundamentais, e não apenas à solução das lides conforme a letra da lei.

2.1. A Visão Cooperativa do Processo

O princípio da cooperação, com tímida repercussão na doutrina e jurisprudência brasileiras, ressoa nos ordenamentos jurídicos europeus, como França, Alemanha e Portugal, e visa a orientar o magistrado a posicionar-se como um agente colaborador do processo, como um participante ativo do contraditório e não mais como um mero fiscal de regras. O juiz deve, então, adotar uma postura de diálogo com as partes e demais sujeitos do processo[35].

A partir desse princípio, deve-se encarar o processo como um produto de uma atividade cooperativa, de modo que cada parte tenha sua função, mas todos persigam conjuntamente um objetivo comum, que é a prolação de uma sentença final, com a consequente resolução do litígio. Este comportamento cooperativo acaba por impedir ou dificultar a decretação de nulidades processuais, bem como o próprio juízo de inadmissibilidade, encaminhando a lide ao seu rumo final, sem óbices unicamente

[34] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n° 6, 2007, p. 1-44.
[35] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 23ª ed. Salvador: Jus Podvum, 2009, p. 50.

pautados em formalidades às vezes desnecessárias e excessivas. De acordo com Fredie Didier Jr.[36], o princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado: o dever de esclarecimento, o dever de consultar e o dever de prevenir.

O dever de esclarecimento consiste na obrigação do juiz em esclarecer e informar às partes acerca de suas dúvidas sobre alegações, pedidos ou sobre sua posição em juízo, evitando decisões tomadas com base em percepções equivocadas ou apressadas[37]. Já a prevenção pode ser entendida como o dever do juiz em apontar às partes as deficiências de suas postulações que podem ser supridas, sem a prévia decretação de nulidade processual, cabendo ao magistrado indicar a providência jurisdicional adequada para sanar o vício. Por fim, cumpre ao juiz o dever de consultar, uma manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia[38].

Embora classicamente o dever de cooperação estivesse eminentemente voltado para a atuação do magistrado, hodiernamente o novo direito processual fundado no neoconstitucionalismo defende a necessidade de uma democracia participativa, imputando também às partes a necessidade de atender aos ditames da cidadania e da boa-fé objetiva no campo processual. Dessa forma, seguindo esse entendimento, o projeto do novo código de processo civil (PL 8.046/10), afirma, em seu artigo 5º, que "*as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência*".

A visão cooperativa do processo, com bases neopositivistas, parte da premissa de que o dever primordial do Estado é "*propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana*"[39].

[36] *Ibidem*, p. 50.
[37] DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.*, p. 51 *apud* GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialéica e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.
[38] DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.*, p. 51 *apud* BEDAQ UE, José Roberto dos Santos."Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).* José dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42.
[39] MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo. O Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo valorativo.* Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1> Acesso em: 10 fev. 2013, p. 102.

Propicia, portanto, uma posição coordenada entre o indivíduo, sociedade e Estado, promovendo os direitos fundamentais no âmbito processual.

Assim, num processo cooperativo, o ativismo do magistrado deve ser estimulado e conciliado com o das partes, atendendo à finalidade social do processo moderno e buscando uma maior aproximação possível da verdade. Esse modelo processual, ainda, é pautado, além do diálogo judiciário, na colaboração e na lealdade das pessoas que participam do processo. É o processo do Estado constitucional, em que a decisão judicial é legitimada porque consagra e busca a promoção de direitos e garantias fundamentais[40].

Para a doutrina, tal visão processual também tem o intuito de legitimar o procedimento, na medida em que preconiza que o correto cumprimento das normas procedimentais possibilita aos destinatários a sua verdadeira participação no processo, promovendo a fiel observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, valores fundamentais de nosso ordenamento jurídico; é, então, a base do chamado *formalismo-valorativo*.

O formalismo-valorativo destaca a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. De acordo com esse método, o formalismo processual tem que ser reorganizado a fim de que o processo possa levar a cabo sua vocação de ponto de encontro de direitos fundamentais, propiciando uma tutela jurisdicional justa e efetiva[41].

Torna-se necessário, pois, renovar mentalidades com o intuito de afastar o individualismo do processo, de modo que o papel de cada um dos operadores do direito seja o de cooperar com boa-fé numa eficiente administração da justiça. O processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, como uma pauta constante na marcha procedimental, e não um jogo de impulso egoístico[42].

O modelo cooperativo, no entanto, ainda não é a regra em nosso ordenamento jurídico. Para que seja proposta uma mudança gradativa da visão dos participantes processuais, a mera criação de regras balizadoras e impositivas que visem combater a

[40] *Ibidem*, p. 12.
[41] *Ibidem*, p. 12.
[42] NUNES, Elpídio Donizetti. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC.* Disponível em : <http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2012/05/06/29/> Acesso em 18 fev. 2013.

má-fé processual não seria suficiente. O que se impõe, para uma verdadeira mudança de paradigma, é a conscientização das partes, dos magistrados, dos serventuários da justiça acerca da relevância social do processo, como um instrumento de pacificação social e de promoção dos valores sociais.

2.2. A Autocomposição como Forma de Cooperação

A autocomposição é a atividade que previne ou soluciona os litígios por decisão consensual das próprias partes evolvidas. Não há a imposição de uma solução às partes, de modo que esta é fruto de um consenso. Pode se dar de forma unilateral, quando apenas uma das partes cede ao acordo, a qual pode ser manifestada pela renúncia (quando o próprio autor abre mão de sua pretensão − abandono da pretensão) ou pela submissão (quando o réu reconhece a pretensão do autor como justa − abandono da resistência). E pode ser também bilateral, manifestando-se por meio da transação, de acordo com a qual, ambas as partes do conflito abrem mão parcialmente do que entendem ser seu direito[43].

A doutrina especializada denomina de autocomposição judicial a solução do litígio encontrada pelas próprias partes envolvidas na demanda, havendo posterior homologação por parte do magistrado. A autocomposição não se resume às atividades tratativas que se realizam em juízo, mas pode ser realizada em qualquer circunstância, e desde que se obtenha uma participação conclusiva do juiz, ela será denominada "autocomposição judicial". Por sua vez, a conciliação consiste num mecanismo que tem por escopo a obtenção da autocomposição com o auxílio de um terceiro imparcial. Percebe-se, pois, que quando a conciliação é frutífera, a autocomposição é o seu resultado[44].

Frente aos inúmeros problemas enfrentados pelo nosso Poder Judiciário, a ausência de celeridade, as demandas intermináveis, o aumento crescente no número de causas a serem julgadas por um Judiciário já saturado e os altos custos processuais, são uns dos que andam efetivamente trazendo maiores preocupações aos órgãos públicos competentes, bem como à própria doutrina especializada e à jurisprudência. São de

[43] CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53-55.
[44] *Ibidem*, p. 141-142.

sumária importância as questões citadas na medida em que são capazes de comprometer seriamente a eficácia dos provimentos jurisdicionais e, consequentemente, a credibilidade do próprio Poder Judiciário. Nesse diapasão, a busca por meios alternativos de solução de controvérsias, como a autocomposição, a mediação e a arbitragem, vem se tornando crescente e recebendo mais prestígio. Além de serem capazes de diminuir o número de causas que chegam aos gabinetes dos juízes, também podem colaborar com a prolação de soluções mais autônomas e mais conscientes pelas próprias partes. Essas formas alternativas capazes de por fim os litígios, especialmente quando endoprocessuais, acabam por eliminar muito tempo perdido durante o decorrer das demandas com formalidades desnecessárias e burocracias esvaziadas de sentido.

Frente a tais questões, a postura ideal dos intérpretes e aplicadores do Direito é estimular a adoção de medidas que possibilitem a melhoria da consecução da justiça, como os meios alternativos de solução de controvérsias, sem ter que esperar uma postura impositiva do legislador. O que se propõe, então, é que sejam apontados os benefícios da autocomposição, em especial a judicial, tanto para as partes quanto para os magistrados. Sendo assim, o incentivo pela autocomposição não ocorre apenas objetivando desobstruir o Judiciário e diminuir a quantidade de lides existentes, mas sim, em prol da própria utilização deste meio, que é o mais coerente para a satisfação mútua das partes, considerando a sua participação cooperada.

Para que seja incentivada a utilização e a busca por formas alternativas de solução das lides, em especial a conciliação, é de extrema importância que as partes, o juiz e demais envolvidos no litígio ajam de modo cooperativo, deixando de lado seus impulsos egoísticos, intenções de prejudicar a parte contrária e visão do processo como um campo de batalhas. O que se deve almejar no âmbito de uma lide processual é a própria solução do conflito, da forma mais harmônica para os litigantes, do modo menos dispendioso e desgastante possível, e são essas mesmas vantagens que tem a conciliação a oferecer.

De acordo com Petrônio Calmon[45], a conciliação almejada seria baseada na negociação cooperativa, aquela que pressupõe a possibilidade de que os negociadores possam satisfazer seus recíprocos interesses, mediante a criação de alternativas à promoção do esforço conjunto das partes para resolver o conflito. E não apenas as

[45] *Ibidem*, p. 116.

partes, mas também o próprio magistrado, tem o dever de agir em colaboração com os litigantes em conciliação: no momento da homologação do acordo, faz-se mister que o juiz explicite em que medida a decisão tomada foi coerente com os princípios, regras e valores questionados na demanda, além de salientar que não houve submissão de uma parte à outra, mas uma colaboração mútua. Trata-se de uma atitude apaziguadora e cooperativa do magistrado em prol da solução final do litígio.

Conclui-se, portanto, que o princípio da cooperação deve também incidir tanto na prevenção de litígios quando na busca de uma solução mais justa e efetiva para os mesmos. As partes, seus procuradores, o magistrados e demais envolvidos na lide devem sempre buscar contribuir para que seja alcançada uma solução ideal, eficaz e menos desgastante para as demandas. O ideal de um processo cooperativo, então, deve relacionar-se com a autocomposição, incentivando-a, na medida em que ela é capaz de reduzir inúmeros problemas enfrentados pelo Judiciário, bem como diminuir os desgastes psicológicos e financeiros das partes litigantes em juízo.

2.3. A Advocacia Pública, o Interesse Público e o Processo Cooperativo

O advogado público é aquele que representa em juízo os interesses e direitos das pessoas políticas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e das pessoas administrativas, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. No âmbito federal, pois, ligados às pessoas jurídicas de direito público federal, são advogados públicos os Advogados da União, os Procuradores Federais, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores do Banco Central do Brasil (embora o Banco Central também seja uma entidade autárquica, seus advogados não fazem parte dos quadros da Procuradoria Federal). Por sua vez, vinculados às pessoas jurídicas de direito público estaduais e municipais, há os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, além dos procuradores autárquicos estaduais e municipais.

São também considerados advogados públicos aqueles que tenham vínculo de emprego regido pela legislação trabalhista (CLT e demais legislações extravagantes), decorrente de aprovação em concurso público, que pertençam aos quadros de sociedades de economia mista e empresas públicas da Administração Indireta da União,

Estados, Distrito Federal e Municípios. Ainda que as sociedades de economia mista e as empresas públicas sejam pessoas jurídicas de direito privado, estas também compõem a Administração Indireta dos entes federativos a que se vinculam (lembrando, contudo, que as referidas entidades de direito privado não integram o conceito de Fazenda Pública). Cumpre, ainda, informar que os advogados contratados para as mesmas tarefas, independentemente de concurso público, temporariamente, não ostentam a qualidade de advogado público.

Na medida em que a advocacia pública se presta à defesa dos interesses e direitos da entidade administrativa ou política a que se vincula, tem, por conseguinte, a obrigação profissional de zelar pelo interesse público. A Administração Pública, embora possa ser considerada sua principal guardiã, não é a detentora do interesse público, e, por isso, não pode dele dispor com maiores liberdades. Da mesma forma, enquanto os advogados asseguram, em juízo, os interesses administrativos e interesses da coletividade, não podem autonomamente decidir sobre seus rumos, dispensabilidade ou obrigatoriedade. Por isso, não existe, na Advocacia Pública, um elevado grau de autonomia desses advogados, não apenas porque devem observar as normas e regulamentos criados pelos procuradores-chefes, mas porque cuidam de interesses de toda a sociedade.

O entendimento supramencionado baseia-se na premissa, também já discutida, da indisponibilidade do interesse público, que ainda rege a atuação da Administração Pública. De acordo com essa premissa, na medida em que os bens e o patrimônio são públicos, pertencem a toda coletividade, e não pode-se abrir mão deles sem um procedimento específico legal (ou mesmo constitucional). Rapidamente, os menos elucidados vieram a concluir que seria quase que impossível transacionar no âmbito da Administração Pública, levando-se em conta os conceitos de indisponibilidade do interesse público e inalienabilidade dos bens públicos.

Tal falácia foi levada tão a sério que grande parte dos advogados públicos federais, mesmo no rito dos juizados especiais federais, simplesmente deixam de comparecer às audiências de conciliação, imperativas, nos termos legais, no âmbito dos juizados. Essa prática acabou por convencer os próprios magistrados a alterar o rito sumaríssimo previsto na Lei nº 10.259/01, deixando de marcar a audiência conciliatória − seja por descrédito pessoal em seus possíveis benefícios ou por ineficiência da

mesma[46]. Nesse aspecto, tanto o procurador desidioso quanto o próprio magistrado acabam por ofender inúmeras garantias processuais fundamentais, tais como o devido processo legal e a duração razoável do processo (já que poderiam abreviar as mazelas processuais mediante a conciliação e simplesmente decidem por não fazê-lo), além de ofender o próprio interesse público, quando abusam da máquina judiciária para prolongar um dissídio que poderia ter sido solucionado muito anteriormente, na própria audiência de conciliação.

Cumpre ainda informar que tal comportamento vai de encontro aos explícitos preceitos legais da normatização dos Juizados Especiais Federal e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, ferindo gravemente à regra da legalidade, tendo em vista que o artigo 10, parágrafo único, da Lei 10.259/01 e o artigo 8° da Lei 12.153/09 afirmam que ficam os advogados públicos do âmbito federal autorizados a conciliar, transigir, ou desistir dos processos da competência desses juizados[47].

A principal justificativa para a ineficácia da conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Federais, acima de todos os problemas já mencionados, se encontra no Decreto Presidencial nº 4.250 de 2002, o qual impõe a necessidade de expressa autorização dos chefes das respectivas procuradorias para que possam os procuradores federais, da Fazenda ou advogados da União conciliar, transigir e desistir nas causas de sua responsabilidade. Com base nesse argumento, os referidos advogados públicos sustentam que, via de regra, não têm poderes de autocomposição nas causas judiciais em que figuram. Eis o teor do Decreto:

> Art. 1º Nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, a União será representada pelas Procuradorias da União e, nas causas previstas no inciso V e parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, pelas Procuradorias da Fazenda Nacional, e as autarquias, fundações e empresas públicas federais, pelas respectivas procuradorias e departamentos jurídicos, ressalvada a representação extraordinária prevista nos arts. 11-A e 11-B da Lei nº 9028, de 12 de abril de 1995.
> § 1º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, os Procuradores-Gerais, os Chefes de procuradorias ou de departamentos jurídicos de autarquias e fundações federais e os dirigentes das empresas públicas poderão designar servidores não integrantes de carreiras jurídicas, que tenham completo conhecimento do caso, como auxiliares da

[46] FARIA, Márcio. *A conciliação como método alternativo à resolução de conflitos, os juizados especiais e a Fazenda Pública.* Inédito.
[47] *Ibidem*. Lembrando que o referido artigo foi escrito em 2008, quando ainda não tinha sido editada a Lei que regulamenta os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n° 12.153/09).

> representação das respectivas entidades, na forma do art. 10 da Lei nº 10259, de 12 de julho de 2001.
> § 2º O ato de designação deverá conter, quando pertinentes, poderes expressos para conciliar, transigir e desistir, inclusive de recurso, se interposto

Por sua vez, a Portaria nº 505 de 2002, que regulamenta o referido decreto, continuou por minguar as possibilidades de conciliação, transação e desistência por parte dos advogados públicos federais, elencando-as em escassas hipóteses:

> Art. 1º Os órgãos jurídicos das entidades previstas no art. 6, II, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, poderão transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, nos termos desta Portaria.
> (...)
> Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:
> I - inexistir qualquer controvérsia quanto ao direito aplicado;
> II - houver reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente.

Em 2007, contudo, foi editada a Portaria nº 109, que buscou ampliar o rol de possibilidades de conciliação, transação e desistência nas causas judiciais em que a União figurasse como parte. Por outro lado, a mesma norma criou ainda outras restrições para essas possibilidades, de modo que, ao final, os advogados públicos mantiveram-se tão engessados quanto antes:

> Art. 3° *A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando*:
> I - *houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos* que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e
> II - *inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado*.
> § 1° A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, e a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada em qualquer das situações.
> § 2° Os valores envolvidos nas conciliações e transações não poderão exceder ao teto previsto no art. 3°, § 2º, da Lei n° 10.259, de 12 de julho de 2001, observado o disposto no art. 260 do Código de Processo Civil.
> § 3° *Não serão objeto de acordo*:
> I - *as hipóteses em que se discute penalidade aplicada a servidor;*
> II - *os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado*; e
> III - o *litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado da Súmula da AGU*, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73, de 1993 ou orientação interna adotada

> pelo Advogado-Geral da União contrários à pretensão.
> § 4° *Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial*.

O que se pode concluir, mediante a análise do teor da Lei federal 10.259/01, em confronto com o que é afirmado pelo Decreto 4.250/02 e pelas supracitadas Portarias (em especial a 505/02 e a 109/07), é que as normas infralegais mitigaram em larga escala a permissão legal, ao ponto de praticamente revogarem a intenção legislativa constante do art. 10 da Lei dos Juizados Especiais Federais (e o mesmo dispositivo reproduzido em 2009 na Lei de Juizados Especiais da Fazenda Pública, em seu art. 8°). De acordo, pois, com a doutrina constitucionalista, as regras constantes de atos infralegais servem para dar aplicabilidade ao texto legal, e não para praticamente retirar-lhe a eficácia. Dessa forma, por força do art. 59 de nossa Constituição Federal, deveria o teor da Lei prevalecer sobre o das normas infralegais no que lhe fossem contrárias[48].

Além de tudo isso, a ideia trazida pelo Decreto 4.250/02 e pelas Portarias que lhe conformam abarca uma lógica invertida acerca do resguardo do interesse público. A criação de grandes obstáculos às possibilidades conciliatórias nos processos judiciais em que a Fazenda Pública figura como parte traz consequências absolutamente indesejáveis para a sociedade: o aumento do número de processos no Judiciário, o prolongamento desnecessários das demandas judiciais em desfavor do jurisdicionado, os altíssimos gastos públicos para, não só fazer girar o próprio Judiciário, mas para fazer funcionar a própria advocacia pública, cada vez mais carente de profissionais enquanto as demandas judiciais crescem desenfreadamente. Em que medida está resguardado o interesse público nesse caso?

Mais ainda: atuação da advocacia pública em juízo deve se pautar na busca constante pela consecução dos valores e direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional, de modo a viabilizar o reconhecimento dos direitos aos particulares, quando for o caso, abdicando da ultrapassada "advocacia de governo", filosofia de cunho protelatório e autoritário, que acaba por podar o processo dialógico entre as partes do litígio. Esse diálogo entre os litigantes é essencial para um processo social e democrático e para a busca pela justiça. Assim, o processo deve sempre ser entendido como um instrumento de comunicação entre Poder Público e sociedade,

[48] *Ibidem.*

como uma forma de cooperação entre todos aqueles que dele participam para a melhor composição da controvérsia.

3. A pretensão resistida como suposta forma de resguardo do interesse público e a possibilidade de reconhecimento jurídico do pedido pela fazenda pública

As vantagens dos resultados da autocomposição unilateral judicial, aquela dependente da homologação do magistrado, podem ser citadas em consonância com aquelas já listadas pela doutrina acerca da conciliação: em primeiro lugar, permite-se que seja posto fim ao litígio com isenção do ônus de sucumbência, podendo as despesas processuais ser rateadas entre as partes, conforme ajuste entre elas. Além disso, o resultado satisfatório da autocomposição da lide também permite a antecipação do encerramento do processo, seja bem no seu início, como ocorre nos ritos sumário e sumaríssimo ou um pouco mais adiante, nos casos do procedimento ordinário, bem como permite a redução dos gastos com o processo. Por fim, cumpre citar uma terceira vantagem, a de que as partes já saem da audiência sabendo o resultado daquele processo, o que aumenta a segurança jurídica das relações sociais, realizando, assim, em maior medida, a finalidade de apaziguamento social do processo.

De acordos com os ensinamentos de Carnelutti, a "*lide é o conflito de interesses qualificado por uma* pretensão resistida". Logo, o que se pode depreender é que não existe conflito quando não há quem se oponha ao direito alegado pelo atacante, ou quando este deixa alegar sua pretensão. O foco da autocomposição unilateral, portanto, é a renúncia de uma das partes à pretensão (desistência) ou à resistência da pretensão (submissão). A parte, então, deixa de sustentar seu direito por entender que este, de fato é inexistente, ou simplesmente porque, embora acredite ser detentora da pretensão, prefere a sucumbência ao enfrentamento das mazelas processuais. Trata-se, pois, de uma forma ou de outra, de um ato altruístico.

Na defesa dos interesses da Fazenda Pública, os advogados públicos não têm o poder de optar pela mera sucumbência nos litígios em que atuam, simplesmente, por entenderem que os desgastes psicológicos e financeiros trazidos pelo processo serão proporcionalmente maiores que os benefícios colhidos numa possível vitória judicial. Tal escolha não compete aos procuradores públicos porque a hipótese não se aplica à

Fazenda Pública, uma litigante habitual, que tem a missão de resguardar os interesses de toda a coletividade.

Por outro lado, o reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública é faticamente possível, na medida em que o procurador da causa, com os elementos fáticos e probatórios em mãos, é capaz de analisar se tem condições ou não de resistir àquela demanda, se tem ou não o direito que pretende alegar. Muitas das vezes, o advogado público apenas contesta a lide com modelos já prontos, sabendo de antemão que sua resposta não será suficiente para obstar a pretensão autoral. Nesse diapasão, procura alegar nulidades processuais ou vícios capazes de macular o processo, orientando-o a uma sentença sem julgamento de mérito.

Faz-se mister analisar objetiva e subjetivamente esse tipo de comportamento corriqueiro no âmbito da advocacia pública. Acredita-se, sem uma análise mais crítica, que vencer a lide, a qualquer custo, importaria na verdadeira proteção ao interesse público. No entanto, não existe uma valoração quanto à medida que esse interesse público (qual interesse público? O que é verdadeiramente o interesse público?) é resguardado pela praxe na advocacia pública. Existe, portanto, a falsa ideia de que a defesa incondicional do Estado em juízo é a única forma de fazer valer a supremacia do interesse público, que, por sua vez, é tido como indisponível. E, ainda, que só o Chefe do Poder Executivo pode definir o melhor e mais condizente com o interesse público, editando normas que balizam (ou, na verdade, engessam) a atuação dos procuradores estatais. De acordo com a doutrina[49]:

> [...] ultrapassado o entendimento segundo o qual o princípio da legalidade e da indisponibilidade impõem que a fazenda pública deve buscar os seus créditos a todo custo, ainda que sejam irrisórios ou de satisfação extremamente improvável. O principio da eficiência, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, determina que o agente público sempre leve em consideração se o resultado almejado é condizente com o esforço para alcançá-lo.

A premissa que devemos entender é: "*quando se trata da Fazenda Pública em juízo, o interesse público pode estar tanto na impugnação do pedido como no reconhecimento da sua procedência*"[50]. Portanto, o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública (o que não pode ser confundido com a confissão de fatos

[49] SILVA, Marcello Terto e. *A Fazenda Pública em Juízo, o Reconhecimento do Pedido e a Nova Advocacia Pública.* Revista de Direito da PGE-GO, vol. 24. Disponível em: <http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/161> acesso em 03 abr. 2013. p. 22.
[50] SILVA, Marcello Terto e. *Op. Cit.*, p. 19.

ou liberalidade sobre direitos disponíveis) pode ocorrer sem que isso ofenda o dito interesse público, já que pode ocorrer de o interesse público indisponível coincidir com o atendimento do pedido do autor[51]. Mas como seria o resguardo do verdadeiro interesse público nas hipóteses de reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública?

Inicialmente é preciso entender que no âmbito das demandas judiciais que envolvem o setor público, existem demandas de massa em que claramente os requerentes fazem jus ao atendimento do pedido, porque a própria Administração Pública deixa de lhes atender, mediante justificativas infundadas e desarrazoadas[52]. Por que o Estado deveria resistir à pretensão do autor, nesses casos, quando é devida? Quais poderiam ser os ganhos da Fazenda Pública em criar embaraços ao pleito autoral? O Estado não deve encarar o administrado como um inimigo; ao contrário, deve conceder-lhe o seu direito da forma menos onerosa possível.

De acordo com o que foi abordado inicialmente, a doutrina neoconstitucionalista do Direito Administrativo nos informa que nossa Constituição tem como base e fundamento inúmeros direitos fundamentais consagrados, sem qualquer norma que permita a prevalência apriorística de uma ou outra garantia, e nem do dito "interesse público" sobre qualquer uma delas. Para a moderna doutrina já citada, o núcleo da atividade administrativa reside na promoção desses direitos individuais constitucionalmente abarcados, sendo este o verdadeiro interesse público.

Podemos, portanto, concluir que, na medida em que a atividade estatal se torna facilitadora do alcance de direitos fundamentais pelos administrados, o interesse público, do qual é guardiã, está sendo cumprido em boa medida. Sendo assim, quando a advocacia pública atua obstruindo o caminho do administrado nas demandas judiciais, evitando a autocomposição, recorrendo infindavelmente, alegando vícios que possam impedir o julgamento de mérito da demanda, ela vai de encontro aos preceitos democráticos de nosso ordenamento jurídico, agindo exclusivamente em favor da própria Administração Pública.

A atuação colabolarativa das procuradorias requer uma análise minuciosa das demandas judiciais em que atuam, verificando a necessidade do administrado, suas

[51] *Ibidem*, p. 20.
[52] *Ibidem*, p. 19.

alegações, o material probatório e o verdadeiro interesse do Estado em negar a pretensão. Se o direito alegado é patente, se o conjunto probatório é consistente e se o Estado só está protelando um dever Iminente, não existem argumentos reais em desfavor do reconhecimento jurídico do pedido por parte do advogado público.

Advogamos, portanto, contra a tese de que seria necessária autorização do Chefe do Poder Executivo competente para os casos de submissão judicial por parte da Fazenda Pública, na medida em que não existe prejuízo patente para a coletividade, quando esta atuação é proba e sensata. As inúmeras Portarias, Decretos e demais normas infraconstitucionais editadas para criar entraves à transação, à submissão e à desistência padecem de irremediável inconstitucionalidade e ilegalidade, na medida em que diminuem o alcance das garantias individuais da duração razoável do processo, da economia processual, da lealdade processual, do devido processo legal, da cooperação, da boa-fé, dentre muitos outros.

O reconhecimento do pedido do autor por parte do ente público não tem por escopo causar prejuízos à administração fazendária, mas encurtar o reconhecimento de uma obrigação já existente, que deve ser cumprido em favor do jurisdicionado, sob pena de ir de encontro aos princípios acima listados. O alcance do resguardo ao interesse público vai muito além da mera pretensão resistida, ele abarca uma atuação estatal ordenada em favor do administrado e de suas garantias individuais. Não há que se falar em indisponibilidade do interesse público como óbice à autocomposição. O interesse público é sempre indisponível. O que se cumpre percorrer é o conteúdo principiológico do que é tido como interesse público, e é neste ponto que a advocacia pública costuma estar equivocada.

Conclusão

Não podemos mais nos filiar ao entendimento ultrapassado e acrítico de que o interesse público e sua indisponibilidade se tornam óbices quase que instransponíveis às possibilidades de autocomposição das demandas judicias pela Fazenda Pública.

A doutrina neopositivista nos ensina, com muita clareza, que o interesse público se consubstancia na promoção dos valores fundamentais e garantias individuais aos administrados. Com base nesse entendimento, a defesa judicial do interesse público não

deve se pautar na absoluta resistência da pretensão autoral em desfavor da Administração Pública. Muito ao contrário, a doutrinária da visão colaborativa do processo entende que a autocomposição pode ser uma forma eficaz e legítima de a Fazenda Pública contribuir com o jurisdicionado e, consequentemente, com o verdadeiro interesse público.

Dessa forma, não há óbices constitucionais ao reconhecimento jurídico do pedido por parte da Fazenda Pública; muito ao contrário a Carta Magna de 1988 traz inúmeros princípios que coadunam com essa possibilidade: o devido processo legal, a boa-fé objetiva, a lealdade processual, a celeridade e economia processual, a duração razoável do processo. Além desses, o princípio democrático, fundante de nossa ordem constitucional nos mostra que o processo não deve se pautar num jogo egoístico de interesses, mas sim numa lógica cidadã colaborativa em favor da solução pacífica de controvérsias.

Nesse aspecto, podemos finalmente concluir que o entendimento que restringe a atuação conciliatória da Administração Pública no âmbito processual padece de falta de embasamento constitucional. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional e as normas infralegais que mitigam a possibilidade de autocomposição pela Fazenda Pública, engessando os advogados públicos, estão eivadas de forte inconstitucionalidade, na medida em que destituem de eficácia os ditames constitucionais processuais já mencionados acima. Essas normas restritivas impedem a consecução do verdadeiro interesse público, a promoção de garantias fundamentais, e agem em favor apenas dos interesses fazendários, enquanto sujeito de direitos e obrigações.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Repensando a Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.* Salvador: Revista de Direito Público sobre a Reforma do Estado, IBDP, 2007.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. "O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público" (Prefácio). In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento.* Vol. 1. 23ª ed. Salvador: Jus Podvum, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocessualismo*. Disponível em: <http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos> Acesso em 15 mar. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIA, Márcio. *A conciliação como método alternativo à resolução de conflitos, os juizados especiais e a Fazenda Pública.* Inédito.

GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 19ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

MELO, Gustavo Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Organizadores). *Constituição e Processo:* Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo***.** 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo. O Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo valorativo.* Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1> Acesso em: 10 fev. 2013.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC.* Disponível em : <http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2012/05/06/29/> Acesso em 18 fev. 2013.

SILVA, Marcello Terto e. *A Fazenda Pública em Juízo, o Reconhecimento do Pedido e a Nova Advocacia Pública.* Revista de Direito da PGE-GO, vol. 24. Disponível em: <http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/161> acesso em 03 abr. 2013.

POR UM NOVO MANDADO DE SEGURANÇA: RETORNO À ORIGEM?

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.

O *habeas corpus* e o mandado de segurança nasceram da necessidade de conferir aos cidadãos instrumentos de tutela urgente de direitos violados ou ameaçados por atos de autoridade pública.

No Brasil, a proteção da liberdade de locomoção, por meio do primeiro desses institutos, teve origem no Código Criminal de 1830 e no Código de Processo Criminal de 1832.

Em seu precioso livro sobre o *habeas corpus*[1], escrito em 1916, com a idade de 23 anos, Pontes de Miranda ressaltou a origem inglesa do instituto. No século XIII o instituto tinha o fim de evitar ou remediar a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente longas: "...também nesse tempo, em caso de prisão preventiva, o acusado não devia ser tratado como os indivíduos já condenados, recusando-se à prisão o caráter de pena. Por isso mesmo, o paciente havia de comparecer à justiça com as mãos e os pés livres"[2].

Em outro trecho, referindo-se às diversas espécies de *habeas corpus*, destacava como o mais nobre de todos o *habeas corpus ad subiiciendum*, que obrigava o coator a apresentar o corpo do preso "...e comunicar, ao mesmo tempo, o dia e a causa pela qual foi preso", mostrando a natureza de interpelação hierárquica que tinha o remédio e o caráter imperativo do seu objeto que era dar liberdade a quem fora detido sem justa causa ou sem razão suficiente[3].

[1] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.
[2] Ibid., p. 23.
[3] Ibid., p. 44

Já chegando ao primeiro quartel do século XIX, pergunta-se se os juízes têm o direito de obrigar à execução das ordens de *habeas corpus* ou se o Poder Executivo pode opor-se a algumas, reputando-as exorbitantes e inexequíveis. Dá a essas perguntas resposta afirmativa: "Sentenças são para serem cumpridas. Nomeia juízes o rei; mas a jurisdição deles é obra da lei... *A judge is the law speaking*"[4].

Penetrando na história pátria, observa que a nossa tradição liberal antecede à própria Independência e que a República deu continuidade a essa tradição, abeberando-se nas instituições da Monarquia, pois aos Estados Unidos devemos apenas a forma federativa, o direito federal e a Justiça da União[5].

Na vigência da Lei 2.033, de 1871, um Aviso do Ministério da Justiça chegava a recomendar que os juízes fossem generosos na concessão do *habeas corpus*: "...devem as autoridades facilitá-lo, desprezando o rigor das fórmulas, que embaraçá-los por meios que, embora não induzam criminalidade, autorizam a suspeita de parcialidade". Era, segundo o autor, a regra do *favor libertatis*[6], análoga à moderna presunção de inocência, que despreza qualquer tendência a dar maior valor probatório à palavra do funcionário público do que à do próprio cidadão.

Como garantia constitucional da liberdade, a sentença denegatória não faz coisa julgada, não impedindo a renovação do pedido[7].

Citando o Conselheiro Lafaiete, denomina o *habeas corpus* de *recurso extraordinário*, que se sobrepõe a qualquer outro, inspirado na exigência de celeridade[8].

Bem mais adiante[9], faz importante comentário de repúdio à tentativa de tornar o *habeas corpus* um instrumento subsidiário, o que ocorre atualmente com muitos institutos análogos, como a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos ou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos: "O ser cabível outra forma processual só exclui a indicação do habeas-corpus se a questão precisa de diligências probatórias e trâmites de sua natureza incompatíveis com esse recurso pronto e especial".

[4] Ibid., p. 73.
[5] Ibid., p. 128.
[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 149.
[7] Ibid., p. 152.
[8] Ibid., p. 153.
[9] Ibid., p. 355

Coerente com a natureza de interpelação hierárquica, Pontes leciona que "a omissão em prestar informações em processo de *habeas corpus* deve ser interpretada como tácita confirmação da verdade do alegado na petição do impetrante. Dá-se, então, a ordem, uma vez satisfeitas as demais condições"[10].

E, em seguida,: "Se a autoridade coatora se esquiva a prestar esclarecimentos que lhe foram reiteradamente exigidos, deve ser interpretada tal omissão como tácita confirmação das alegações do impetrante"[11].

Repudiando a falsa ideia de que o *habeas corpus* tenha como pressuposto a ausência de controvérsia sobre os fatos e somente admita cognição sobre matéria de direito, leciona: "em todo o caso, a colisão entre as provas do constrangimento que se alega, não é bastante para que se denegue a ordem"[12]. Critica a denegação do *habeas corpus* porque nele não seria possível o tribunal conhecer de matéria de provas. E assevera: "Mas, entenda-se, matéria de provas há em qualquer processo de *habeas-corpus*"[13].

A natureza extraordinária do *writ* é mais uma vez proclamada: "O pedido pode ser renovado tantas vezes quantas forem as denegações, ainda que pelos mesmos fundamentos"[14].

Consequência necessária dessa natureza é que a coisa julgada material somente se forma na sentença concessiva e nunca na denegação. Na reiteração, deve ser mantida a decisão, se persistem os fundamentos, salvo se houver melhor prova ou esclarecimento[15].

Pontes defende a concessão do *habeas corpus* depois do trânsito em julgado da condenação em algumas hipóteses: manifesta incompetência do juiz; se o fato não é crime ou o agente é comprovadamente incapaz; se a ação penal dependia de queixa do ofendido, não apresentada; se o crime está prescrito ou a pena já foi cumprida; se a lei brasileira não incide[16].

[10] Ibid., p. 360.
[11] Ibid., p. 390.
[12] Ibid., p. 390.
[13] Ibid., p. 430.
[14] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 377.
[15] Ibid., p. 378.
[16] Ibid., p. 430.

Como a finalidade do *habeas corpus* é livrar o cidadão de constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção, a sua admissibilidade está desvinculada do êxito do processo criminal. O *habeas corpus* não é recurso e a coisa julgada não o inibe. Se houver constrangimento ilegal, ele é cabível, ainda que não utilizados ou esgotados os recursos admissíveis no processo em que ele ocorreu. A singularidade dos recursos não impede o *habeas corpus*, que não é recurso, mas remédio. O que o habeas-corpus não pode remediar é a injustiça da sentença[17] .

E, referindo-se ao *habeas corpus* contra decisão judicial, sustenta a formação da coisa julgada, mesmo que o *writ* aprecie nulidades de outro processo[18].

Nos *Comentários* às sucessivas Constituições e também nos *Comentários* ao Código de Processo Civil de 1939, Pontes de Miranda faz questão de assinalar que o mandado de segurança foi criado para ser o *habeas corpus* dos demais direitos fundamentais. A Constituição de 1934 (art. 113, 33), que o instituiu, estabelecia expressamente que o novo *writ* adotaria o mesmo processo do *habeas corpus*[19].

Coerente com a sua origem nos *writs* da jurisdição de equidade do direito anglo-americano[20], Pontes observava que "...o mandado de segurança é estranho à história do direito luso-brasileiro e brasileiro"[21]. Os remédios da *equitiy* constituíam uma jurisdição paralela aos da *common law*, para coibir os atos de violência e de abuso de poder não alcançáveis por esta última[22].

A citação no mandado de segurança não produz litispendência quanto às ações diferentes dele, porque o seu objeto não é o mesmo das ações específicas sobre a violação do direito, ou sobre a ameaça; nem a citação nessas produz litispendência quanto ao mandado de segurança. Mas a primeira sentença proferida pode ter eficácia de coisa julgada material no outro processo. Não existe princípio científico que façam coincidentes, em toda a extensão, litispendência e coisa julgada material.

---

[17] Ibid., p. 465 e 466.
[18] Ibid., p. 468.
[19] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n° 1 de 1969*. t. V, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 335 e ss.; Id. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III, 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 178 e ss.
[20] V. GRECO, Leonardo. Natureza Jurídica do mandado de segurança. In: *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, n. 129, jan./mar. 1974, p. 50-51.
[21] Ibid., p. 50-51.
[22] V. FRIGNANI, Aldo. L'injunction *nella* common law *e* l'inibitoria *nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè ed., 1974. p. 175 ss.; HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993. p. 12-15.

A autoridade coatora não identifica subjetivamente a demanda, porque a plena tutela do direito líquido e certo do impetrante atinge toda a atividade estatal[23]. Daí o acerto da Lei 191 de 1936, incorporada ao Código de 1939 nos artigos 319 a 331, que determinava que, despachando a petição inicial, o juiz mandasse notificar mediante ofício o coator para prestar informações (interpelação hierárquica) e citar o representante judicial ou legal da pessoa jurídica para contestar o *mandamus.* Aqui Pontes abre uma exceção à técnica do *habeas corpus* porque admite que a sentença denegatória faça coisa julgada material, se originada por cognição completa[24].

Erigido a garantia constitucional, o mandado de segurança tornou-se por algumas décadas a obra mais preciosa criada pelo gênio brasileiro, cantado em prosa e verso em todos os quadrantes do mundo como representativo do nosso profundo amor ao Direito e aos direitos fundamentais.

A partir da década de 50 do século XX começou a decadência do instituto, provocada por vários fatores concorrentes: de um lado, a hipertrofia do poder estatal e a hipervalorização de qualquer interesse público, a que se contrapunha a tutela dos direitos fundamentais, e que levaram a lei, a doutrina e a jurisprudência a oporem limites à admissibilidade do *writ*; de outro, uma visão puramente formal da separação de poderes, incompatível com a supremacia do Judiciário, penosamente conquistada, a opor barreiras à concessão de liminares, a autorizar suspensões de sentenças concessivas e de liminares e a impedir a auto-executoriedade das suas decisões. Os próprios partidários do processualismo científico, ao equipará-lo a uma ação igual às outras, contribuíram para a derrocada do instituto, sufragando a inadmissibilidade do *writ* contra a coisa julgada e contra ato judicial passível de recurso ou correição, e tornando o mandado um instrumento meramente subsidiário. A possibilidade de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso também contribuiu para o seu abandono[25].

[23] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n° 1 de 1969*. t. V, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 364.
[24] Id. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III, 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 199.
[25] V. a minha tese de doutorado (*Natureza jurídica do mandado de segurança*), defendida em 1973 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da qual destaco as seguintes conclusões: "VI – o mandado de segurança é ação; [...] IX – as informações da autoridade coatora são verdadeira contestação; [...] XIV – falta interesse de agir ao impetrante nos casos dos itens I e II do artigo 5° da Lei n° 1.533; [...] XVI – os atos judiciais, salvo os administrativos, não estão sujeitos ao mandado de segurança [...]" (p. 85-86).

Cai no esquecimento a natureza extraordinária e de interpelação hierárquica do instituto, suprime-se a citação para contestar e as informações passam a dotar-se de um hibridismo que enfraquece o controle jurisdicional e favorece o Poder Público.

Última pá de cal no esvaziamento do instituto se dá com a implementação da chamada tutela antecipada pelo art. 273 do CPC. Poucos ainda preferem o mandado de segurança para o desafio de atos do Poder Público, se podem numa ação de rito ordinário comum, com mais amplitude cognitiva, obter a necessária tutela de urgência sem ter de instaurar procedimento diverso e se a hipotética sumariedade do mandado de segurança vai militar em desfavor do impetrante, com limitações na execução, e, em tempos de excesso de processos, com a demora que não difere o seu processamento da duração de qualquer outro procedimento.

O grau de desenvolvimento *qualititativo* da tutela jurisdicional efetiva dos direitos do cidadão nos seus litígios com o Poder Público teria tornado desnecessário o mandado de segurança? Poderia o legislador constitucional simplesmente revogar o dispositivo que inclui o mandado de segurança no rol dos direitos e garantias fundamentais? Mas não constituem estes cláusula pétrea, de acordo com o artigo 60, § 4°, inciso IV, da Constituição?

A única conclusão que me parece plausível é a de que a garantia constitucional do mandado de segurança tem um conteúdo próprio, que excede dos limites da garantia da tutela jurisdicional efetiva assegurada no inciso XXXV do artigo 5° da Carta Magna, e que é preciso restaurar a importância do instituto, aproveitando em grande parte as características provenientes da sua origem, bem apontadas por Pontes de Miranda. Infelizmente, a reforma da lei do mandado de segurança empreendida pela Lei n. 12.016/2009 limitou-se a consolidar a doutrina e a jurisprudência dominantes, não tendo sido capaz de devolver-lhe a grandeza que justificou a sua criação e ainda justifica a sua sobrevivência como garantia constitucional *imexível.*

Não se trata, como em algum tempo se cogitou, de negar a natureza de *ação* do mandado de segurança, que levou o próprio Supremo Tribunal Federal a decisões esdrúxulas, como as que excluíram os honorários da sucumbência ou os recursos contra decisões interlocutórias ou a admissibilidade dos embargos infringentes. É ação, sim, mas que provoca o exercício de uma jurisdição extraordinária, ou seja, uma jurisdição

que, destinada à mais ampla tutela dos direitos do cidadão frente ao arbítrio da autoridade estatal, controla o próprio poder jurisdicional.

Como jurisdição extraordinária, não deve impedir, nem substituir o exercício da jurisdição ordinária, mas deve dispor de meios eficazes de coibir os abusos de poder que porventura sejam perpetrados no seu exercício.

Como jurisdição das liberdades públicas se inclui na chamada tutela da urgência, devendo ser exercida com a máxima celeridade, para que a elas seja assegurada a mais ampla eficácia.

Não se trata de um instrumento subsidiário, dependente do esgotamento de quaisquer outros, mas de um direito autônomo, de que deve dispor sempre o cidadão e que o juiz não deve desprezar, a não ser depois de ter obtido da autoridade pública explicações e provas cabais da absoluta legalidade e da rigorosa exação da sua atuação.

É um instrumento de controle hierárquico na justificação dos seus atos e de subordinação hierárquica no cumprimento das decisões judiciais. O administrador está subordinado ao juiz e a este deve contas no exercício das suas funções e a separação de poderes não pode servir como garantia da impunidade ou da supressão do controle jurisdicional da legalidade dos atos do Poder Público. O Estado de Direito se funda no primado dos direitos fundamentais (Constituição, artigo 1°) e a separação de poderes não pode ser óbice a essa exigência. Quanto à execução, vale aqui mencionar que outros países explicitam de modo mais enfático essa relação hierárquica. Mesmo em países da *civil law* se encontram exemplos dessa subordinação. Assim, por exemplo, a Constituição espanhola de 1978 prescreve que a execução das decisões judiciais incumbe ao próprio Judiciário, ao qual a Administração Pública deve prestar colaboração (art. 118). E na justiça administrativa italiana, a execução da decisão judicial pela Administração se submete ao chamado *giudizio di ottemperanza*, que significa *juízo de obediência*, no qual o juiz pode designar um preposto seu, o *commissario ad acta*, para intervir na administração e, substituindo-a, praticar todos os atos necessários ao cumprimento do julgado[26].

As informações, que são o instrumento desse controle hierárquico, não devem ser confundidas com o meio de defesa da pessoa jurídica de direito público, que foi deturpado na Lei 1.533/1951, porque naquela época o Ministério Público Federal

[26] V. GIANNINI, Daniele. *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*. Milano: Giuffrè ed., 2011.

exercia a defesa judicial da União. Mas a lei regulou mal a matéria, porque em vários Estados o Ministério Público não tinha essa função, que acabou por lhe ser proibida no texto constitucional de 1988 (art. 129, inciso IX).

A omissão das informações ou a sua insuficiência no esclarecimento e demonstração da legalidade do ato da Administração deve ter consequências concretas. A Administração tem o dever de justificar a legalidade da sua atuação e não pode prevalecer-se de uma irreal presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos seus atos.

A dilação probatória deve existir no mandado de segurança, desde que compatível com a celeridade que lhe é inerente. Se até na medida cautelar pode se afigurar necessária a produção de provas, com maior razão essa via não pode ser tolhida no mandado de segurança. Ninguém pode ser obstado no gozo de um direito pela impossibilidade de provar a sua existência ou a sua violação, especialmente quando esta resulta de ato ou omissão de uma autoridade pública.

Quanto à coisa julgada no mandado de segurança, tem razão Pontes ao vinculá-la à cognição exaustiva[27], em homenagem à segurança jurídica, da qual aquela é garantia. Entretanto, sempre que novos fundamentos ou novas provas possam produzir um juízo diverso, a reiteração do *mandamus* deve ser facultada e o legislador deve prever essa possibilidade e os requisitos da sua ocorrência. Também a possibilidade de impetração do *writ* contra a coisa julgada oriunda de qualquer outro processo deve ser disciplinada pela lei, livrando-nos do dilema cruel do primarismo da sua absoluta inadmissibilidade, proclamada pelo STF na Súmula 268, mas por ele próprio excepcionada em casos de decisões consideradas *teratológicas.*

Impende que a lei imponha também o dever de qualquer autoridade pública da mesma pessoa jurídica de direito público de cumprir imediatamente a decisão do mandado de segurança que lhe seja requisitada. Se se tratar de cumprimento de obrigação pecuniária, como o pagamento de parcela remuneratória de funcionário público, não podem as prestações vencidas ficar sujeitas a precatório, que, aliás, foi dispensado pela Lei 5.021/1966, a meu ver erroneamente revogada no artigo 29 da Lei 12.016/2009, pois isso representa a completa negação da eficácia da previsão constitucional do instituto e das suas características essenciais.

[27] Sobre o conteúdo da cognição exaustiva, v. o meu estudo *Cognição sumária e coisa julgada*, publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 10, 2012, p. 275-301. Disponível em: www.redp.com.br.

Proibições de liminares, que ainda subsistem, são, a meu ver, absolutamente inconstitucionais em relação a qualquer tipo de ação, não honrando o Supremo Tribunal Federal a decisão na ADC n. 4 que lhes deu sobrevida. A sua eliminação do nosso ordenamento é imperiosa.

A competência em função do grau da autoridade impetrada e a dificuldade de identificar o coator são outros defeitos da disciplina do mandado de segurança que precisam ser corrigidos. O cidadão que teve o seu direito violado não pode sofrer a denegação da tutela jurisdicional, ainda mais no mandado de segurança, porque não soube precisar qual foi a autoridade de que emanou o ato. Muitas vezes a identidade dessa autoridade não lhe é revelada. A jurisprudência do STJ tem minorado esse problema com a adoção da chamada teoria da encampação. Já tive oportunidade de examiná-lo em outro estudo[28].

Não me agride o prazo de decadência de 120 dias, como indício de inexistência da urgência, que é característica do instituto. Entretanto, passado esse prazo, a violação do direito do cidadão pelo ato de autoridade pode continuar a produzir efeitos que precisam ser coibidos com a mesma energia dos que se verificaram naquele prazo. Assim, parece-me que o legislador deveria facultar a propositura do *mandamus*, decorridos os 120 dias, havendo indícios veementes da continuidade da lesão ao direito.

Ave, mandamus, morituri te salutant. Fica lançado o desafio, que a atualidade das lições de Pontes de Miranda pode ajudar a resolver.

Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2012

[28] V. GRECO, Leonardo. A *translatio iudicii* e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 166, ano 33, dez. 2008, p. 9-26.

O REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DE LIMINAR COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO RÉU À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

Leonardo Oliveira Soares

Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga (FADIPA)-MG. Procurador do Estado de Minas Gerais.

Resumo: O denominado requerimento de suspensão de eficácia de liminar se constitui no tema sobre o qual se vai discorrer. De início, apresenta-se a origem histórica do instituto. Em seguida, passa-se a examiná-lo em perspectiva dúplice. Com isso, atende-se premissa básica de estudo de todo e qualquer tema relacionado ao devido processo legal do Estado Democrático de Direito brasileiro. Ou seja, no escrito, lança-se mão do caráter bilateral do *due process of law* para sustentar que, da mesma maneira que o direito de ação, o direito de defesa autoriza previsões (normativas) procedimentais particularizadas, de que o requerimento é exemplo, à luz das peculiaridades da relação de direito material *sub judice.* Nesse contexto, foram apreciados os requisitos legais do instituto em foco, oportunidade em que se refutaram objeções à sua constitucionalidade. Finalmente, questionou-se o argumento segundo o qual o (suposto) abuso na utilização da medida processual em tela denotaria a incompatibilidade desta com a Lei Maior. Feita tal análise, chegou-se à conclusão de que o requerimento em evidência, a partir da interpretação desenvolvida no artigo, afigura-se compatível com o devido processo legal, garantia maior disposta no Texto Constitucional pátrio vigente.

Palavras chave: direito de ação; liminar, requerimento de suspensão, ampla defesa, devido processo legal.

Sumário: 1.Caráter Dúplice do direito de ação; 2.Uma observação; 3.Origem antidemocrática do requerimento de suspensão; 3.1.Procedimento adequado ao direito

material/fundamental exigido no processo; 3.2.Devido processo legal/necessária oitiva prévia da parte autora no processo; 4.Uso indiscriminado do requerimento de suspensão; 5.Ainda sobre o (suposto) uso indiscriminado do requerimento de suspensão; 6.Conclusões; Referências bibliográficas.

> A ciência moderna repudia a falsa idéia de um processo civil do autor." (Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil. vol. I)

1.Caráter dúplice do direito de ação: nota explicativa

Diante do elevado e variado número de conflitos levados ao exame do Poder Judiciário pátrio, bem como da demora que se vem experimentando, aqui e ali, na prestação da tutela jurisdicional, é natural que as atenções[1] de quantos se interessem pelo tema estejam voltadas para a efetividade do direito de ação.

No entanto, dado o caráter dúplice[2] de cogitada garantia, no presente artigo, examina-se o direito à tutela jurisdicional adequada na perspectiva do réu.

Ou seja, a partir da análise de instituto próprio, qual seja, o requerimento de suspensão de eficácia de liminares, busca-se enfatizar que o exercício do direito de ação desencadeia possibilidades argumentativas ao autor não menos que ao réu, sendo que tais possibilidades, muita vez, materializam-se em procedimentos específicos, de que é exemplo o que cuida da ação civil pública.

Daí, como consequência natural da especificidade, despontam peculiaridades que, decerto, alcançaram o autor e a correlata postulação, tanto quanto o réu e respectivo exercício do direito de defesa, aí se inserindo, pois, o instituto de que se vai tratar.

A metodologia de que se lançou mão para desenvolver o tema é de cunho dogmático/expositiva.

Assim, no primeiro momento, apresentou-se a origem histórica do requerimento.

[1] Especificamente quanto ao procedimento que envolve a tutela de direitos coletivos *latu sensu*, confira-se FAVRETO, Rogério; GOMES JR., Luiz Manoel. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. *Revista de Processo.* vol. 176. São Paulo: Ed. RT, out. 2009.

[2] A respeito do caráter dúplice do direito de ação, confira-se FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseler, 2006. p. 505.

Em seguida, foram examinados os requisitos legais atinentes à medida processual em tela, conferindo-lhes interpretação consentânea com o devido processo legal.

Embora se cuide de análise teórica, entendeu-se por bem salientar nuance de ordem prática, qual seja, a suposta utilização indevida do instituto por parte do Poder Público. Isso para refutar argumento, salvo melhor juízo, de ordem metajurídica, passível de ser suscitado para questionar a constitucionalidade de aludido requerimento.

Após essa observação, concluiu-se que o instituto em apreço, a partir da leitura que se lhe conferiu no trabalho, convive com o Texto Constitucional pátrio.

Em síntese, com o escrito, tem-se em mira objetivo específico, qual seja, apresentar interpretação dogmática da disciplina legal do requerimento de suspensão de eficácia de liminar compatível com a garantia maior *due process of law* do Estado Democrático de Direito brasileiro atual.

Dito isso, antes de propriamente iniciar a abordagem, pede-se licença para uma observação.

2.Uma observação

No Estado democrático de direito, nem de longe a comunidade jurídica se caracteriza pela e na uniformidade de pensamento. Bem ao contrário, é a livre circulação de teses diversas a medida certa do grau de desenvolvimento dessa comunidade. Sem mais, segue a exposição.

3.Origem antidemocrática do requerimento de suspensão

Durante o regime militar, por meio da Lei 4.348/64, institui-se[3] no direito pátrio o denominado requerimento de suspensão. Primeiramente, aplicável às liminares

[3] A rigor, a origem do requerimento remonta à Lei 191/36, que disciplinou outrora o procedimento do *mandamus*. No entanto, manteve-se a passagem da redação primitiva do texto, eis que, por intermédio da Lei 4.348/64, foram delineados os contornos que o instituto atualmente apresenta. Tanto que autorizado doutrinador, embora mencione a primeira das leis ora citadas, afirma que o requerimento de suspensão de liminar foi *criado* mediante a aprovação da Lei 4.348/94. NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 118. Fica, pois, o registro que, saliente-se, não constou das versões anteriores do estudo.

proferidas no procedimento de mandado de segurança[4]. Hoje, o instituto[5] se apresenta cabível para sustar efeitos de decisões liminares proferidas em ações propostas contra o Poder Público ou quem lhe faça as vezes.

Em vista do contexto político à época da criação do instituto, não falta quem sustente sua inconstitucionalidade[6]. Ao propósito, confiram-se as palavras do eminente Desembargador Elpídio Donizetti[7], membro da respeitável comissão de juristas então encarregada de redigir novo Código de Processo Civil[8], em julgamento de suspensão de segurança pela Corte Superior do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> ...Gostaria de lembrar que essa possibilidade surgiu na Lei do Mandado de Segurança nº 4.348, de 1964, mais precisamente, em 26 de junho de 64, no auge do Governo Militar sanguinário, porque não queriam que os recursos fossem para os órgãos destinatários, que são as câmaras cíveis, e resolveram cometer essa atribuição aos presidentes de tribunais do país, ao entendimento - verdadeiro ou não, e, hoje, quero crer que não se aplica mais - de que não poderiam manietar todos os desembargadores integrantes de câmaras do país, mas poderiam, em 1964, manietar todos os presidentes de tribunais de justiça, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, e lembrada por aquela, porque não dizer, revolta de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, em razão das investidas do Governo Militar. Então, este art. 4º da Lei 4.348 veio, para a Lei da Ação Civil Pública - também por obra e graça do Governo Militar - no art. 12, a fim de permitir aos presidentes de tribunais que suspendessem as liminares concedidas. Essa é a legalidade posta e, por questões, talvez, de conveniência de determinados setores da comunidade jurídica, ainda não se declarou a inconstitucionalidade deste artigo, porque ele afronta o princípio do colegiado, atribuindo a um órgão administrativo, a presidência de um tribunal, passando por cima das câmaras cíveis...

[4] Art. 4.º da Lei 4.348/64. Atualmente, art. 15 da Lei 12.016/09.

[5] Art. 1.º, caput da Lei 8.437/92. Não se irá examinar a possibilidade de suspensão de efeitos de sentença, com apoio no art. 4.º, § 4.º da lei em questão.

[6] Por todos, vide NERY JR, Nelson. Ob. cit., p. 118 e ss. Com o mais absoluto respeito, no próximo item do texto, faz-se contraponto às judiciosas críticas que o eminente jurista ora citado formulou ao instituto em exame. Pela constitucionalidade do requerimento, vide MANCUSO, Rodolfo Carmargo de. O poder público em juízo. *Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. (Coord.) SANTOS, Ernani Fidelis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR, Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. São Paulo: Ed. RT, 2007.p. 366.

[7] Na decisão, por maioria de votos, ratificou-se decisão monocrática da Presidência que suspendera decisão judicial que impunha ao Estado de Minas Gerais obrigação de transferir presos, em virtude de superlotação de estabelecimento prisional. Autos n.º 1.0000.08.472785-8/001(1), Rel. Carreira Machado, j. 14.01.2009, DJ 15.05.2009. A respeito da (suposta) inconstitucionalidade do instituto, confira-se voto proferido pelo i. Ministro Marco Aurélio nos autos da suspensão de tutela antecipada 118 AgR / RJ – Rio de Janeiro, Dje 28.02.2008.

[8] Atualmente, PL 8.046/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Para ficar com um único exemplo, não parece que a Lei 4.717/65[9] padeça de tal mácula pelo fato de haver sido elaborada em período de ruptura institucional.

Ou seja, não será o regime político[10], sob cuja égide tenha sido produzida determinada lei, que levará necessariamente a que se conclua pela compatibilidade desta ou não com o princípio constitucional do devido processo legal.

Se a origem histórica não leva obrigatoriamente à inconstitucionalidade do instituto, nem por isso o intérprete se verá livre da obrigação de demonstrar a conformidade do requerimento com o texto da Constituição Federal hoje em vigor.

3.1. Procedimento adequado ao direito material/fundamental exigido no processo

Além de corresponder à garantia de acesso ao Poder Judiciário, o direito de ação volta-se também contra o Poder Legislativo, ao qual incumbe[11] a obrigação de criar procedimentos que atendam aos direitos materiais e, por óbvio, aos direitos fundamentais reivindicados no processo.

Ora, se se reconhece a pertinência de regras próprias para disciplinar conflitos envolvendo, *v.g.*, direitos coletivos[12], não soará estranho que algo de próprio, específico se encontre no âmbito das mesmas. Bem ao contrário, a estranheza adviria exatamente da criação de procedimento "dito especial", regido em sua inteireza pelas normas (inclusive as que cuidam dos meios de impugnação das decisões, aí incluída a possibilidade de sustação de efeitos[13]) do modelo padrão.

E a especificidade, ocioso dizer, deverá atender a legítimas expectativas tanto do autor, quanto do réu[14]. Uma coisa, entretanto, é a explanação doutrinária. Outra, sua

[9] Referida lei disciplina o procedimento da ação popular, por meio de que qualquer cidadão pode pedir, dentre outras coisas, a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

[10] Ao propósito da relação entre normas processuais e regime político, confira-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. *Revista Jurídica*. n. 306, Porto Alegre, abr. 2003.

[11] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60-61.

[12] Expressão, aqui, a abranger os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

[13] Por exemplo, art. 12 da Lei 7.347/85, que cuida do procedimento especial da ação civil pública. É certo que o requerimento de suspensão não se aplica apenas no âmbito de referido procedimento. Realmente, já que é a natureza dos direitos em discussão que justifica, em última análise, sua previsão legal.

[14] No prefácio de suas valiosas *Instituições de Direito Processual Civil.* 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, vol. I, DINAMARCO confessa que o direito processual fora estudado longo tempo, inclusive por ele, a partir da ótica do autor, sem a "*corresponde preocupação pelos direitos do demandado"*. Mais adiante, aponta dispositivos legais que conferem, a seu juízo, privilégios inconstitucionais à Fazenda Pública, a saber: 1) prazos privilegiados 2) ciência dos atos judiciais mediante

concretização. Assim, o que acaba de ser dito não invalida judiciosa ponderação de MARINONI[15], segundo a qual "supor que o legislador sempre atende às tutelas prometidas pelo direito material e as necessidades sociais se constitui em ingenuidade inescusável." Diz isso porque, salvo melhor juízo, constituirá *ingenuidade inescusável* ainda maior vislumbrar o processo, em perspectiva unilateral, como instrumento predisposto pelo legislador a dar razão ao autor que, indiscutivelmente, sempre a tem.

Em suma, o particular poderá ou não[16] compatibilizar-se com a Constituição. Em si mesma considerada, a particularidade andará, porém, de mãos dadas com o conceito de ação ora exposto.

Notadamente quanto ao requerimento de suspensão[17], poder-se-ia dizer que a pessoa jurídica de direito público, na condição de ré, *v.g.* No bojo de ação civil pública, haveria de valer-se ou de agravo, ou de apelação, conforme a natureza da decisão proferida. Ditos recursos[18], sabe-se, permanecem à disposição, seja do autor, seja do réu para questionar o pronunciamento que lhes tenha sido desfavorável.

De início, a singularidade então reside em que apenas uma das partes pode utilizar-se do instituto. Ora, se a providência jurisdicional reclamada pelo autor for indeferida, não haverá o que suspender (decisão negativa) pelo que a previsão legal a respeito mostrar-se-ia inócua.

---

vista dos autos (art. 236 § 2.º) e não mediante publicação na imprensa, 3) honorários de sucumbência arbitrados em níveis inferiores 4) duplo grau de jurisdição obrigatório e 5) possibilidade de sustação de efeitos da sentença em ação rescisória, apenas por parte da Fazenda Pública. *Ob. cit*., p. 216-220. Ou seja, nem mesmo o autorizado crítico das prerrogativas legais da Fazenda Pública arrola, entre as supostamente inconstitucionais, a autorização legal para requerer-se ao Presidente do Tribunal a suspensão de decisões em análise no presente texto. Quanto ao prazo diferenciado, vide posição oposta *in* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O benefício da dilatação do prazo para a Fazenda Pública. *Revista Forense.* vol. 247. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um "renovado direito processual". *Bases Científicas para um Renovado Direito Processual Civil*. CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (ORGS). 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 132.

[16] Nessa hipótese, o princípio constitucional do devido processo legal prevalecerá sobre a especialidade.

[17] Na lição de DINAMARCO, o requerimento se constitui em incidente do processo, mais precisamente em exceção em sentido estrito. *In:* Suspensão do Mandado de Segurança pelo Presidente do Tribunal. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/site/. Acesso em: 25.06.2009. Em recente obra, colhe-se a seguinte passagem *"Bem examinado o tema, é correto dizer que o pedido de suspensão é um incidente que visa a tutelar interesse difuso"*. DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. vol. 3, p. 496.

[18] A respeito da distinção entre o objeto do agravo e o do requerimento de suspensão de liminar, confira-se artigo de autoria do eminente Ministro Luiz Fux, intitulado O novo microssistema legislativo das liminares contra o Poder Público. In*: Processo e Constituição Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. (Coords) *FUX*, Luiz; NERY JR., Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. Revista dos Tribunais, 2006. p. 834, item 6 e p. 835, item 9.

Se por esse prisma não se chega à inconstitucionalidade, poder-se-ia afirmar que a competência outorgada ao Presidente do Tribunal configuraria violação ao devido processo legal, já que o reexame[19] da decisão haveria de fazer-se pelo órgão colegiado. Dada a tendência do direito pátrio (benéfica ou não) em privilegiar os julgamentos monocráticos[20] no âmbito dos Tribunais, o princípio da colegialidade, como de resto todo e qualquer princípio, comporta temperamentos. Além disso, o princípio constitucional do juízo competente impõe apenas que a lei, elaborada segundo o devido processo legislativo, estabeleça a que órgão jurisdicional[21] deverá ser dirigido o questionamento da parte, quer se trate de recurso, quer se trate de outra medida hábil a afastar o prejuízo oriundo do cumprimento imediato da decisão. Haja vista a convivência de recurso (agravo de instrumento) da decisão, cujo julgamento competirá ao órgão colegiado[22], e do requerimento de suspensão ora versado, um e outro, insista-se, disciplinados em lei, mostra-se atendido o princípio do juízo competente. De mais a mais, da decisão monocrática da Presidência do respectivo Tribunal, caberá recurso (agravo) a órgão colegiado do Tribunal. Decisão, saliente-se, jurisdicional, pois, caso contrário, poder-se-ia questionar mesmo a previsão de sua recorribilidade.

Resta, por fim, examinar o emprego, por parte do legislador, de expressões de sentido indeterminado (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública).

Para não ir muito longe, o texto constitucional contempla no art. 102, § 3.º requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, intitulado repercussão geral[23]. Admitida a constitucionalidade material da norma (constitucional), outro tanto poderá ser dito quanto ao conteúdo da legislação infraconstitucional em análise.

[19] Por meio do requerimento de suspensão não se busca a reforma ou a invalidação da decisão, mas apenas tolher provisoriamente sua eficácia.
[20] Ver art. 557 caput e § 1.º-A do CPC.
[21] Sobre a natureza jurisdicional da decisão proferida no incidente, ver DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Ob. cit.*, p. 495. Do mesmo modo, ARAÚJO, José Henrique Mouta. Suspensões de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos: Um tema com variação interpretativa. *Revista Dialética de Direito Processual.* n. 58. São Paulo: Dialética, jan. 2008, p. 15.
[22] A decisão monocrática porventura proferida pelo Relator desafiará agravo, que será julgado pelo órgão colegiado (art. 557, § 1.º do CPC).
[23] Dispositivo regulamentado pela Lei 11.418/06 e emenda n.º 21 ao Regimento Interno do STF, datada de 03 de março de 2007.

No caso específico, não se nega que o texto legal confira ampla margem decisória na apreciação do requerimento (o que, registra-se, nem sempre beneficiará[24] o réu). Incidirá, contudo, em raciocínio contrário à Constituição, precisamente à promessa constitucional de tutela jurisdicional adequada, quem afirme que a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas não devam receber tratamento processual diferenciado.

Em suma, a previsão legal de suspensão de efeitos de liminar ora versada não viola o devido processo legal constitucionalmente assegurado.

Desde que, entretanto, seja observado o procedimento que se passa a expor.

3.2.Devido processo legal/necessária oitiva prévia da parte autora no processo

Em obediência ao princípio constitucional do contraditório, sustenta-se que a parte autora deve ser ouvida antes da decisão do requerimento de suspensão. Não bastasse, para que haja o deferimento de liminar em ação coletiva, impõe a lei prévia oitiva do representante da Fazenda Pública. Se para o exame da providência jurisdicional pleiteada exige-se a oitiva da parte ré, natural que se ouça a parte autora, antes de apreciar-se o requerimento de suspensão dos efeitos da decisão proferida. A exigência, claro fique, não impede que haja deferimento de decisão *inaudita altera parte*, segundo as peculiaridades do caso concreto[25].

Demonstradas, portanto, a constitucionalidade[26] do instituto e a sua tramitação segundo os ditames do devido processo legal.

---

[24] Basta pensar no chamado dano inverso, ou seja, nas situações em que o acolhimento do pedido formulado no requerimento de suspensão acarrete à coletividade dano maior do que aquele que se pretendeu afastar pela via do requerimento.

[25] Raciocínio válido também para o deferimento de liminar quando da propositura de ação civil pública.

[26] Sem prejuízo de exame mais detido sobre a constitucionalidade da previsão de requerimento de suspensão ao Tribunal Superior, após julgamento de agravo da decisão proferida no primeiro requerimento. O mesmo se diga quanto à eficácia, automática ou não, da decisão de suspensão (até o trânsito em julgado da decisão do processo em curso). Após afirmar que a suspensão ora versada é *"constitucionalmente esdrúxula"*, eminente jurista sustenta que o desenrolar do requerimento de suspensão, sob o crivo do contraditório, pode afastar a pecha de inconstitucionalidade. Com o mais absoluto respeito, todo procedimento jurisdicional que possa interferir na esfera jurídica dos interessados na decisão, desde que compatível com o texto constitucional, rege-se, deve reger-se, pela garantia constitucional do contraditório. Ou seja, o respeito ao contraditório, não transmuda, por si só, o "*procedimento esdrúxulo"* em constitucional. FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: suspensão da liminar. *Processo e Constituição Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.* (Coords) FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. São Paulo: Ed.:RT, 2006. p. 65 e ss.

4.Uso indiscrimando do requerimento de suspensão

A análise teórica que se acaba de empreender não afasta, contudo, objeção de ordem prática que se pode apresentar ao requerimento em tela: qual seja, o risco de sua utilização indiscriminada pelo Poder Público. Pois bem. Sustentar a constitucionalidade do instituto não corresponde, em absoluto, a defender sua banalização.

Vale lembrar a sempre judiciosa e contundente lição de CALMON DE PASSOS[27] a respeito das críticas então dirigidas ao procedimento ordinário:

> As distorções que ocorrem na prática não podem ser debitadas à disciplina do procedimento ordinário. Não é ele quem prepara mal os profissionais nas Faculdades de Direito, que os disciplina para inglês ver no exercício de suas profissões, que escancara as cancelas da Ordem, das Procuradorias e dos cargos de magistrado a todos os candidatos ao Jardim de Infância do Direito. Não é no Decálogo que está o pecado dos homens ...
> Ou seja, do mesmo modo que em relação ao procedimento ordinário, não será o uso que se faça do denominado requerimento de suspensão que levará a concluir pela sua incompatibilidade com o devido processo legal.
> Sob outra perspectiva, somente o acolhimento, por parte do Poder Judiciário, das teses desenvolvidas nos requerimentos ensejará, estimulará, justificará, do ponto de vista prático, sua utilização.
> Nesse enfoque, não parece desarrazoado sustentar que o êxito pode ser usado como argumento exatamente para afastar o abuso (suposto) em destaque.

5.Ainda sobre o (suposto) uso indiscriminado(via de mão dupla)

Nenhum tema relacionado a processo comporta exame unilateral. Ou seja, o caráter dúplice do direito de ação, enfatizado no início do texto, irradia consequências na análise dos demais institutos processuais.

Pois bem. O acesso incondicionado à jurisdição se constitui em garantia constitucional (art. 5.º, XXXV). Garantia síntese, na expressiva definição de DINAMARCO.[28]

Não representa novidade alguma afirmar que as ações nas quais se pleiteiam direitos que interessam direta ou indiretamente à coletividade como um todo, tais como as que envolvem o direito à vida, representam percentual cada vez maior do rol de casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

[27] *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. III, p. 17.
[28] *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 12.

As doutrinas do chamado dano inverso, do efeito multiplicador e, sobretudo, da reserva do possível reforçam o que se acaba de dizer. Pense-se, por exemplo, nas ações propostas para exigir fornecimento (individual ou coletivo) de medicamento. Haverá abuso no exercício do direito de ação, caso o ajuizamento esteja voltado para recebimento de medicamento cuja eficácia não tenha ainda sido reconhecida pelos órgãos oficiais competentes, muitas vezes de alto custo, sem que antes tenham sido testadas as alternativas de tratamento disponíveis na rede pública? Ou, na exigência jurisdicional de medicamento, disponível na rede pública, sem que tenha havido prévia solicitação na via administrativa? A resposta a tais questionamentos será dada a partir de recentes decisões jurisdicionais do egrégio Tribunal de justiça de Minas Gerais. Eis a primeira ementa:

> TRATAMENTO MÉDICO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AUSÊNCIA DA PROVA INEQUÍVOCA - ATESTADO FIRMADO POR UM ÚNICO MÉDICO - IMPOSSIBILIDADE DE SUA ACEITAÇÃO SE CONTRAPOSTO A FUNDADAS RAZÕES FORNECIDAS POR SERVIÇO MÉDICO OFICIAL. Não se pode aceitar que atestado/relatório de um só médico - com motivação insuficiente e/ou inadequada e sem comprovação em exames cientificamente aceitáveis - possa ser contraposto às razões da Administração para efeito de autorização de tratamento não indicado pela ANVISA em detrimento daqueles disponibilizados pelo SUS. Em recentíssima decisão (setembro/2009) o Colendo STF examinou a questão da saúde, já com fundamento nos subsídios retirados da audiência pública, tendo o Ministro Gilmar Mendes salientado que "obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, "de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada". Dessa forma, ele considerou que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, "sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente". (ver STF - Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175 e 178 formuladas, respectivamente, pela União e pelo município de Fortaleza; ver, ainda STA 244, do Estado do Paraná - Relator Ministro Gilmar Mendes). Número do processo: 1.0707.09.189781-9/001(1) Numeração Única: 1897819-48.2009.8.13.0707, Relator: Wander Marotta, j 15.12.2009, DJ 29.01.2010.

Pede-se licença para transcrever parte do voto do relator, que bem espelha a complexidade[29] da matéria, tanto que passível de ser examinada, considerado o caso concreto, em requerimento de suspensão, tal como constou da ementa supracitada:

[29] ARAÚJO, José Henrique Mouta. Suspensões de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos: Um tema com variação interpretativa. *Revista Dialética de Direito ProcessuaL*. n. 58. São Paulo: Dialética. jan. 2008, p 17 e ss.

> Não se questiona a obrigação do Estado em assegurar assistência à saúde do cidadão, mas tal garantia não implica a prevalência da vontade deste em relação às possibilidades e limitações próprias à Administração. Não há direito absoluto e, em razão da supremacia do interesse coletivo, bem como dos princípios previstos no art. 37 da CF, conclui-se que ao administrador cabe gerir com probidade os recursos públicos, motivo pelo qual, diante da necessidade de patrocinar um tratamento, deverá fazê-lo ao menor custo possível.
> Dito isto, a concessão de um tratamento pela via do Judiciário - e que sequer foi aprovado pela ANVISA - só se justificaria se cabalmente demonstrada a indispensabilidade do tratamento indicado pelo SUS, o que não é o caso, pois o Estado informa haver alternativas terapêuticas ao tratamento experimental prescrito pelo médico.

O tema ora versado adquire mesmo conotação de ordem política, conforme se infere das palavras do eminente Presidente do colendo Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, com as quais dera início à audiência pública referida na ementa ora citada e que resultou no entendimento já prestigiado pelo egrégio TJMG. Naquela oportunidade, afirmou-se que:

> O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.
> Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema[30].

Feita essa breve digressão, veja-se, quanto à segunda indagação, o posicionamento do eminente constitucionalista, Desembargador Kildare Carvalho Gonçalves:

> MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - REGULAR DISPONIBILIZAÇÃO - INTERESSE DE AGIR - AUSÊNCIA. Deve ser denegada a segurança relativamente aos medicamentos buscados por meio do mandado de segurança que, entretanto, são regularmente disponibilizados e fornecidos pelo Estado. Acolhida a preliminar, denega-se a segurança. Número do processo: 1.0000.09.493322-3/000(1) Numeração Única: 4933223-96.2009.8.13.0000, Rel. Kildare Carvalho, j. 07.10.2009, DJ 20.11.2009[31].

[30] http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf. Acesso em: 12.02.2010.
[31] Decisão proferida por maioria.

Do teor das decisões - improcedência do pedido (primeiro caso), extinção do processo sem resolução de mérito (segundo caso) - depreende-se que tais demandas nem de longe configuram abuso de direito de ação. Sustentar o contrário equivaleria a conferir interpretação restritiva à garantia fundamental de acesso à jurisdição.

Não se pretende aqui analisar o acerto das decisões.

Apenas se registra que o direito incondicionado de movimentar a jurisdição existe, quer tenha razão, quer não, o autor.

Daí a relevância da especialidade procedimental defendida no texto, sob a ótica do caráter dúplice do direito de ação.

Dessa maneira, do mesmo modo que não será por meio de ilegítima restrição ao exercício do direito de ação que se irá resolver a abusiva (suposta) propositura de ações, não será também por intermédio de ilegítima restrição ao direito de ampla defesa que se irá combater a (hipoteticamente) indiscriminada utilização do requerimento de suspensão de efeitos de liminar.

6.Conclusões

A promessa constitucional de acesso à jurisdição convive com formas diferenciadas de procedimento.

Em respeito ao caráter bilateral do *due process of law*, as diferenciações procedimentais levadas a cabo pelo Legislador, aí incluídas as relacionadas ao exercício do direito de defesa, deverão atender as legítimas expectativas do autor e do réu.

Sob essa perspectiva dúplice, deve considerar-se o requerimento objeto de análise no estudo como particular previsão normativa, por meio de que se pode obter a sustação de efeitos de específicos pronunciamentos jurisdicionais, via Presidência do Tribunal.

Nada obstante tratar-se de instituto peculiar, a legitimidade das decisões proferidas nos pleitos de suspensão de efeitos de liminar, como, de resto, em todo e qualquer processo, fica, de ordinário, condicionada à prévia oportunidade de manifestação dos interessados na decisão.

A destinação prática - por hipótese - conferida ao requerimento em evidência não pode ser o único, nem o principal parâmetro para que se avalie sua compatibilidade com o sistema jurídico em que inserto.

O princípio constitucional do devido processo legal é avesso à interpretação restritiva quanto ao exercício dos direitos de defesa e de ação, respectivamente.

No Estado Democrático de Direito brasileiro atual, o réu, não menos que o autor, faz jus à tutela jurisdicional adequada.

Dessa maneira, chega-se à conclusão de que o requerimento de suspensão de efeitos de liminar, a partir da interpretação que se desenvolveu no escrito, apresenta-se compatível com a garantia maior - devido processo legal - disposta no Texto Constitucional pátrio.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Suspensões de decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos: Um tema com variação interpretativa. *Revista Dialética de Direito Processual.* n. 58. São Paulo: Dialética, jan. 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. *Revista Jurídica*. n. 306, Porto Alegre, abr. 2003.

_____. O benefício da dilatação do prazo para a Fazenda Pública. *Revista Forense.* vol. 247. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

CALMON DE PASSOS. José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. III

DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, vol. I,

_____. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseler, 2006.

FAVRETO, Rogério; GOMES JR., Luiz Manoel. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. *Revista de Processo.* vol. 176. São Paulo: Ed. RT, out. 2009.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: suspensão da liminar. *Processo e Constituição Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.* (Coords) FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. São Paulo: Ed.:RT, 2006.

FUX, Luiz. O novo microssistema legislativo das liminares contra o Poder Público. In*: Processo e Constituição Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.* (Coords) *FUX*, Luiz; NERY JR., Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. Revista dos Tribunais, 2006.

MANCUSO, Rodolfo Carmargo de. O poder público em juízo. *Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. (Coord.) SANTOS, Ernani Fidelis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR, Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um "renovado direito processual". *Bases Científicas para um Renovado Direito Processual Civil*. CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (ORGS). 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NOTAS SOBRE O *MODUS OPERANDI* DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA PARA A AFERIÇÃO DAS VIOLAÇÕES DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS

Leonardo Faria Schenk

Doutor e mestre em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de direito processual civil do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE/RJ), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), e dos cursos de pós-graduação das Universidades Cândido Mendes (UCAM) e Estácio de Sá (UNESA). Advogado.

Resumo: O texto aborda o *modus operandi* das Cortes Europeia e Interamericana de proteção dos direitos humanos e a definição jurisprudencial dos critérios delimitadores dos contornos concretos do direito à razoável duração dos processos, oferecendo substrato para a adequada identificação das violações reclamadas no âmbito interno.

Palavras-chave: Duração razoável dos processos - Cortes Internacionais de proteção dos direitos humanos - Critérios jurisprudenciais para a identificação das violações.

Abstract: The text discusses the *modus operandi* of European and Inter-American Courts for protection of human rights and the definition of the criteria delimiting the right to reasonable duration of proceedings, offering support for the proper identification of violations claimed in the internal ambit.

1- Introdução

A identificação dos critérios cunhados na jurisprudência das Cortes Internacionais de proteção dos direitos humanos para a aferição das violações do direito a um processo sem dilações indevidas, ou em prazo razoável, seguida da reafirmação do

iter por elas observado para a aplicação dessas balizas aos casos concretos, confirma, entre nós, a adequação e a atualidade da advertência, nem sempre observada, no sentido de que as técnicas utilizadas na busca de aceleração do resultado dos processos judiciais não podem desprezar as pausas impostas pela plena observância das garantias fundamentais do processo justo.[1]

O presente estudo pretende reforçar a importância desses critérios para a correta identificação e adequada reparação, no âmbito interno, dos danos causados às partes pela excessiva duração dos processos judiciais.[2]

2- Os critérios comuns e facultativos da Corte Europeia de Direitos do Homem

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada no Conselho da Europa em 1950 e alterada, posteriormente, por diversos protocolos para a ampliação dos direitos, constitui, como é sabido, verdadeira referência na evolução do direito internacional, influenciando não apenas a Europa, mas os diversos países preocupados com a proteção dos direitos humanos.

Essa Convenção, enquanto tratado internacional, tem como característica peculiar a previsão de um mecanismo autônomo de proteção dos direitos e das

[1] Para Barbosa Moreira, "foi sempre clara, ao longo dos séculos, a noção de que a simplicidade do procedimento, em linha de princípio, varia na razão inversa da extensão das garantias. Quanto mais forte o intuito de assegurar aos litigantes o gozo de certos direitos, tanto mais premente a necessidade de abrir-lhe o ensejo de manifestar-se, de participar da atividade processual, de fiscalizar-lhe a regularidade; e correlatamente a de fazer respeitar, no itinerário do feito, linhas rigorosas e solenes. A diminuição da complexidade muita vez impõe que se tratem determinados problemas com menor delicadeza, que se despreze tal ou qual exigência da etiqueta. Para ficarmos num exemplo importante, a compressão do contraditório é frequentemente condição *sine qua non* da viabilidade de projetos simplificadores. Ora, quando, num mesmo momento histórico, o legislador se empenha em dar igual ênfase à preservação das garantias e à simplificação do procedimento, assume o risco de fazer brotar, no espírito de algum observador desprevenido, a suspeita de estar querendo acender simultaneamente uma vela a Deus e outra a Satanás [...]". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: **Temas de direito processual**, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 49-50

Em outro estudo, afirma Barbosa Moreira que ninguém alimenta a ilusória esperança de que se logre construir mecanismos de aplicabilidade geral, capazes de reduzir a uma fração temporal mínima a duração crônica dos processos cíveis. E mesmo que fosse possível, o prodígio logo passaria a efêmero. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: **Temas de direito processual**, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89.

[2] Não custa lembrar que a Emenda nº 45/2004 inseriu no conjunto de promessas solenes do art. 5º da Constituição da República o direito fundamental à razoável duração dos processos, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII).

liberdades previstos no texto, por meio de um órgão jurisdicional que controla a sua aplicação, chamado de Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH).

Seu artigo 6º, I, impõe aos países membros do Conselho da Europa um verdadeiro dever de resultado no que diz respeito a assegurar justiça em prazo razoável.[3]

A proclamação constitui o marco a partir do qual, para Cruz e Tucci, o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas) à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas com estrita observância das normas de direito positivo.[4]

Integra a mentalidade da Corte Europeia a convicção de que a Convenção tem por finalidade proteger direitos não teóricos ou ilusórios, mas, sobretudo, concretos e efetivos.[5]

Na visão da Corte, o direito genérico à Justiça, proclamado no artigo 6º, I, da Convenção, é tido como um direito de capital importância para as sociedades democráticas,[6] por seu sentido e objeto,[7] merecendo interpretação ampliativa e sempre orientada por uma perspectiva material (e não apenas formal).

Em síntese, a Justiça não deve ser administrada com retardos suscetíveis de comprometer sua eficácia e credibilidade.[8]

---

[3] "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]" Texto integral da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais em português disponível em: http://www.echr.coe.int. Acesso em: 23 abr. 2013.

[4] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 67. No mesmo sentido, em data recente: Id. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, ano 36, n. 192, fev. 2011. p. 198.

[5] Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH). Caso *Imbrioscia*, de 24 nov. 1993. Os julgados citados estão disponíveis em: http://www.echr.coe.int. Acesso em: 23 abr. 2013.

[6] "El lugar preeminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática conduce al Tribunal a optar por una concepción material y no formal." Caso *Deweer*, de 27 fev. 1980.

[7] "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*, de 17 jan. 1970.

[8] Caso *Vernillo*, de 20 fev. 1991.

Essa ideia, extraída das reiteradas decisões da Corte, consagra o *princípio geral da boa administração da Justiça*.[9]

A Corte Europeia refere-se, a todo o momento em sua vasta jurisprudência, aos retardos que podem comprometer a eficácia e a credibilidade da Justiça. Os problemas estão ligados às chamadas dilações indevidas. A maior dificuldade nesse assunto está, como de resto é sabido, em identificar essas dilações com um mínimo de objetividade.

A tarefa passa, necessariamente, pela delimitação dos contornos do direito a um processo em prazo razoável, sobretudo para evitar que a arbitrariedade se instale no espaço deixado pela imprecisão terminológica natural aos conceitos jurídicos indeterminados, com suas variações no tempo e no espaço.[10]

E a apuração sempre se dá com a aplicação de critérios firmados pela jurisprudência da Corte Europeia aos casos concretos submetidos à sua jurisdição.

Não há, assim, dilação processual indevida em tese, tampouco presumida.

Os critérios são divididos em duas classes: os *comuns* e os *facultativos*. Na primeira classe a Corte avalia a complexidade do assunto, o comportamento dos interessados e a atuação das autoridades. Ao lado deles, e facultativamente, a Corte avalia, conforme o caso concreto, o período envolvido, a importância do litígio para o interessado e o contexto em que se desenrolaram as atuações processuais.

A complexidade do assunto pode derivar tanto dos fatos quanto do direito a ser aplicado à espécie.[11] No geral, segundo a jurisprudência da Corte, a complexidade da questão debatida, embora relevante para a aferição da reclamada violação do direito à razoável duração do processo, não tem sido aceita como causa justificadora da demora,[12] uma vez que aos Estados não é permitido apor uma ressalva, em seu favor, no princípio geral da boa administração da justiça.

O comportamento da parte que alega ter sido vítima da violação ao conteúdo essencial do direito à razoável duração dos processos constitui o segundo elemento a ser

[9] Sobre o tema, cf.: BIDART, Adolfo Gelsi. Del tiempo procesal y su manejo. Revista de Processo, São Paulo, ano 24, n. 93. p. 191-196, jan./mar. 1999; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto). Revista de Processo, São Paulo, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun.1998.

[10] Caso *Handsyde*, de 7 dez. 1976.

[11] Caso *Borgese*, de 26 fev. 1991, dentre outros.

[12] Casos *Scuderi*, de 24 ago. 1993; *Massa*, de 24 ago. 1993, dentre outros.

analisado em cada hipótese concreta.[13] A Corte costuma considerar, no ponto, que a conduta do recorrente é um elemento objetivo, não imputável ao Estado demandado,[14] e que, embora importante para a correta determinação do excesso ou não de prazo no julgamento, acaba sendo irrelevante, também na maioria dos casos, para as dilações produzidas no curso do processo.

A adoção de quaisquer atitudes pelo jurisdicionado não é vista, de plano, como um fator negativo de ponderação na valoração do seu comportamento,[15] desde que, evitando abusos, essas ações estejam justificadas pelas suas finalidades e não ostentem nítido caráter obstrucionista da marcha do feito ou objetivamente dilatório, hipóteses em que o período de tempo delas resultante será imputado direta e exclusivamente ao recorrente, e não ao Estado.[16]

A Corte Europeia deixa claro, em sua jurisprudência, que a responsabilidade última de assegurar o respeito ao conteúdo essencial do direito a um processo em prazo razoável cabe sempre ao Estado, não apenas quando o impulso processual compete legalmente aos poderes públicos, como também quando a iniciativa é atribuída pelas normas processuais às partes.[17]

Quanto ao comportamento das autoridades[18], terceiro critério de objetivação, o fio condutor da Corte Europeia é, justamente, o princípio geral da boa administração da justiça. Com apoio nessa premissa, sua jurisprudência entende que o artigo 6º, I, da Convenção, obriga os Estados membros a organizar o sistema judicial de modo que órgãos jurisdicionais possam cumprir cada uma das exigências dela emanadas,[19] obrigando diretamente os juízes e tribunais e, indiretamente, o próprio Estado.

No ponto, a Corte considera a existência de uma dupla dimensão do direito ao processo em prazo razoável: uma *global*, que toma em consideração a duração total do processo; e outra *pontual*, contemplando especificamente os tempos mortos ou de paralisação do procedimento e que, por si sós, podem conduzir à conclusão pela

[13] RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas.* Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. p. 84-86.

[14] Caso *Wiesinger*, de 30 out. 1991.

[15] Caso *Yagci e Sargin*, de 8 jun. 1995, dentre outros.

[16] Caso *Eckle*, de 15 jul. 1982.

[17] Casos *Neumeister*, de 27 jun. 1968; Scopelliti, de 23 nov. 1993, dentre outros.

[18] GARCIA PONS, Enrique. *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. p. 147.

[19] Caso *Nibbio*, de 26 fev. 1992, dentre outros.

existência de violação do direito. Entre as dilações imputáveis ao Estado em cada caso concreto, a Corte tem levado em consideração tanto as dilações derivadas da estrutura e organização dos órgãos jurisdicionais e demais poderes públicos, quanto as decorrentes do deficiente funcionamento processual dos juízos e tribunais.[20]

Também os chamados critérios facultativos merecem atenção. O período a considerar, segundo a jurisprudência da Corte Europeia, apresenta, de um lado, uma dimensão temporal objetiva, sempre presente nos julgamentos que envolvem a violação do direito a um processo sem dilações indevidas, e, de outro, uma situação controvertida em sua própria extensão, atraindo sobre si uma análise específica.

A importância do litígio para o recorrente constitui o mais importante dos elementos facultativos de objetivação do direito a um processo sem dilações indevidas.[21] A questão é tratada pela Corte Europeia por uma dupla perspectiva.

De um lado, são levadas em consideração, por exemplo, as circunstâncias específicas do interessado no contexto que envolve o caso concreto; a relevância dos fatos para um grande número de pessoas ou o elevado volume de capital envolvido; a adoção de medidas urgentes, além da iminência de falecimento do jurisdicionado.[22] Por outro, a jurisprudência considera o conteúdo material debatido no processo, entendendo que a importância do litígio é maior ou menor para o interessado conforme o tema debatido, dividindo-o em quatro classes: i) penal, ii) sobre o estado e a capacidade das pessoas, iii) trabalho e seguridade social e iv) todos os não incluídos nas hipóteses anteriores.[23]

A conjugação dessas duas classes de critérios revela o *modus operandi* habitual da jurisprudência da Corte Europeia nas hipóteses concretas em que a discussão gravita em torno de uma possível violação do artigo 6º, I, da Convenção, que a todos assegura, como visto, o direito à razoável duração dos processos.

Assim, sempre que chamada a analisar e decidir sobre uma possível violação, primeiro a Corte Europeia observa o período a considerar. Não havendo sinalização clara de que o tempo despendido no caso concreto tenha transbordado dos limites

[20] Casos *Viezzer*, de 19 fev. 1992; *Buchholz*, de 6 mai. 1981; e *König*, de 28 jun. 1978, dentre outros.

[21] RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. p. 80-84.

[22] Caso X contra a França, de 31 mar. 1992.

[23] GARCIA PONS, Enrique. *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. p. 163 et seq.

admitidos na jurisprudência como razoáveis, a análise fica desde logo prejudicada. Havendo sinais de abuso temporal, sinais de uma excessiva duração, a Corte avalia a complexidade do assunto, passando pelo comportamento do recorrente e ainda pelo comportamento das autoridades públicas envolvidas. O objetivo é aferir se há uma justificativa plausível para a demora. A importância do litígio para o recorrente também pode ser objeto de análise, nesse momento, conforme o tema debatido. Findas essas etapas, a Corte Europeia se pronuncia sobre a existência ou não de violação ao direito a um processo em prazo razoável. Reconhecida a violação, é chegado, enfim, o momento de decidir o pedido formulado pelo recorrente, geralmente consistente em uma reparação pecuniária pelos danos patrimoniais e abalos morais decorrentes da demora. [24]

No particular, a Corte pacificou a utilização de critérios e valores para a reparação dos danos causados ao recorrente em virtude da comprovada violação do direito a um julgamento sem dilações indevidas.[25] Aqui, duas categorias autônomas de dano são consideradas para fins de indenização: o dano patrimonial (*pecuniary damage*), com padrões próprios e consolidados de aferição; e o dano moral (*non-pecuniary damage*), fruto da ansiedade, incerteza e inconveniência que, em regra, acompanham o retardo indevido na solução dos conflitos.[26]

Somados, esses critérios oferecem um referencial para a identificação do conteúdo do direito a um processo em prazo razoável, não chegando a determiná-lo, até mesmo porque essa delimitação se revela impossível, em razão das dificuldades inerentes à realidade, que não se deixa aprisionar em quadros teóricos.

3- A adoção dos critérios pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Nas Américas, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, em homenagem à

[24] Cf., sobre o tema: GARCIA PONS, Enrique. *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. p. 136.

[25] Casos *Riccardi Pizzati* contra a Itália; *Giuseppe Mostacciuolo* contra a Itália; e *Apicella* contra a Itália, todos de 10 nov. 2004. Sobre o procedimento indenizatório no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cf.: SANCHÉZ, Manuel J. Silva; ÁLAMO, Juan Amenos. *Procedimiento indemnizatorio en casos de dilaciones indebidas*. Disponível em http://noticias.juridicas.com/articulos. Acesso em: 27 abr. 2013.

[26] A fixação do valor da indenização para os danos não patrimoniais segue um critério diferenciado, tendo como valor-base razoável, para cálculo, a importância que varia entre 1.000 e 1.500 Euros por ano de duração do processo e não pelo período específico do retardo indevido.

cidade de sua conclusão e assinatura, foi a responsável pela institucionalização da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, mecanismos também concretos de proteção dos direitos humanos no continente.[27]

Em seu texto se encontra a expressa previsão do direito a um julgamento em prazo razoável, arrolado no art. 8º entre as Garantias Judiciais.[28]

A cláusula do julgamento em prazo razoável, diferentemente do que se pode pensar, não consta dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos apenas como um enunciado normativo que atribui a todos os indivíduos, de modo abstrato, um dado direito.

A rigor a cláusula possui dupla feição: a primeira, *abstrata*, assecuratória do direito humano a um julgamento sem dilações indevidas, encontrada a partir da conjugação do teor do artigo 8º com as disposições do artigo 25 da própria Convenção Americana;[29] e a segunda, *concreta*, identificada na regra específica que permite o acesso direto à esfera de proteção internacional, suplantando a exigência do prévio esgotamento dos recursos internos, sempre que houver um retardo injustificado, por

[27] Sobre a estrutura e organização da Comissão e da Corte, cf.: TAVARES, Francisco de A. Maciel; COUTINHO NETO, Alfredo de S. (org.). *Direito Internacional – estrutura normativa internacional. Tratados e Convenções*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 383-393. Dos 35 Estados que conformam a OEA, 21 reconheceram a competência contenciosa da Corte. Esses Estados são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela. A promulgação no Brasil se deu por meio do Decreto nº 678, de 6 nov. 1992, publicado no DOU em 9 de novembro de 1992. Em 6 de setembro de 2012 a Venezuela denunciou a Convenção. Segundo Comunicado de Imprensa da Organização dos Estados Americanos, de 12 de setembro de 2012, a denúncia apenas entrará em vigor no prazo de um ano a contar da sua manifestação.

[28] "I – Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." BRASIL, Legislação de direito internacional. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 422.

[29] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Cinco Pensionistas contra o Peru, sentença de 28 fev. 2003. p. 58. Julgados disponíveis em: http://www.corteidh.or.cr. Acesso em: 22 abr. 2013. Para maiores informações, cf. voto separado de Cançado Trindade no Caso do Massacre de Pueblo Bello contra a Colômbia, sentença de 31 jan. 2006, abordando, em sequência lógica, o amplo alcance do dever geral de garantia (artigo 1.1 da Convenção Americana) e as obrigações *erga omnes* de proteção, a gênese, ontologia e hermenêutica dos artigos 25 e 8º da Convenção, a irrelevância da alegação de dificuldades de direito interno, o direito a um recurso efetivo na construção jurisprudencial da Corte Interamericana; e, ainda, a indissociabilidade entre o acesso à justiça (direito a um recurso efetivo) e as garantias do devido processo legal (artigos 25 e 8º da Convenção Americana), para concluir que tal indissociabilidade, consagrada na jurisprudência constante da Corte até o presente, constitui um patrimônio jurídico do sistema interamericano de proteção e dos povos de região, opondo-se, ao final, firmemente, a qualquer tentativa de desconstruí-lo.

parte do Estado, em oferecer ao interessado uma resposta jurisdicional efetiva, na forma do artigo 46.2, letra "c" da Convenção.

Assim é que, havendo demora injustificada por parte do Estado em oferecer efetiva resposta à alegada violação dos direitos consagrados na Convenção, poderá o prejudicado reclamar proteção diretamente à Comissão Interamericana, que fará o juízo de admissibilidade da petição, afastando, se for o caso, a exigência de prévio esgotamento dos recursos internos,[30] para, na sequência, encaminhar o processo à apreciação da Corte.[31]

Nesse contexto, é papel da Corte Interamericana, reafirmado no julgamento do caso Ximenes Lopes contra o Brasil, de 4 de julho de 2006, analisar se os procedimentos internos dos Estados membros foram desenvolvidos com respeito às garantias judiciais, em um prazo razoável, e se ofereceram um recurso efetivo para assegurar os direitos de acesso à Justiça, de conhecimento da verdade dos fatos e de reparação aos familiares.[32]

Essa afirmação é uma constante na jurisprudência da Corte, porquanto sua competência, nos termos da Convenção, não envolve a substituição da jurisdição interna dos Estados membros, para estabelecer as modalidades específicas de investigação e julgamento de um caso concreto com vistas a obter um resultado melhor ou mais eficaz, mas apenas constatar se, nos passos efetivamente dados no âmbito interno, foram ou não violadas as obrigações internacionais.[33]

---

[30] Sobre o tema, cf.: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional* [Versão resumida de Obra Agraciada com o Prêmio Yorke, Outorgado pela Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Inglaterra, em 1979]. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, passim. Cf., também: RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudos da implementação dessas decisões no direito brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 420 et seq.

[31] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos compõem a estrutura de proteção prevista pela Convenção, com estrutura e competências distintas, arroladas, respectivamente, nos seus artigos 34 a 51, e artigos 52 a 69. O funcionamento desses órgãos, com detalhes sobre as questões processuais, encontra ainda previsão no Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela Corte no LXXXV período ordinário de sessões, realizado entre os dias 16 e 28 de novembro de 2009, e em vigor desde 1º de janeiro de 2010. O regulamento está disponível em: http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm. Acesso em: 23 abr. 2013.

[32] Caso Ximenes Lopes, de 4 jul. 2006.

[33] Caso Nogueira de Carvalho e outro contra o Brasil, de 28 nov.2006. Cf.: OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 173. jul. 2009. p. 193-195.

A Corte considera, no particular, como princípio básico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos quanto às violações dos direitos consagrados na Convenção.[34]

Considera, ainda, que, de acordo com a Convenção Americana, os Estados estão obrigados a proporcionar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações dos direitos humanos (artigo 25), os quais devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8.1), tudo compreendido na obrigação geral, a cargo dos próprios Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1).[35]

Interessante notar que a reafirmação dos critérios da jurisprudência da Corte exerce papel relevante na indicação de parâmetros para que os órgãos internos dos Estados desempenhem o denominado *controle de convencionalidade* no âmbito das suas respectivas competências.

Sobre o tema, como afirmado no Relatório Anual de 2012, "as autoridades nacionais estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Quando um Estado é Parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos os seus juízes, também estão submetidos a ele, o que lhes obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam empobrecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim".[36]

No entendimento da Corte Interamericana, cabe aos juízes e aos demais órgãos vinculados à administração da Justiça, em todos os níveis, a obrigação de exercer, ainda que de ofício, o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, observadas a competência e as regulações processuais internas correspondentes. E, ao fazê-lo, devem ser tomados em consideração tanto o texto do tratado internacional em si quanto a interpretação que dele é feita pela Corte, sua intérprete última.

[34] Casos Baldeón García, de 6 abr. 2006; Massacre de Pueblo Bello, 31 jan. 2006; e Massacre de Mapiripán, de 15 set. 2005.

[35] Cf., também aqui: Casos Baldeón García, de 6 abr. 2006; Massacre de Pueblo Bello, de 31 jan. 2006.

[36] Relatório Anual 2012, elaborado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 67. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2012/ portugues.pdf. Acesso em: 30 abr. 2013.

O objetivo da Corte é estabelecer, com isso, um mecanismo dinâmico e complementar de controle das obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir direitos humanos tanto por meio das autoridades internas (primariamente obrigadas) quanto por intermédio das instâncias internacionais (de forma complementar), fazendo com que os critérios de decisão possam ser conformados e adequados entre si.

Nesse contexto, para a sua jurisprudência, o artigo 8º da Convenção assegura, como um dos elementos do devido processo legal, a obrigação de os Tribunais decidirem os casos submetidos ao seu conhecimento em prazo razoável, apreciado em relação com a duração total do processo.[37]

Especificamente no Caso Ximenes Lopes, a Corte levou em consideração, para aferir a razoabilidade do prazo de duração dos processos internos, os critérios (a) da complexidade do assunto; (b) da atividade processual do interessado; e (c) da conduta das autoridades judiciais brasileiras, revelando uma aproximação com a Corte Europeia quanto ao *modus operandi*.[38]

Na hipótese, e tendo tais critérios em conta, a Corte Interamericana considerou, em sua decisão, que o prazo em que se desenvolveu o procedimento penal não foi razoável, uma vez que, após mais de seis anos, ou 75 meses de iniciado, ainda não se havia proferido sentença de primeira instância e tampouco foram apresentadas razões que pudessem justificar a demora. Considerou, portanto, que esse período excedeu em muito aquele a que se refere o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana, constituindo uma violação ao devido processo.[39]

Assim, pelas comprovadas violações aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, bem como pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal,

[37] No mesmo sentido: Casos Baldeón García, de 6 abr. 2006; García Asto e Ramírez Rojas, de 25 nov. 2005; Gómez Palomino, de 22 nov. 2005.

[38] Cf., uma vez mais: Casos Baldeón García, de 6 abr. 2006; Massacre de Pueblo Bello, 31 jan. 2006; López Álvarez. de 1º fev. 2006. Reafirmando a identidade entre os critérios, cf.: OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 173. jul. 2009. p. 195.

[39] No mesmo sentido: Casos Baldeón García, de 6 abr. 2006; García Asto e Ramírez Rojas, de 25 nov. 2005; Gómez Palomino, de 22 nov. 2005.

todos previstos na Convenção, a Corte condenou o Estado brasileiro a indenizar os familiares do Sr. Damião Ximenes Lopes em quantia equivalente a 148 mil dólares.[40]

Na hipótese envolvendo os desaparecidos forçados da Guerrilha do Araguaia, a Corte Interamericana salientou, ao sentenciar o caso Gomes Lund, em 24 de novembro de 2010, novamente contra o Brasil, que o direito de acesso à Justiça deve assegurar às supostas vítimas ou aos seus familiares, em um prazo razoável, o emprego dos meios necessários para o conhecimento da verdade sobre o fato ocorrido e, se for o caso, para a aplicação de sanção aos responsáveis.[41]

Dessa forma, a falta de razoabilidade no prazo de duração de um processo judicial constitui, em princípio e por ela mesma, uma violação das garantias judiciais previstas na Convenção.

Ao analisar a hipótese concreta, a Corte considerou quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo de duração dos processos: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciais, e d) a afetação provocada na situação jurídica da pessoa implicada no processo, comprovando, novamente, a aproximação com o método da Corte Europeia.[42]

A conclusão, após longo arrazoado, foi no sentido de que o Brasil é responsável, a despeito da afirmação em sentido contrário pelo Supremo Tribunal Federal, pelo desaparecimento forçado das pessoas indicadas naqueles autos, e, assim, responsável também pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, bem como dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1, todos da Convenção Americana, devendo arcar com a condenação ao pagamento de elevadas quantias, a título indenizatório, e adotar um grande número de medidas destinadas a minimizar, ao menos, os sofrimentos ainda causados por essas feridas históricas.

No recente julgamento do caso Fornerón e filha contra a Argentina, sentença de 27 de abril de 2012, a Corte reafirmou que "os procedimentos administrativos e judiciais relativos à proteção dos direitos humanos de pessoas menores de idade, particularmente aqueles processos judiciais relacionados com a adoção, a guarda e a

[40] O pagamento foi efetuado em 16 ago. 2007, segundo notícia da Agência Brasil. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br. Acesso em: 23 abr. 2013.

[41] Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), de 24 nov. 2010.

[42] Casos Hilaire, Constantine e Benjamin, de 21 jun. 2002; Valle Jaramillo e Outros, de 27 nov. 2008.

custódia de crianças que se encontram em sua primeira infância, devem ser tratados com diligência e celeridade excepcionais por parte das autoridades".[43]

Desse julgamento resulta a orientação firme da Corte Interamericana no sentido de que a observância das disposições legais e a diligência nos processos judiciais configuram elementos primordiais para a proteção do interesse superior da criança, princípio este que não poderá ser invocado pelos Estados membros para, em perspectiva oposta, justificar os eventuais erros e a sempre nociva demora no processamento interno do feitos.

No caso Furlan e familiares contra a Argentina, sentenciado em 31 de agosto de 2012, a Corte reconheceu, uma vez mais, que o passar do tempo incide de maneira relevante sobre a situação jurídica da pessoa envolvida no processo, cabendo aos Estados o dever de empregar uma diligência ainda maior nos casos que envolvem pessoas em situação de vulnerabilidade, a exemplo daquelas portadoras de necessidades especiais, sendo imperativa a adoção de medidas capazes de priorizar a resolução das suas controvérsias e a pronta execução das respectivas decisões.[44]

Interessante notar, ainda, que a Corte tem realizado um esforço para reduzir os períodos de duração dos casos a ela submetidos, uma vez que a garantia do prazo razoável não pode ser aplicável apenas aos processos internos dos Estados membros, devendo antes ser reconhecida e assegurada no âmbito dos tribunais ou organismos internacionais voltados a tutelar as violações de direitos humanos.[45]

Vale deixar consignada, por fim, a preocupação da Corte Interamericana em tornar mais acessível o sistema de proteção dos direitos humanos no continente.

Avanços significativos se fizeram notar, no particular, com a entrada em vigor do novo Regulamento, em 1º de janeiro de 2010, prevendo em seu artigo 37 a possibilidade de designação, de ofício, de um Defensor Público Interamericano.[46]

E para prover assistência legal gratuita às supostas vítimas que carecem de recursos econômicos ou de representação legal perante a Corte Interamericana, foi

[43] Caso Fornerón e filha contra a Argentina, sentença de 27 de abril de 2012, par. 51 e 105. Cf., sobre o tema, o citado Relatório Anual 2012, p. 71.

[44] Caso Furlan e familiares contra a Argentina, sentença de 31 de agosto de 2012, par. 194.

[45] No ano 2012 a média de duração do processamento de casos na Corte Interamericana foi de 19.2 meses, segundo o Relatório Anual 2012, p. 8-9. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/ informe2012/ portugues.pdf. Acesso em: 30 abr. 2013.

[46] Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm. Acesso em: 22 abr. 2013.

firmado um Acordo de Entendimento com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF).

A representação legal por parte da pessoa designada pela AIDEF é gratuita e o representante cobrará unicamente os gastos originados em função da defesa que realize. A Corte contribui financiando, na medida do possível e através do Fundo de Assistência Legal sobre Vítimas, os gastos razoáveis e necessários efetuados pelo defensor público interamericano designado.

Durante o ano 2012, a assistência legal do defensor público interamericano foi designada para os casos Pacheco Tineo contra a Bolívia e Argüelles e outros contra a Argentina. Ainda segundo o Relatório Anual, em dois casos anteriores, já sentenciados, Furlan e familiares contra a Argentina e Mohamed também contra a Argentina, a assistência legal gratuita havia sido designada.[47]

E, quanto aos interessados desprovidos de recursos econômicos, viu-se a recente criação do Fundo de Assistência Jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destinado a facilitar o acesso dessas pessoas ao sistema internacional dos direitos humanos, com Regulamento específico editado em 04 de fevereiro de 2010 e em vigor desde 1º de junho daquele ano.[48]

4- Conclusão

Da conjugação dos critérios utilizados pelas Cortes Internacionais para identificar as violações do direito à razoável duração dos processos fica a convicção de que o dever imposto aos Estados de administrar a Justiça sem retardos que possam comprometer a sua eficácia e credibilidade deve ser atendido, no âmbito interno, com o

[47] Relatório Anual 2012, antes citado, p. 89.

[48] As informações estão no Relatório Anual dos Trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2010, p. 17-19. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm. Acesso em: 22 abr. 2013.

No Relatório Anual 2012, sempre referido, p. 86-87, consta a informação de que o acesso aos recursos do Fundo foi autorizado pelo Presidente da Corte em seis casos ao longo de 2012, para o custeio de certo número de declarações pelas partes; de despesas de viagens para que dois defensores interamericanos participassem de audiência pública convocada; de despesas de deslocamento para permitir o comparecimento de perito para prestar declaração juramentada; dentre outras.

resguardo de um lapso temporal mínimo indispensável à plena observância das garantias fundamentais do processo justo.[49]

O limite da aceleração dos processos está, portanto, no dever estatal de assegurar a observância dessas garantias fundamentais.

Ultrapassada essa barreira – nem sempre nítida, como sinaliza a jurisprudência das Cortes Internacionais –, as dilações verificadas nos casos concretos devem ser consideradas indevidas, fazendo surgir para as partes o direito à justa reparação dos prejuízos.

Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de direito processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 45-61

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Temas de direito processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89-106.

BERIZONCE, Roberto O. Luces y sombra del proceso civil contemporâneo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 126, p. 83-94, ago. 2005.

BIDART, Adolfo Gelsi. Del tiempo procesal y su manejo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93. p. 191-196, jan./mar. 1999.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costutuzionali e "guisto processo" (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

_____. Il giusto processo civile nella dimensione comparatiistica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, p. 133-184, out./dez. 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 192, p. 193-209, fev. 2011.

[49] Sobre o tema, cf.: GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, p. 225-286, 2005.

FOCARELLI, Carlo. *Equo processo e convenzione europea dei diritti dell´uomo. Contributo allá determinazione dell´ambito di applicazione dell´art. 6 della convenzione*. Padova: CEDAM, 2001.

GARCIA PONS, Enrique. *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, p. 225-286, 2005.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICOLITTI, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 173, p. 193-195, jul. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudos da implementação dessas decisões no direito brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

RECCHIA, Carlo. *Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

ROMANO, Giovanni; PARROTTA, Domenico Antonio; LIZZA, Egidio. *Il diritto ad um giusto processo tra corte Internazionale e corte nazionali. L´equa riparazione dopo la legge pinto.* Milano: Giuffrè Editore, 2002.

SANCHÉZ, Manuel J. Silva; ÁLAMO, Juan Amenos. *Procedimiento indemnizatorio en casos de dilaciones indebidas.* Disponível em http://noticias.juridicas.com/articulos. Acesso em: 27 abr. 2013

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, v. 2ª Ed., p. 181-202, 2009.

TARZIA, Guiseppe, L`art 111 Cost. e le garanzie europe del processo civile. *Revista de Processo,* São Paulo, ano 26, n. 103, p. 156-174, jul./set. 2001.

TAVARES, Francisco de A. Maciel; COUTINHO NETO, Alfredo de S. (org). *Direito Internacional – estrutura normativa internacional. Tratados e Convenções.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRAVIESO, Juan Antonio. *La corte interamericana de derechos humanos. Opiniones consultivas y fallos. La jurisprudencia de La corte interamericana de derechos humanos.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional* [Versão resumida de Obra Agraciada com o Prêmio Yorke, Outorgado pela Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Inglaterra, em 1979]. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO: *MIRANDA V. ARIZONA*

Maurício Martins Reis

Professor Universitário. Mestre e Doutor em Direito.

Marco Félix Jobim

Advogado e professor universitário. Mestre e Doutor em Direito.

Resumo: O artigo tem a intenção de levar ao leitor um estudo sobre uma das mais importantes decisões judiciais já proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América: *Miranda v. Arizona.* Diante disso, serão analisadas algumas questões que circundavam o polêmico caso, como sua história, no que consistia, sua repercussão no direito e na sociedade estadunidense, em especial por sido um marco na Era Warren e nos direitos dos acusados em geral. Após, será verificado se há no Brasil decisões judiciais que albergariam, em parte, a tese oriunda da Suprema Corte estadunidense.

Palavras-chave: *Miranda v. Arizona*; decisão judicial; efeitos; Suprema Corte.

Abstract: This article is meant to bring readers a study about one of the most important legal decisions ever issued by the United States Supreme Court: *Miranda v. Arizona.* In view of that, we are going to analyze a few issues surrounding the controversial case, such as its history, what it was about, and its impact on US law and society, especially for being a landmark in the Warren Era and for the rights of suspects in general. After that, we are going to examine whether there are Brazilian court decisions which would somewhat embrace the thesis from the US Supreme Court.

Key Words: *Miranda v. Arizona*; court decision; effects; Supreme Court.

Sumário: Introdução; 1. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966): considerações preliminares; 1.1. A história envolvendo o caso *Miranda v. Arizona*; 1.2 O julgamento

do caso *Miranda v. Arizona; 1.3.* As conseqüências do caso Miranda v. Arizona; 2. O direito ao silêncio no Brasil; 3. Considerações finais; Referencial bibliográfico.

Contents: Introduction; 1. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966): preliminary considerations; 1.1. The background of *Miranda v. Arizona*; 1.2 The review of the *Miranda v. Arizona* case*; 1.3.* The consequences of *Miranda v. Arizona*; 2. The right to remain silent in Brazil; 3. Final Considerations; References.

Introdução.

A cena já virou clichê em filmes[1] norte-americanos**.** O policial, ao prender o suspeito, o alerta que ele tem o direito de permanecer calado e que qualquer coisa que disser pode e será usada contra ele numa corte de justiça. Além disso, ainda refere que ele tem o direito a falar com um advogado que poderá estar presente durante o interrogatório. Por fim, ainda adverte que se ele não tiver condições econômicas para pagar um advogado, o Estado providenciará às suas expensas[2].

Porém, o que às vezes não se sabe é que para se chegar a esta narrativa muito se trilhou, o que acabou por ser, finalmente, consagrado com o julgamento do famoso caso *Miranda v. Arizona* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1966[3]. Mas o que está por trás do caso? Qual a história que envolvia o acusado Ernesto Miranda? Quais foram os seus crimes? Como foi o julgamento? Quem foram seus julgadores? Há

[1] Entre algumas das películas nas quais pode-se ver a cena, estão desde filmes mais sérios como: Questão de honra. Diretor: Rob Reiner. Ano: 1992. 138 min. (1 DVD). Color. Columbia Pictures. Ou filmes de ação: S.W.A.T. comando especial. Diretor: Clark Johnson. Ano: 2003. 117 min. Color. Columbia Pictures. Ou ainda em filmes mais voltados à comédia: Anjos da lei. Diretores: Phil Lord e Christopher Miller. Ano: 2012. 110 min. (1 DVD). Color. Columbia Pictures; e Os outros caras. Diretor: Adam Mckay. Ano: 2010. 116 min. (1 DVD). Color. Columbia Pictures.

[2] METER, Larry A. Van. *Miranda v. Arizona*: the rights of the accused. New York: Chelsea House Publishers, 2007, p.8. As palavras referidas são textualmente: "You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to be speak to an attorney, and to have an attorney present during any questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be provided for you at government expense".

[3] AASENG, Nathan. *You are the Supreme Court Justice*. Minneapolis: The Oliver Press, 1994, p. 77-78. Isso não quer dizer que já não existiam os direitos dos acusados em geral, conforme expõe no autor nesta narrativa: "The founders of the United States keenly aware that innocent people Will confess to crime they have not committed in order to escape severe pain and suffering. They believe that their new country could not assume citizens of justice if authorities could force suspects to admit guilt. To prevent this, the founders adopted a clause in the Fifth Amendment […]".

no Brasil um direito que aparente ser análogo àquele que foi decidido pelo precedente criado em *Miranda v. Arizona*?

Estas as questões a que se propõe responder neste artigo, sabedores que o caso, por si só, já foi alvo de vários estudos e reflexões, o que faz com que a abordagem realizada aqui almeja trazer alguns pensamentos preliminares capazes de suscitar, na bibliografia indicada, outras especificidades implicadas no caso.

1. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966): considerações preliminares.

Para que se entenda a importância do caso *Miranda v. Arizona* é essencial conhecer, pelo menos, a noção, construída no direito norte-americano, da presunção da inocência, uma vez que é a partir dela que o caso se constrói em legitimidade argumentativa. Nos julgamentos de acusados[4] nos Estados Unidos, o direito tutela a condição de inocência, até prova em contrário, como, aliás, ocorre em nosso ordenamento constitucional[5]. Então, é dever do Estado[6], nas palavras de Larry A. Van Meter[7], comprovar a culpa[8] do réu no Tribunal para que exista uma condenação, sendo que a mais convincente de todas as provas apresentadas para corroborar uma sentença condenatória é a confissão do acusado[9], por isso, a importância do caso em análise.

[4] Em inglês: "*defendants*".
[5] É a redação do artigo 5º, inc. LVII, da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
[6] Que atua sob a denominação de: "prosecution".
[7] METER, Larry A. Van. *Miranda v. Arizona*: the rights of the accused. New York: Chelsea House Publishers, 2007, p. 7. Expõe o autor: "In the United States of America, people accused of committing a crime are considered innocent by the American legal system. So, in a courtroom, when such a person stands before a judge and jury, that judge and jury consider that person – called the defendant – innocent of the crime. It is then the job of the state – called prosecution – to prove that defendant is guilty. Proving guilty is a difficult task for the prosecution, because, in the mind of the judge and jury, the defendant is innocent: innocent until proven guilty. Because of those conditions in a courtroom, the prosecution must provide convincing evidence to prove the guilty of the defendant", e finalize: "One of the most convincing types of evidence – perhaps the most convincing – is the confession".
[8] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 309. O que pode ser confirmado com a leitura do autor, quando escreve: "Winston Churchill once commented that a great deal could be learned about a society by examining how it treated persons accused of a crime. In the United States one might have assumed, merely from reading the Fourth, Fifth, Sixth, and Eighth Amendments to the Constitution, that the country treated accused criminals fairly, that its adversarial justice system – in which the state has to prove the guilt of the defendant – respected individual rights greatly".
[9] No ordenamento jurídico brasileiro, mesmo havendo confissão, o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, segundo dispõe o Código de Processo Penal em seu artigo 197, com a seguinte redação: "O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando

Aliado a este fato, cumpre esclarecer que o caso foi apresentado à Suprema Corte estadunidense na Era Warren[10], a qual ficou mundialmente conhecida pela sua faceta ativista, em prol dos direitos civis, dos direitos dos acusados em geral. *Miranda v. Arizona* completou a trilogia julgada nesta matéria durante a presidência do *Chief Justice*[11] Earl Warren, que teve início com *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)[12] e, na sequência, *Gideon v. Wainright*[13], 372 U.S. 335 (1963)[14], como esclarece João Carlos Souto[15]. Nas palavras de Melvin I. Urofsky[16], isso somente foi possível pela diversidade de entendimentos existentes entre os Estados no que se referia ao tratamento concedido aos suspeitos de um crime.

---

se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso: 31 jan. 2013.

[10] Earl Warren presidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre os anos de 1953 e 1969.

[11] KELLES, Márcio Ferreira. Controle de constitucionalidade no direito norte-americano. In MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A supremacia da Constituição*: reforma e controle no direito comparado. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 23. Refere: "A presidência da Suprema Corte norte-americana é um dos postos de maior prestígio da federação. A Corte possui um presidente chamado de *Chief Justice* e os demais juízes são os *Associate Justices*".

[12] VILE, John R. Essential *Supreme Courts decisions*: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law. 15th ed. Maryland: The Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 321. O caso levou ao entendimento de que a obtenção de provas numa invasão arbitrária da polícia na vida privada do lar do acusado não pode ser considerada admissível numa Corte de justiça. Refere o autor: "Precedents have held that the security of one's privacy against arbitrary intrusion of the police is implicit in the concept of ordered liberty and is enforceable against the states through the due process clause. However, the Court has previously refused to exclude evidence thus secured from state courts as 'an essential ingredient of the right'. Since the Fourth Amendment's right of privacy has been declared enforceable against the federal government. All evidence obtained by searches and seizures in violation of the Constitution is, by that same authority, inadmissible in a state court".

[13] Recomenda-se a história do julgamento e da vida de Gideon retratada no filme: Gideon's Trumpet. Diretor: Robert Collins. 2007. 1 (DVD). 104 min. Color. Acorn Media.

[14] VILE, John R. *Essential Supreme Courts decisions*: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law. 15th ed. Maryland: The Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 356. O caso retrata o julgamento de Clarence Gideon que não teve acesso a um advogado, tendo em vista que as leis da Flórida apenas permitiam a indicação de um para indigentes em casos de crimes com pena capital. O caso foi levado à Suprema Corte que revisou a decisão. Nas palavras do autor: "Clarence E. Gideon was charged in a Florida state court with having broken into and entered a poolroom with intent to commit a misdemeanor. Under Florida law such an offense is a noncapital felony. Gideon appeared in court without funds and without a lawyer. He asked the court to appoint counsel for him. The court refused because Florida law permitted the appointment of counsel for indigent defendants in capital cases only. Gideon appealed his conviction claiming violation of the constitutional guarantee of counsel".

[15] SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*: principais decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 131. Refere: "Costumava-se dizer, com acerto, que o caso Miranda v. Arizona completa a grande trilogia da Corte Warren em matéria de procedimentos penais dos acusados da prática de crimes – *the great Warren Court trilogy on the procedural rights of criminal-law defendents*. Os dois outros casos que completam essa trilogia, são, por ordem cronológica, *Mapp v. Ohio* (1961) e *Gideon v. Wainright* (1963).

[16] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 309. Alude que: "But prior to the 1960s, the treatment accorded to a suspected criminal varied enormously from state to state. The Bill of Rights was originally applicable only to the national government, and persons accused of violating a federal criminal law did receive all of their constitutional protections".

1.1.A história envolvendo o caso *Miranda v. Arizona*.

Segundo informa John R. Vile[17], o caso consolidou o entendimento de quatro casos vindos do Arizona, de Nova York, da Califórnia e das cortes Federais, nos quais policiais haviam levado o acusado em custódia para interrogatório com o intuito de obter suas confissões, sem que se houvesse alertado de seus direitos, sendo os principais:

(i) o de permanecerem calados; e

(ii) o direito a consultar um advogado.

No caso em tela, Ernesto Miranda foi preso em sua residência no dia 13 de Março de 1963 e levado para estação policial de Phoenix, Arizona, local onde foi reconhecido por duas de suas vítimas[18], embora Nathan Aaseng[19] afirme que, praticamente, não existiu qualquer reconhecimento convincente. Após o transcorrer de duas horas, escreveu uma confissão[20], assumindo a *responsabilidade por* dois crimes: rapto e estupro. Ambos os crimes teriam sido consumados no dia 3 de março de 1963, *cuja vítima era uma mulher de apenas 18 anos*, como relata Melvin I. Urofsky[21]. Cumpre

[17] VILE, John R. *Essential Supreme Courts decisions*: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law. 15th ed. Maryland: The Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 358. Refere: "This decision consolidated four cases that came from Arizona, New York, California, and the federal courts. In each the law enforcement officials had taken tha defendant into custody and had interrogated him for the purpose of obtaining a confession. At no time did the police effectively advise a defendant of this right to remain silent or of his right to consult with his attorney. In the lead case, police had arrested Ernesto Miranda at his home and then taken him to a police station where two police officers questioned him. After two hours he made a written confession. He was subsequently convicted of kidnapping and rape".

[18] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 310. Refere: On March 13 the police arrested Miranda and placed him a lineup, where the victim identified him as the man who had abducted and raper her. In addition, another woman identified him as the man who robbed her at knifepoint of eight dollars several months earlier".

[19] AASENG, Nathan. *You are the Supreme Court Justice*. Minneapolis: The Oliver Press, 1994, p. 75. Defende: "The victim thought Miranda might have been her assailant, but she could not positively identify him. The police, however, toal Miranda that she had".

[20] AASENG, Nathan. *You are the Supreme Court Justice*. Minneapolis: The Oliver Press, 1994, p. 77. Que foi, nas palavras do autor, durante o julgamento, declaradas como falsas pelo acusado. Assim escreve: "At his Trial in na Arizona court, however, Miranda changed his story. He claimed that his confession was false and that, contrary to the waiver he had signed, no one had informed him of his rights prior to the confession. He asked that the confession be withdrawn as evidence in the case".

[21] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 310. Relata: "Around midnight on March 3, 1963, an eighteen-year woman finished working her shift at the concession stand at the Paramount Theatre in downtown Phoenix. She took a bus and just gotten off to walk the few blocks to her house when a car pulled out of a parking lot and almost hit her. The car stopped, the driver got out, walked up to her, and grabbed her".

referir, embora não haja vinculação com o caso estudado, que Ernesto Miranda teve sua vida repleta de passagens pela polícia sob as mais diversas situações criminais[22].

Contudo, conforme alerta João Carlos Souto[23], ao confessar os crimes sem a observância do disposto na Quinta[24] Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, *assim procedeu* em dissonância com as garantias *constitucionais* relacionadas à tutela da liberdade do indivíduo, *em especial quando ela se coloca em risco diante da persecução penal*, o que fez com que as provas obtidas fossem inadmitidas frente a um tribunal.

1.2. O julgamento do caso *Miranda v. Arizona.*

O grande questionamento que deveria ser respondido no julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, como expõe John R. Vile[25], seria se a *polícia* poderia obter a confissão do acusado sem antes informá-lo de seus direitos. A resposta, embora em votação bastante apertada[26], consolidou o entendimento de que não é possível a

[22] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 311. Entre eles pode-se citar: roubo de carro, assalto, roubo armado, sendo dispensado sem honra do exército, o que, nas palavras de Urofsky, fez com que Miranda tivesse maior sucesso na vida criminal no que da de trabalhador.

[23] SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*: principais decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 131-132. Aduz: "A origem dessa decisão se dá com a prisão de Ernesto Miranda e sua confissão, assinada sem que tivesse sido cumprido o disposto na V Emenda, entre eles os mencionados no parágrafo anterior: advertência com relação aos seus direitos; possibilidade de permanecer em silêncio; advertência sobre o fato de que tudo o que dissesse poderia ser utilizado contra ele próprio e direito de manter contato com um advogado", E finaliza: "O Tribunal entendeu que o procedimento adotado na colheita de provas que resultou na incriminação de Miranda abalroava o disposto na V Emenda, na medida em que a promotoria não poderia usar as declarações por ele prestadas a não ser as salvaguardas previstas na Constituição tivessem sido respeitadas, especialmente a proibição à auto-incriminação (self-incrimination), o que inocorrera na espécie".

[24] ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos EUA: anotada*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 69. Eis a redação da 5ª Emenda: "Ninguém será obrigado a responder por crime capital, ou por outro crime infamante, a não ser perante denúncia ou acusação de um grande júri, exceto tratando-se de casos que, em tempo de guerra ou perigo público, ocorreram nas forças navais ou terrestres, ou na Guarda Nacional, durante o serviço ativo; nem ninguém poderá ser, pelo mesmo crime, duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde, nem ser obrigado a servir de testemunha contra si próprio em qualquer processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem um devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização".

[25] VILE, John R. Essential *Supreme Courts decisions*: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law. 15th ed. Maryland: The Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 358. Expõe: "**Question**: May police used and elicit statements they obtain from custodial interrogation without first informing suspects of their rights?".

[26] SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*: principais decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 132. Aduz: "Embora a Corte tenha chegado a esse veredicto por apenas um voto de diferença (5/4), Miranda v. Arizona contribuiu para reescrever os procedimentos criminais na América [...]".

utilização da prova produzida sem que o acusado tenha sido informado de seus direitos, por violação à Quinta Emenda da Constituição estadunidense.

Restou consignado na *opinion*[27] do *Chief Justice* Earl Warren que direitos constitucionais são violados quando a polícia inicia o interrogatório imediatamente após a pessoa ser levada em custódia ou ter privada a sua liberdade, o que não impede que se realizem livremente perguntas a qualquer um, desde que seguidos determinados procedimentos, o que se confirma na leitura de Melvin I. Urofsky[28].

1.3. As conseqüências do caso Miranda v. Arizona.

A decisão emanada do caso *Miranda v. Arizona* tornou-se, conforme alude João Carlos Souto, mundialmente conhecida, sendo referência inclusive em solo brasileiro. Julgada na Era de Warren, o *Chief Justice* Burger[29], seu sucessor na presidência da Corte, ao expor seu entendimento sobre a importância do caso, aponta para o fato de que, se dependesse de *seu entendimento*, o precedente nunca seria revogado em sua gestão, como expõe Bernard Schwartz[30].

O caso teve a repercussão de praticamente criar um método acautelatório de realização do interrogatório pela polícia, tendo em vista que nenhum promotor quer ver seu caso perecer num julgamento em razão de uma *falha procedimental de efetivação de garantias, especialmente* ao se conseguir a evidência ainda na fase policial, conforme observa Melvin I. Urofsky[31]. Isso trouxe, segundo relata João Carlos Souto[32], um tipo

[27] A íntegra da opinion oriunda da Suprema Corte estadunidense pode ser lida no sítio: http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436, acesso em 31 jan. 2013.
[28] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 318. Em sua concepção: "Early in the opinion Chief Justice Warren declared that constitutional rights attach when police begin custodial interrogation immediately after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his or her freedom. Police are free to question anyone about a crime, but once they detain a suspect, they have to follow certain procedural safeguards".
[29] Warren Earl Burger presidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre os anos de 1969 a 1986.
[30] SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 330. Aduz: "*Miranda* was treated the same way by the Burger Court. As the Chief Justice himself said, 'I Would neither overrule *Miranda*, disparage it, nor extend it at this late date'. Miranda, like *Mapp*, was narrowed but not overruled during the Burger years".
[31] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 319. Refere: "In fact, Warren offered police a prophylactic method of making sure thet evidence they gathered through interrogation, whether corroborating (i.e, supportive of a conclusion but not conclusive by itself) or confessional, would stand up in court, and there one can see the old district attorney at work. No prosecutor wants a case to fail at trial because the evidence the police have presented is flawed – due to lock of a search warrant or a less than voluntary confession"

de código de conduta que deveria servir de base para os policiais durante o procedimento realizado nos inquéritos policiais, sob pena de nulidade, conhecido como *Miranda warnings*[33], dentre *cujas recomendações*, como a mais conhecida delas, a do acusado de algum crime *remain silent*[34].

O julgamento do caso *Miranda v. Arizona* teve como uma de suas maiores consequências a renovação das técnicas investigativas da polícia para assegurar, cada vez mais, o caráter preventivo dos direitos dos acusados em geral, gerados pelos efeitos da decisão judicial da Suprema Corte. Conforme refere Melvin I. Urofsky[35], as próprias gravações das câmeras de vídeo que as viaturas policiais se utilizam para filmar as investidas da polícia contra os suspeitos são admitidas para dar maior publicidade se as abordagens foram realizadas segundo os *Miranda Warnings*.

2. O direito ao silêncio no Brasil: algumas considerações.

A ordem constitucional brasileira prevê como direito fundamental individual, no artigo 5º, inciso LXIII, o direito do preso quanto a ser informado dos seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado. Há de se perguntar, tanto para a garantia jurisprudencial norte-americana, quanto para o preceito normativo de nosso pais, qual o escopo dos respectivos conteúdos para efeito de tutela ou salvaguarda de um direito fundamental.

[32] SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*: principais decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 131. Expõe: "Em Miranda v. Arizona a Corte estabeleceu um código de conduta que deveria presidir os inquéritos policiais, no âmbito federal ou estadual, sob pena de nulidade. Conhecido como *Miranda warnings* (advertências do caso Miranda, numa tradução livre), consistia esse procedimento em informar, a toda e qualquer pessoa detida, seus direitos (*remain silent*) e que qualquer declaração emitida (pelo detido) poderia ser usada contra ele próprio. Por fim, o Miranda warnings estabelecia a necessidade de informar ao preso o direito de contactar um advogado, o que significava, e significa, um instrumento de ampliação de sua defesa".

[33] Avisos ou advertências de Miranda.

[34] Manter-se em silêncio.

[35] UROFSKY, Melvin I. *Supreme decisions*: great constitutional cases and their impact. Colorado: Westview Press, 2012, p. 321. Aduz: "In fact, in the years since Miranda, police departments have indeed learned to use enhanced investigative techniques to secure convictions, and crime rates have gone down in many cities. New technology has aided police immensely in carrying out the prophylactic purpose of the record Miranda warnings. Nearly all police cruisers now carry video cameras to record what happens at the scene of a crime when the police arrive. These cameras can also be used to film officers reading a suspect his or her rights, thus allowing the ensuing comments, confessional or otherwise, to be admitted. A person taken into a police station is usually questioned with either a tape recorder or a video camera present, again confirming that the suspect has voluntary agreed to talk, or has asked for a lawyer. In all instances, the affirmation of the Miranda procedure validates the evidence".

Evidentemente que o atendimento literal do mero dever do Estado de informar acerca de tais direitos não confortará necessariamente o objeto de proteção idealizado.

Com isto asseveramos a imprestabilidade hermenêutica de uma gramática normativa conectada exclusivamente aos limites de informação sobre os direitos de quem é detido em nome do Estado. É plausível supor que um processo penal seja nulo pelo desrespeito efetivo a direitos fundamentais, a despeito de a leitura dos direitos do preso ter sido efetuada tal qual recomenda os "Direitos Miranda" e a norma constitucional do Brasil, assim como não seria absurda a cogitação de um processo penal condenatório cujo trânsito em julgado não discrepou das diretrizes constitucionais, a despeito de tais direitos não terem sido informados ao réu preso no nascedouro da persecução.

Os denominados "Direitos Miranda" receberam recentemente novo holofote em decorrência do ataque com duas explosões perpetrado em meio à maratona de Boston, nos Estados Unidos, em abril de 2013. Dzhokhar Tsarnaev, americano de origem chechena suspeito de ser um dos coautores do evento criminoso, foi preso após quatro dias de implacável monitoramento das autoridades policiais dos Estados Unidos. No caso específico, debate-se sobre a dispensa da leitura de direitos, com ânimo na reivindicada exceção de segurança pública com o objetivo de permitir que os agentes obtenham informações capazes de salvar muitas vidas. No entanto, o enfoque aqui se debruça sobre a gênese e a repercussão normativa – enquanto critério jurídico generalizável – daquele precedente tão lembrado por ocasião deste atentado, mais especialmente sobre afirmações que consagram ter a Suprema Corte anulado a sentença contra o operário Ernesto Arturo Miranda, "*porque os policiais que o detiveram não leram seus direitos*".[36]

A ausência da leitura dos direitos, por si só, uma vez demonstrada – o que se faz presumir pela falta de elementos formais que a expressam, cujo ônus de apresentar é do Estado – não dispensa argumentos para uma postulada nulidade de processo penal condenatório. Noutras palavras, nenhum processo penal poderá ser anulado apenas e tão só porque ao preso foi dispensado o conhecimento dos seus direitos. É necessário que a defesa demonstre o liame entre a omissão e o prejuízo ao réu, cuja conexão fez repercutir diretamente o juízo de convicção de sua culpabilidade. É possível cogitar, por

[36] Jornal Zero Hora (Porto Alegre), p. 23, edição de 22 de abril de 2013.

exemplo, que a condenação tenha se baseado na confissão do agente que, ignorante acerca dos seus direitos, assumiu culpa por medo ou pelo infligir coativo das autoridades. Dessa forma, ausente a prova da leitura dos direitos, mediante o nexo entre a inércia das autoridades e a assunção (irrefletida e pressionada) da responsabilidade, seria o caso de se pleitear a nulidade do processo criminal.

Por outro lado, o processo penal que preconiza o devido respeito pelos direitos e garantias fundamentais, especialmente o contraditório, a ampla defesa e a devida fundamentação, de modo a demitir-se, ademais, de qualquer emprego de índole inquisitorial, não poderá ser impugnado pela singela alegação de que os direitos do preso não lhe foram transmitidos. Em realidade, a genuína valência deste princípio constitucional consiste na impossibilidade de o Estado fazer qualquer juízo – quanto mais em detrimento do réu – acerca do silêncio daquele que sofre a persecução penal. Esta interpretação, consolidada jurisprudencialmente no Brasil, recebeu contornos normativos pelo Código de Processo Penal, com a nova redação dada em 2003 ao artigo 186, parágrafo único.

É interessante indagar se há correspondência perfeita entre os "Direitos Miranda" e o direito constitucional previsto no dispositivo em comento da Magna Carta brasileira de 1988. Entendemos que há parcial identidade, pois o alcance do preceito contido no rol de direitos e garantias fundamentais repercute em maior esfera de proteção ao cidadão-réu do que o precedente norte-americano. Isto porque este último estampa tão-só o direito à advertência ou leitura dos direitos, cujo exercício por parte do destinatário outorga-lhe o direito ao silêncio, enquanto o Brasil alberga, para além desse dever por parte do Estado concernente à informação e ao seu respectivo registro formal, o direito ao silêncio, o privilégio contra a autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*) e o consectário de não ser o réu obrigado a fazer prova contra si mesmo.[37]

Curiosa é a demarcação – para além dos limites do direito ao silêncio – sobre o denominado privilégio contra a autoincriminação e das conseqüências no tocante a outros meios de prova diversos da manifestação pessoal (os depoimentos do réu, por excelência). Por ocasião dos comentários a respeito da aplicação concreta da garantia contra a autoincriminação no Superior Tribunal de Justiça, efetuados em sítio eletrônico

[37] Nada obstante, como indicam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, ambos os direitos, embora conexos ao conteúdo previsto no artigo 5º, inciso LXIII, resultam de "manifestações da garantia da ampla defesa" (Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 241).

do próprio tribunal, referiu-se ao denominado "silêncio dos inocentes".[38] Melhor seria dizer, silêncio dos acusados, na medida em que a pressuposição da inocência – não no espectro constitucional de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (artigo 5º, inciso LVII), mas no sentido de réu efetivamente inocente (no plano do direito material)[39] – imunizaria qualquer artifício processual capaz de hipoteticamente deflagrar uma culpabilidade inexistente de uma perspectiva existencial ou do mundo da vida. Expliquemo-nos melhor: se realmente o cidadão é inocente, tal garantia é inócua para garantir-lhe algo que já traz consigo; mesmo o embaraço pessoal ou eventual coação para assumir culpa no processo seria insuficiente para justificar a condição de culpado com sentença transitada em julgado. Como refere Michele Taruffo, a concepção racional do livre convencimento do juiz é válida na perspectiva epistêmica, isto é, enquanto plataforma argumentativa defensável insuspeita, desde que suportada na exigência de "que a valoração das provas seja orientada no sentido da apuração da verdade dos fatos".[40]

Ademais, o próprio "direito a produzir prova contra si mesmo" contém em seu bojo, salvo engano, um silêncio ou inércia dos "culpados", e não dos "inocentes", numa verdadeira presunção de culpabilidade daquele que se evade de prestar provas acerca do fato que lhe é imputado. Negar-se a produzir prova contra si mesmo contempla uma admissão de que o resultado da prova corroborará o juízo de culpabilidade. O "inocente" que se escusa de prestar a prova não possui outra justificativa senão a de impugnar a cientificidade do meio empregado para obter a resultante (exemplo, bafômetro e exame de DNA); e tal recurso de defesa, ao nosso sentir, não merece guarida a ponto de impedir peremptoriamente a produção dessa prova. Muito pelo contrário: a contestação científica dos meios de prova pressupõe a prévia submissão ao instrumento probatório de aferição pelo acusado do delito pelo qual ele injustamente

[38] Endereço eletrônico www.stj.jus.br.

[39] Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, existe uma relação de finalidade (aspecto teleológico) entre a prova e a verdade, a qual se configura como "pressuposto ético do processo justo" (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 740). Não é outra coisa que queremos dizer quanto à impossibilidade de o processo produzir, via confissão forçada ou mediante o débil escrutínio de meios alegadamente científicos de aferição acerca dos fatos, artificialidades desconformes ao direito material.

[40] *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*.Traduzido por Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 189

estaria sendo acusado.[41] Contudo, conforme visto acima, o objeto dessas reflexões contempla o direito ao silêncio, do qual, embora conexa, a proibição de autoincriminação não descende.

O caso *Miranda vs Arizona* possui, relevante dizer, dois componentes importantes na contextualização do critério ali estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Por primeiro, havia o registro no processo no sentido de que os agentes policiais "admitiram, em julgamento, que Miranda não foi informado de que tinha direito à presença de um advogado".[42] Noutro passo, o Tribunal de Warren assentou que "o mero fato de ter assinado um depoimento que continha uma cláusula datilografada afirmando que ele tinha "perfeito conhecimento" dos seus "direitos legais" não se aproxima da renúncia consciente e intencional necessária à desistência dos direitos constitucionais".[43] Ou seja, houve a demonstração cabal de que o Estado não se desincumbiu de ter notificado Miranda acerca de seus direitos e, mais importante, a sua culpabilidade afirmara-se exclusivamente dessa confissão escrita. A grande contribuição desse julgamento contemplou no dever de cotejo concreto das confissões ultimadas posteriormente; após o seu advento, "as Cortes acabaram por voltar à prática de analisar todas as circunstâncias do caso individualmente, para avaliar a confissão obtida".[44]

Prova de que o precedente Miranda contempla apenas – ou mais significativamente – o direito constitucional à leitura dos direitos do acusado se encontra na sua controversa releitura efetuada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Berghuis v. Thompkins* em 1º de julho de 2010, oportunidade em que se admitiu a renúncia implícita quanto ao direito de permanecer em silêncio. Teria sido este julgamento uma espécie de sobrepujamento interpretativo do precedente de 1966? Ou

[41] Não se esqueça que o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 363.889/DF) já contemplou o direito fundamental ao reconhecimento da identidade genética, o que reforça a tese da relativização da autonomia da vontade no tocante à negativa do cidadão de se submeter a exame de DNA, cujo precedente bem pode ser utilizado na contenção interpretativa dos desdobramentos acerca do interdito de auto-incriminação. Tal relativização acarreta a seguinte encruzilhada para o destinatário do meio probatório, aquele contra quem se coloca o exame clínico: nas palavras de Luiz Fux, no debate propiciado por ocasião do julgamento no plenário, "A partir do momento em que, no recurso extraordinário, nós reconhecermos que é possível reabrir a coisa julgada, porque surgiu uma prova capaz de influir no resultado da decisão, de duas, uma: ou o pai faz o exame de DNA ou ele não faz e opera-se a presunção contra ele. Resolve-se o problema" (p. 132 do acórdão).

[42] COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 86

[43] *Idem*, p. 87.

[44] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: saraiva, 2012, p. 213.

tratar-se-ia de uma situação específica digna de distinção qualitativa de modo a deixar o precedente Miranda incólume? Vejamos o problema ora posto, minutado por Queijo. "No caso, suspeito de ter praticado roubo e homicídio, Thompkins fora advertido de seus direitos constitucionais, reconhecidos em Miranda, mas não invocou expressamente o direito ao silêncio nem pleiteou a assistência de advogado no momento do interrogatório. Após manter-se em silêncio durante quase três horas, acabou por responder indagação de um dos policiais, se acreditava em Deus e, diante de sua afirmativa, foi perguntado se rogava a Deus para que o perdoasse por ter atirado na vítima, ao que, novamente, respondeu afirmativamente. Recusou-se a fazer a confissão por escrito. Quinze minutos depois, o interrogatório foi encerrado. Acusado formalmente e depois condenado, tentou suprimir as afirmações que fizera durante o interrogatório, argumentando que havia invocado o direito ao silêncio e negou que tivesse renunciado a esse direito, sendo involuntárias suas afirmações inculpatórias".[45]

Conforme relato das circunstâncias do fato, os direitos foram lidos, porém o acusado deliberadamente respondeu, assentindo, a um quesito direto de imputação de responsabilidade criminal. As garantias de Miranda fundamentalmente abrangeram, repise-se, o dever de informação pelo Estado, através de suas autoridades, sobre o reconhecimento do direito ao silêncio do acusado (o que implica que o que disser pode ser usado contra si) e do direito de ser assistido por advogado (ou, em razão derivada, ser-lhe indicado um patrono público, caso não possua condições financeiras). Nesses termos, o dever de informar acarreta, pelo destinatário, o direito de dispor, ou não, de referidas prerrogativas, especialmente quanto ao direito ao silêncio. Ou seja, a desconsideração ou renúncia espontâneas por parte do cidadão, relacionadas aos direitos Miranda, não propriamente desmentem ou reavaliam o valor jurídico do precedente da década de sessenta, o qual tão-só assegurou a leitura dos direitos. O direito ao silêncio, assim posto, não sepulta o valor jurídico da confissão, desde que esta não seja obtida de modo coercitivo, mas incidente de modo natural mediante a iniciativa do réu, antecipando-lhe, evidentemente, a leitura dos direitos Miranda. É certo afirmar, destarte, que o valor jurídico de uma confissão formalmente legítima não conformará automaticamente a veracidade do fato confessado e a conseguinte condenação do acusado, pois normas que imponham ao magistrado eficácia vinculante à declaração

[45] *Idem*, p. 218.

confessória "*constrangem o juiz a cometer um erro, não lhe permitindo controlar a veracidade de tais declarações*".[46]

3. Considerações finais

O estudo serviu para demonstrar como se deu a construção no direito estadunidense do precedente judicial Miranda v. Arizona, no qual restou decidido que o acusado tem direitos a serem respeitados quando de sua prisão e posterior interrogatório, sendo que, para manter a atualidade do tema, preocupou-se em trazer à colação como ainda tem sido o precedente utilizado nos dias atuais naquele ordenamento jurídico.

De outro lado, quando aos direitos do acusado em geral no Brasil, por não ter aqui ainda uma cultura voltada aos precedentes como existe no *Common Law*, foi demonstrado em que lugar estes direitos estão positivados, em especial no texto constitucional, trazendo ao estudo algumas situações atuais que se enfrenta em solo brasileiro sobre o direito aqui estudado, em especial o polêmico caso do bafômetro e suas implicações, assim como o controvertido caso de permanência do acusado ao silêncio e sua não presunção de confissão.

[46] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*.Traduzido por Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 192.

OUTRAS HIPÓTESES PARA O CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE – ANÁLISE DOS LEADING CASES RESP 841.967/DF E RESP 1.013.436/RS

Marlos Corrêa da Costa Gomes

Pós Graduando *Lato Sensu* em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. Pós Graduando *Lato Sensu* em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo: O presente estudo tem por finalidade apresentar outras hipóteses para o cabimento da exceção de pré-executividade. Partindo da análise histórica da medida será discutido o seu cabimento em casos de excesso na execução e de acolhimento de ilegitimidade passiva. Em capítulo específico, serão analisados os *leading cases* Resp 841.967/DF, Rel. Min. Luiz Fux e Resp 1.013.436/RS, Rel. Min Luis Felipe Salomão onde se tratou respectivamente do cabimento da exceção de pré executividade quando os valores fossem abusivos, absurdos, evidentes a ponto de ser considerado apta a configuração da matéria de ordem pública e um caso onde foi acolhida alegação de ilegitimidade passiva de parte e a referida medida se mostrou eficaz.

Palavras-chave: Exceção de pré-executividade - Excesso de execução/ilegitimidade de parte – Considerações Teóricas – Análise Jurisprudencial.

Abstract: The present study aims to present another hypotheses for the availability of the exception of pre enforceability. Based on the historical analysis of the measure discussed their appropriateness in cases of excessive implementation and hosting of lack of standing to be sued. In particular chapter, will analyze the *leadings cases* Resp 841.967/DF and Resp 1.013.436/RS where they discussed the appropriateness of pre enforceability exception when values were abusive, absurd, evident as to be considered able to setup public order and a case where she was admitted allegation of lack of standing to be sued.

Key Words: Exception Of Pre enforceability - Excess execution - Theoretical Considerations – Jurisprudential Analysis

Introdução

O instrumento processual manejado neste momento passou a ser desenvolvido no ano de 1966, após brilhante trabalho de Pontes de Miranda, no famoso "Parecer Manesmann".

O renomado jurista apresentou a exceção de pré-executividade[12] como incidente de defesa que se traduzia em verdadeira exceção dilatória, alegando matérias prévias e de ordem pública, conhecíveis de ofício, capazes de fulminarem a execução. Tal instrumento ganhou acolhida na advocacia pátria, principalmente na esfera tributária, e encontrou aceitação nos tribunais pátrios.

No caso histórico supra mencionado, e apontado como genitor do tema no país, uma série de demandas executivas fundadas em títulos falsos, de monta elevada, foram ajuizadas contra a Companhia Siderúrgica Manesmann.

Hipoteticamente, se a executada do caso histórico valesse do uso dos embargos de devedor, via ordinária de defesa em um processo executivo, teria aquela que escolher dois caminhos distintos, quais sejam: garantir o juízo mediante indicação de bens à penhora ou depositar os valores das respectivas execuções. Entretanto, ambos os caminhos mostravam-se impraticáveis à época devido ao elevado valor em discussão.

Apesar de a executada ter capacidade para produzir provas acerca da falsidade dos títulos executivos, demonstrando assim ao Juízo que o mesmo não possuía exigibilidade, os embargos à execução mostravam-se a única via impugnatória cabível até então. Mais do que isso, tal defesa seria deveras onerosa pelos seus pressupostos de admissibilidade acima mencionados.

Nesse diapasão, a genialidade de Pontes de Miranda brotou criando o parecer eternizado nos anais do processo civil pátrio. O parecer discorria a tese da possibilidade de viabilidade da utilização do incidente processual sem qualquer necessidade de garantia do Juízo. Tal garantia que por muitas vezes tornava o ajuizamento dos

[1] Luiz Guilherme Marinoni cita a discussão a respeito da nomenclatura utilizada para o termo "Exceção de Pré -Executividade". "Critica-se, com razão, o nome exceção de pré-executividade, uma vez que ele não designa apropriadamente aquilo que se pode alegar no curso da execução. Em princípio, apenas as objeções (e, portanto, não as exceções) têm sido aceitas por doutrina e jurisprudência neste campo, não havendo sentido na qualificação "pré-executividade".

[2] O professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni cita em sua obra que o nome (exceção de pré-executividade) foi utilizado pela primeira vez por Galeno Lacerda (Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques, p.165-176), no intuito de designar "exceções prévias, portanto, à penhora, que é medida já executiva" (p.174).

embargos inviável ao executado, como por exemplo no caso da Companhia Siderúrgica Manesmann.

O incidente em destaque seria manuseado mediante formalização de petição proposta nos autos da ação executiva, direcionada diretamente ao Juiz da causa, desde que fosse comprovada, de modo objetivo e incontestável, a inviabilidade da execução.

Pontes de Miranda afirmou em sua obra clássica[3]: "Uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva."

Por óbvio que a omissão do juiz em reconhecer a matéria de ordem pública de ofício não poderia resultar no prejuízo do executado a ponto de ser necessário aguardar uma constrição judicial para somente após demonstrar a ilegalidade.

Desde então, o processo executivo brasileiro passou a conviver com a exceção de pré-executividade, manuseada no dia a dia dos processos executivos, especialmente aqueles ajuizados pelas fazendas públicas cobrando dívidas tributárias indevidas dos contribuintes.

Hoje em dia tanto a doutrina quanto a jurisprudência admite a possibilidade de o executado apresentar, nos próprios autos da execução, uma simples petição com a finalidade de questionar a execução.

Importante é destacar que a exceção de pré-executividade independe de garantia do juízo. Alguns doutrinadores entendem que a EPE não teria mais finalidade diante das alterações do Código de Processo Civil, porém isto não será objeto de debate no presente estudo.

O professor paulista Daniel Assunpção[4] destaca que o fundamento utilizado por Pontes de Miranda para a referida medida no sentido de defender na execução com uma mera petição e desde que se tratasse de matéria de ordem pública, não pode ser contraditado até os dias atuais.

Tal afirmativa se da em razão de a época o sistema jurídico vigente prever como matéria de defesa os embargos a execução, sendo o executado obrigado a ingressar com

[3] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Parecer n. 95". Dez anos de pareceres. v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 125-139.
[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4.ed.rev., Rio de Janeiro: Forense.2012. p.1136-1137

uma ação incidental para alegar matéria de defesa que o magistrado já deveria ter reconhecido de ofício.

Na verdade a exceção de pré-executividade ou objeção de pré-executividade é considerada como defesa atípica, tendo em vista que não há previsão no Código de Processo Civil. Porém, mesmo diante da ausência de previsão legal, a matéria foi aceita pela jurisprudência em homenagem ao devido processo legal.

Desta forma os tribunais vem admitindo que sejam alegadas determinadas exceções processuais, assim como as matérias que o juiz possa reconhecer de ofício[5] e obviamente aquelas que puderem ser provadas de plano, ou seja, sem dilação probatória[6].

1. Exceção de Pré-Executividade no Direito Comparado

Passemos a analisar a medida defensiva sob a visão do direito comparado e para tanto faremos indicações de importantes estudos elaborados pela doutrina contemporânea. Estudo realizado pelo professor Geraldo da Silva Batista Junior[7] tem por base trabalho elaborado por Leonardo Greco, prestigiado pela qualidade e profundidade de suas obras.

No referido estudo o professor busca pesquisar o processo de execução no direito italiano, alemão, francês, espanhol, português e uruguaio. Especificamente em relação a maneira do devedor se defender em uma possível execução, o professor Leonardo Greco indica que no direito francês, espanhol e uruguaio se utiliza a chamada "oposição á execução", que fazendo analogia ao nosso direito muito se assemelha ao nossos embargos.

[5] Cabe destacar o teor do enunciado de n. 393 da sumula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça o qual, tratando de material de execução fiscal, estabelece que "a exceção de pré executividade é admitida nas execuções fiscais relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

[6] STJ, 1T, AgRg no AgIn 775393/RS, rel Min. Luiz Fux, DJU 14.12.2006, p261; STJ, 1 T, AgRg no Resp 815499/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 14.12.2006, p. 283;

[7] BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Exceção de pré-executividade: Alcance e limites. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 2. GRECO, Leonardo *apud* BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Op. Cit. p. 3.

Nos demais países o meio de defesa a ser utilizado pelo devedor pode variar e possuir diversas formas, e ainda por cima poderá ser dependente de uma anterior penhora ou não depender de prévia garantia do juízo.

No direito italiano o devedor pode se utilizar das famosas oposições, que nada mais são do que uma ação incidental ao processo de execução e podem ser de três tipos: a) oposições aos atos executivos; b) oposições a execução; c) oposições de terceiros. As primeiras podem ser consideradas preventivas ou repressivas ante a sua utilização anterior ou posterior a prática dos atos executivos em si.

No direito alemão as execuções não são processadas pelos órgãos tradicionais do poder judiciário. Para tanto tais órgãos expedem determinados parâmetros executórios que serviram como forma de certificar oficialmente que os títulos que embasam as execuções são reconhecidos como executivos.

Diante deste inusitado instrumento de execução germânico, podem-se mencionar os meios de defesa que o executado dispõe naquele país. Existem três meios: a) reclamação contra a cláusula executiva (incide na fórmula executória expedida pelo Poder Judiciário); b) ação de defesa contra a execução; c) reclamação contra o modo ou forma dos atos executórios. Todas são modalidades de ações autônomas que, como na Itália, independem de prévia penhora.

É preciso destacar que o Código de Processo Civil sofreu algumas alterações importantes que modificaram a questão da garantia do juízo para apresentação da defesa pelo devedor. Hoje em dia não mais se fala em garantia prévia do juízo para oposição dos embargos do devedor, sendo necessário apenas no caso de fase de cumprimento de sentença que é típica do processo sincrético brasileiro.

Utilizando das palavras do professor Leonardo Greco que contextualiza com maestria a execução no direito norte-americano passamos a análise:

“Nos Estados Unidos, apesar do fato da legislação em matéria de execução ser de predomínio estadual, a oposição do devedor pode se dar, dentre outros meios, via motions for new trial, para a correcão de erros para julgamento; Motions to alter of Judgment para correção de erros materiais e de forma; motions for relief form de the judgment – ação direta para anular o julgamento por fraude. Nenhuma delas se assemelha ao nosso processo de embargos, mas todas se prestam a evitar a execução e também independem de prévia penhora.

Assim, após breve análise do direito comparado no que tange ao processo de execução, passemos a analisar as principais características da exceção da pré-executividade.

2. Principais Características

A grande maioria da doutrina nacional assim como a jurisprudência vem entendendo que o cabimento da exceção de pré-executividade esta condicionado a alguns requisitos, como por exemplo em casos onde não poderá haver dilação probatória ou nos casos em que o magistrado pode conhecer das questões de ofício.

Para que se possa pensar no uso desta medida atípica de defesa, mister se faz necessário entender quais são suas principais características. Assim, passemos a analisar a partir da doutrina contemporânea o que a qualifica.

De início cabe destacar um trecho do livro do professor Fredie Didier Jr., vejamos[8]:

"Eis, assim, as principais características desta modalidade de defesa: a) Atipicidade: não há regramento legal a respeito do tema; b) limitação probatória: somente as questões que se podem provar documentalmente poderiam ser alegadas; C) informalidade: a alegação poderia ser feita por simples petição."

Diante destas características a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir e debater três temas importantes: o objeto, os efeitos e a utilidade da medida.

Quanto ao objeto, inicialmente, a doutrina passou a entender que a EPE tinha por finalidade tratar de questões atinentes a execução e mais especificamente alegar/indicar matérias que poderiam ser apreciadas pelo magistrado de ofício, ou seja de ordem pública.

Após certo tempo a doutrina e a jurisprudência passou a admitir também matérias que não eram tidas como de ordem publica, porém deveria haver prova pré constituída. Na verdade passou a configurar pressuposto de admissibilidade a prova pré constituída ou não.

Já em relação aos efeitos da EPE é preciso destacar que caso haja o acolhimento por parte do magistrado poderá ocorrer extinção do processo executivo. Poderá também

[8] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Juspodivm.2007. p.541-542

ocorrer hipótese em que o acolhimento da EPE não importe extinção do processo executivo. Contra a decisão que não acolhe a EPE cabe agravo de instrumento.

Muito se discute na doutrina se haveria possibilidade da EPE causar a suspensão da execução[9], isso porque apenas aquelas causas previstas no art. 791 do CPC seriam aptas a suspender o processo executivo embasados nos embargos a execução.

Para Araken de Assis a EPE não poderia travar o andamento do processo ou suspender seu curso natural, para tanto apenas se poderia aceitar a suspensão dos casos que são expressos no próprio CPC art. 791. O professor é catedrático ao afirmar[10], "O oferecimento da exceção não trava a marcha do processo executivo. E isso porque os casos de suspensão do processo, em geral (art. 265, e da execução, em particular (art. 791), encontram-se taxativamente previstos."

Ocorre que, atualmente, com as mudanças realizadas nos embargos a execução, para que seja atribuído efeito suspensivo será necessário preencher quatro pressupostos, quais sejam: requerimento do executado, garantia do juízo, verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Sendo assim parece que hoje em dia seja pouco provável que caso preenchidos estes pressupostos não se possa atribuir efeito suspensivo.

A exceção de pré executividade surgiu como remédio inovador trazido por Pontes de Miranda que dentre outras utilidades serviria para apresentar matéria de ordem pública se contudo necessitar garantir o juízo.

Ocorre que hoje em dia, diante das mudanças feitas no atual código de processo civil, se poderia se questionar da atual utilidade da EPE tendo em vista que aos embargos a execução não é necessária a garantia do juízo.

Assim, existem alguns casos em que a EPE pode ser bastante útil. O professor Fredie Didier Jr[11] cita um exemplo pertinente:

"Na execução, quando o executado perder o prazo para a defesa, a exceção de não executividade ainda pode ser útil como instrumento para alegações de questões que podem ser alegadas a qualquer tempo ou de questões supervenientes, aplicando-se o disposto no art.303, do CPC, desde que a prova seja pré-constituída."

[9] KNIJNIk, Danilo. A Exceção de Pré-Executividade. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.196.
[10] ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 11ª. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 1074.
[11] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Juspodivm.

Para o mestre baiano a EPE ainda pode ter bastante utilidade, principalmente nos casos em que talvez se pudesse cogitar a perda do prazo pela parte. Porém como se trata de matéria de ordem pública e pode ser alegada a qualquer momento, desde que a prova seja pré-constituída, poderá a parte fazer uso da EPE.

O professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni aponta que há histórica discussão sobre o erro em chamar a medida de exceção, pois para a maioria da doutrina o nome "exceção não designa aquilo que se pode alegar no curso da execução.

Apesar da referida medida ter-se popularizado no universo jurídico, muito vem se discutindo até que ponto se poderia configurar matéria de ordem pública e se seria sempre prescindível de dilação probatória.

O professor Daniel Assunpção possui entendimento curioso no sentido de afirmar que excepcionalmente se poderia admitir a produção de prova incidentalmente na própria execução, para tanto cita importantes doutrinadores como Talamini[12] se posicionando a favor do tema e Wambier-Wambier[13] e Araken de Assis[14] contra.

Diante desta instabilidade o Superior Tribunal de Justiça buscou definir sua posição em relação ao tema, a seguir o enunciado n. 393:

> Sumula 393: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Desta forma o entendimento predominante em nossos tribunais é no sentido de entender que para o cabimento da exceção de pré-executividade não há que se falar em produção de prova, ou seja, a mesma deverá ser pré constituída.

É curioso que tais requisitos ou matérias sejam reproduzidos nessas relações que, no direito antigo, poderiam ser alegadas nas execuções *per officium iudicis*, tidas como as "exceções passíveis de prova fácil".[15]

Porém é preciso ser dito que a referida medida não poderá ser utilizada de maneira a procrastinar possíveis execuções, pois desta forma estaríamos sujeitos a processos morosos cuja finalidade precípua não seria atingida, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional.

[12] TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 153,p.11-32, 2007.
[13] WAMBIER – WAMBIER, Sobre a objeção, p. 410-411
[14] ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. n 475, p. 1072.
[15] Ver LIEBMAN, Enrico Tulio. Embargos do Executado. São Paulo: Saraiva, 1968. (p.65-66).

Tratando do tema "*contempt of court*[16] o professor Candido Rangel Dinamarco nos ensina que independente do direito comparado que se debruça sobre a matéria, a lei buscará tipificar as condutas que se constituem como atos atentatórios a dignidade da justiça, assim como as sanções a serem aplicadas e o procedimento a ser utilizado.

O professor fluminense Luiz Fux[17] em sua obra sobre o novo processo de execução faz menção a novidade relativa os embargos a execução, para tanto traça questão atinente a desnecessidade de garantia do juízo e a possibilidade de arguir matérias que a priori seriam deduzidas em sede de exceção de pré-executividade, vejamos trecho importante:

> Consequentemente, mesmo as matérias não enumeradas mas que se refiram a temas cognoscíveis de ofício, antes veiculados em exceção de pré-executividade ou exceção de executividade ou objeção de executividade, como, v.g., condição da ação, incompetência absoluta, pagamento prima facie comprovado, outras formas de extinção das obrigações, prescrição etc., podem ser suscitados em embargos independentemente de penhora.

A respeito do tema cognição, o professor Kazuo Watanabe[18] possuiu classificação interessante dividindo a mesma no plano vertical e horizontal.

Em obra publicada pelo professor Alberto Camiña Moreira[19] se utiliza da idéia de que toda matéria que o juiz pode conhecer de ofício pode ser alegada pela exceção, contudo, destaca a grande dificuldade em separar aquilo que pode ser alegado por simples petição de casos que dependam de embargos. Assim, afirma que são possíveis as alegações pela exceção de pré-executividade o excesso de execução, pagamento, prescrição, decadência e compensação.

Eduardo Talamini[20] indica que o fato de algumas matérias poderem ser utilizadas em sede de embargos a execução por si só não significa o veto a que elas sejam arguidas dentro da própria execução através de simples petição.

Assim muito se tem discutido no âmbito doutrinário a respeito da eficácia do uso da referida medida nos casos de execução de título executivo extrajudicial.

---

[16] DINAMARCO, Candido Rangel. Execução Civil. 8. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. (p.186).
[17] FUX, Luiz. O novo processo de execução (cumprimento da sentença e a execuça extrajudicial). Rio de Janeiro. Forense, 2008.(p.409).
[18] WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller. 2000. P.111.
[19] MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade, São Paulo: Saraiva, 1998.
[20] TALAMINI, Eduardo. A objecão na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais. n.153. 2007 (p.17)

3. Entendimento Firmado Pelo Superior Tribunal de Justiça

3.1. Recurso Especial 84.1967/DF

O tema do cabimento da exceção de pré-executividade em caso de excesso de execução veio a baila através do Resp 84.1967/DF cuja relatoria ficou a cargo do eminente ministro Luiz Fux, a época ocupando vaga no Superior Tribunal de Justiça.

Tratava-se na origem de ação de reintegração de posse ajuizada pela União em face de militar, sustentando que o servidor estaria resistindo a devolver o imóvel até então ocupado por ele em razão do exercício militar.

O pedido reintegratório formulado pela União foi julgado procedente pelo juízo a quo tendo considerado ilegítima a ocupação do referido imóvel, condenado o militar ao pagamento de taxas de ocupação devidas além de multa no valor de 10 % do valor da referida taxa.

Neste diapasão a União procedeu a execução do título judicial e o Réu apresentou exceção de pré-executividade.

Dai em diante as partes iniciaram grande discussão a respeito do cabimento da exceção de pré-executividade no caso de excesso de execução, assim como a data de início da contagem da multa aplicada ao Réu, se do trânsito em julgado da decisão ou a partir do esbulho.

Não iremos adentrar a questão do início do prazo para incidência da multa, pois o presente estudo não tem essa pretensão, ficaremos restritos ao cabimento ou não da exceção de pré-executividade em caso de excesso de execução.

O eminente relator, o Ministro Luiz Fux, iniciou seu voto tecendo importantes comentários a respeito de tal hipótese. Para tanto indicou que a medida caberá nos casos de excesso de execução toda vez que puder ser perceptível de imediato, sem dilação probatória e, para tanto, baste examinar a origem do título que embasa a execução.

Alguns julgados[21] de renomados juristas evidenciam tal afirmação do ilustre ministro no que tange ao cabimento da exceção de pré-executividade em casos de excesso de execução.

[21] Resp. 733.533/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3 T., DJ 22.05.2006. P.198.; Resp. 621.710/RJ, Rel Min. Eliana Calmon, 2 T, DJ 22.05.2006. p180.

Cabe aqui fazer a seguinte indagação, será possível o cabimento da EPE em casos de excesso de execução em que a parte exequente maliciosamente indica valores absurdos, abusivos em sua planilha? Se tal resposta for positiva, chegaríamos a conclusão de que o magistrado diante da dúvida quanto ao real valor a ser executado e após ouvir a parte contrária, deveria remeter os autos ao contador para que este apurasse o real valor.

Se pensarmos em tal hipótese (remessa dos autos ao contador) acabaríamos por esbarrar na questão da dilação probatória. É cediço que para que se pense na exceção de pré-executividade se faz necessário verificar a matéria de ordem pública e também a impossibilidade de dilação probatória.

Daí como ficaria o caso indicado em que o magistrado considera plausível a alegação da parte (excesso de execução e má fé da parte contrária) em sede de EPE e determina a remessa dos autos ao contador.

Cumpre destacar tal questão para que se possa discutir se a remessa dos autos ao contador em plena fase de liquidação de sentença, conforme prevê o art. 475, p.3 do Código de Processo Civil, poderia ser arguida em sede de exceção de pré-executividade.

A parte poderia alegar através da EPE que os valores apresentados em planilha pelo exeqüente seriam supostamente abusivos, absurdos, não podendo dessa forma ter prosseguimento o curso processual e requerer a remessa dos autos ao contador.

Retomando a análise do leading case, pode-se verificar que o eminente ministro indica acórdão[22] da lavra da ministra Nancy Andrighi que tem por objeto uma execução de honorários advocatícios de sucumbência fixados em sentença. Assim foi expedido mandado de citação para que o executado pagasse a quantia de R$ 57.951.712,93 (cinqüenta e sete milhões novecentos e cinquenta e um mil setecentos e doze reais e noventa e três centavos).

Para sua defesa o executado, uma instituição financeira, apresentou exceção de pré-executividade onde alegou em síntese que o cálculo elaborado havia partido de premissa equivocada.

[22] REsp 733.533/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 04.05.2006, DJ 22.05.2006 p.198.

A eminente ministra cita julgado do Superior Tribunal de Justiça[23] onde foi definido que é possível arguir excesso de execução em sede de exceção de pré-executividade, além do mais citou-se a questão da onerosidade em demasia caso a parte executada tivesse que garantir o juízo baseado em valores totalmente abusivos e passível de análise de plano pelo magistrado.

Cabe aqui também mencionar acórdão da lavra da ministra Eliana Calmon que no seu voto destaca ser possível o cabimento da exceção de pré-executividade no caso de excesso de execução.

No caso em questão, no julgamento do Resp 621.710/RS se tratou de questão atinente a execução fiscal, mais especificamente a contagem do prazo para a propositura dos embargos .

A fazenda pública indignada com a decisão proferida pelo tribunal de origem interpôs o recurso para fim de ver analisado seu pedido. A eminente ministra decidiu no sentido de entender que a matéria referente a retroatividade da lei mais benéfica poderia ter sido aduzida no bojo da execução fiscal, porém desde que antes do julgamento dos embargos.

Poderíamos aqui indicar diversos outros julgados que reforçam a matéria, porém não é objeto do presente analisar todos os precedentes que consubstanciam hipótese de cabimento de exceção de pré-executividade no caso de excesso de execução.

[23] REsp n.° 545.568/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 24.11.2003. Cabe aqui mencionar trecho do referido julgado onde se estabelece a divergência a respeito do cabimento da exceção de pré-executividade nos casos de excesso de execução: "Com a devida permissão, não creio seja possível estabelecer regra linear, no sentido de que a alegação de excesso de execução somente possa encontrar espaço em ação de embargos. É preciso discernir a natureza que o excesso assume para evitar que, de forma extremamente onerosa e desnecessária, obrigue-se o devedor a oferecer garantia aparentemente irreal em face do crédito reclamado judicialmente. Na espécie em exame, o excesso de execução de que se ocupou o agravado é aquele mencionado pelo art. 743 inciso I do CPC, pois, aparentemente, o agravante pleiteia quantia superior ao estipulado no acórdão. Sabe-se que este fundamento não extingue o processo de execução, apenas corrige o seu curso, a fim de se outorgar ao título executivo a indispensável certeza e liquidez a proporcionar a correta e justa satisfação do credor. A execução por quantia excessiva e que seja perceptível de imediato, se averiguada a origem do título que a embasa, constitui tema que não pode apenas ser invocável por vontade exclusiva do devedor em embargos"

3.2. Recurso Especial 1.013.436/RS

O referido recurso teve por objeto a discussão/alegação de ilegitimidade passiva[24] como fundamento da exceção de pré-executividade com a finalidade de extinção da execução em curso.

Tratou-se no caso de execução de título executivo extrajudicial movido por uma instituição financeira em face de três clientes e seus fiadores. Os fiadores apresentaram exceção de pré-executividade alegando que teria havia uma transação entre os clientes e a banco e que por conta disso a fiança teria sido extinta, configurando assim sua ilegitimidade para figurar em processo executivo.

O eminente Ministro Luis Felipe Salomão proferiu voto de maneira a demonstrar que a referida matéria poderia ser objeto de EPE.

Para tanto passou a tratar do tema de direito material (transação e moratória) transcrevendo trechos da doutrina e da jurisprudência pátria.

Observa-se que a figura da transação e da moratória não se confundem, porém tem uma mesma consequência, qual seja, excluir a responsabilidade dos fiadores que por ventura não tiverem consentido com o aditamento do contrato original.

No caso em análise o banco firmou termo de transação juntamente com a moratória, pois previu o parcelamento da dívida em inúmeras parcelas. Os fiadores não anuíram com tal acordo e por isso entenderam que não poderiam ser considerados solidários com o devedor principal.

Discutiu-se ainda a continuidade da responsabilidade dos fiadores diante de cláusula que previa a permanência da garantia no novo pacto. Ocorre que tal alegação foi rechaçada em sua plenitude pois não obstante a referida cláusula, a responsabilidade dos fiadores esta limitada aos exatos termos do convencionado no obrigação original.

[24] O professor José Roberto dos Santos Bedaque possui importante entendimento no campo do Direito Processual e mais especificamente no que tange a legitimidade. Por conta disso se considera importante transcrever parte do capitulo que trata a respeito de tal matéria, vejamos: "Se o autor indicar para figurar como réu no processo pessoa diversa daquela que, segundo a descrição fática por ele mesmo feita, participa da relação substancial, estará configurada a ilegitimidade passiva. Mas, se houver identidade entre o réu e a pessoa que, segundo o autor, deve suportar os efeitos da sentença, por figurar na relação substancial controvertida, ele será parte legítima. Se no curso do processo se apurar que o réu não participa da situação material descrita na inicial, o pedido será julgado improcedente" (Bedaque, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3 edição. Ed.Malheiros. p.287.

Em determinado momento do referido recurso o eminente ministro cita um trecho da doutrina do ilustre professor Pontes de Miranda cujo trecho aqui se transcreve para fins de conhecimento, in verbis:

Outrossim, se o credor da prazo de graça ou de espera e no curso do prazo o devedor principal se arruína ou de qualquer modo fica em situação de menor possibilidade de solver a dívida, o fiador não o sofre. [...] se o credor anui em dilação ao devedor, à, no art. 1503, I, do código Civil, dita moratória, o fiador estará liberado. [...] Tratado de Direito Privado. Belo Horizonte: Bookseller, 2006, p. 198.

Após tecer comentários a respeito do tema de direito material o ministro votou no sentido de dar provimento ao referido recurso para acolher a exceção de pré-executividade apresentada pelos fiadores no processo executivo.

Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso especial para acolher a exceção de pré-executividade oferecida em primeiro grau e, por conseguinte, determinar a exclusão dos fiadores do polo passivo da ação de execução.

4. Conclusão

A medida tratada no presente estudo tem sido utilizada em demasia e muitas vezes com finalidade protelatória. Porém em inúmeras situações as partes se veem em uma situação delicada onde o valor a ser exigido é extremamente elevado e a parte busca agir de má fé para ludibriar as demais partes que compõe a lide.

Deve ser destacado os importantes estudos até aqui elaborados no sentido de implementar e identificar possíveis falhas ou hipóteses no cabimento da exceção de pré-executividade.

O judiciário passa por um momento de crescente aumento no numero de demandas que vem sendo distribuídas. Muitas vezes as partes, por falta de capacidade do advogado, provocam o judiciário quando o caso poderia ser resolvido extrajudicialmente.

Assim podemos indicar que a referida medida é adotado no direito brasileiro como forma de defesa com fundamento em matérias de ordem pública e caso não seja necessário a dilação probatória.

Ainda em relação a sua compatibilidade no direito brasileiro devemos afirmar que o executado pode provocar a cognição do juiz através dos embargos a execução ou

por meio da exceção de pré-executividade, tendo esta última natureza de incidente processual.

Diante do pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial reconhecendo o cabimento da referida medida é preciso ter cuidado no seu uso. Deve ser buscado/evitado sua incidência de maneira ampliativa até mesmo por não haver previsão legal expressa neste sentido.

Desta forma, tendo em vista os princípios que norteiam a nossa Carta Maior, os quais estão acima de qualquer outro ordenamento legal, bem como em homenagem à efetividade e instrumentalidade do processo, entende-se que a exceção de pré-executividade como hipótese de defesa do executado nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial deve ser analisada com cautela pelo magistrado.

Do mais cabe ainda destacar que se a matéria da exceção for de ordem pública, não há que se falar em formação da coisa julgada, porém se o seu fundamento se tratar de direito material a decisão proferida poderá se sujeitar a coisa julgada.

Em relação as custas processuais e aos honorários advocatícios os mesmos, em caso de acolhimento da medida, serão suportados pelo executado. Agora caso haja rejeição a medida tais ônus serão de responsabilidade do excipiente, ainda assim vale ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que caso seja rejeitada a medida não caberá condenação em honorários advocatícios.

Referências bibliográficas

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. 1278 p. 1074.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de pré-executividade: alcance e limites.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª edição. São Paulo: Malheiros.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. Salvador: Juspodivm.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Leonardo. O Processo de Execução, vol 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

KNIJNIk, Danilo. A Exceção de Pré-Executividade. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Embargos do Executado. São Paulo: Saraiva, 1968.

FUX, Luiz. O novo processo de execução (cumprimento da sentença e a execuça extrajudicial). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução.* 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.(Curso de Processo Civil; v. 3).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Parecer n. 95". Dez anos de pareceres. v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

NEVES, Daniel Amorim Assunpção. Manual de Direito Processual Civil. 4.ed.Rio de Janeiro: Forense.

TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais. N.153. 2007.

WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller. 2000.

LA MEDIAZIONE

PROFILI OPERATIVI E PROBLEMATICHE OPERATIVE

Massimo Moriconi

Consigliere dirigente Sezione distaccata di Ostia. Tribunale di Roma. Convegno 25.11.2011 organizzato da Mediaostiensis.

Indice: 1.Premessa; 2. Fattori per il sucesso della mediazione; 3. Le controversie soggette a mediazione; 4. La domanda (o le domande) di mediazione, la pendenza, la competenza territoriale. La convocazione. La connessione nel procedimento di mediazione; 5. La mediazione obbligatoria, la domanda riconvenzionale e la chiamata di terzo. Rapporti fra la domanda di mediazione e la eventuale successiva domanda giudiziale. Le cause connesse. La procedibilità dell'azione giudiziaria. 6. L'avvocato mediatore e l'assistenza dell'avvocato all'esperimento di mediazione. 7. Effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza. 8. I provvedimenti dell'organismo, i conflitti e la loro risoluzione. 9. Il verbale e l'accordo di cui all'art.11 decr.lgs. 28/2010; 9.1. La natura dell'accordo; 9.2. Il rapporto fra il documento-verbale ed il documento-accordo, le questioni relative all'originale e alle copie dell'accordo; 9.3. Il rilascio degli atti; 9.4 Mancata adesione alla mediazione da parte di talune delle controparti, procedibilità della mediazione fra le parti aderenti e possibilità di accordo di mediazione soltanto fra le stesse. Gli effetti dell'accordo sulle parti che non hanno aderito al procedimento di mediazione; 9.5. La natura e la latitudine dell'intervento del giudice dell'omologa; 9.6. Efficacia dell'accordo omologato ed mezzi ed modi per contestarne la validità. Allegatti; 1.Mediazione delegata preliminare immobiliare; 2. Mediazione obbligatoria trasferimento proprietà; 3. Mediazione obbligatoria relativa all'art. 700 CPC; 4. Mediazione delgata; 5. Mediazione e processo sommario ex art. 702 bis; 6. Mediazione in appello; 7.Sentenza non definitiva e ordinanza di avviso mediazione per divisione; 8. Mediazione obbligatoria ex art. 615 CPC.

1. Premessa

Fin dall'autunno del 2010 presso la Sezione distaccata di Ostia del Tribunale di Roma si è iniziata la sperimentazione del nuovo istituto introdotto dal decr.lgs. 28/2010.

Fino al 20 marzo del 2011 data di entrata in vigore della mediazione obbligatoria (ad eccezione delle materie del condominio e rca, per le quali l'entrata in vigore è fissata al 20 marzo 2012), si sono registrate forti resistenze all'avvio alla mediazione delegata da parte del giudice, di fatto subita più che percepita come un utile mezzo di riduzione della soluzione giudiziale, sicché è solo di recente che sia la mediazione delegata che quella obbligatoria hanno potuto essere praticate in numeri significativi.

Per favorire tale processo il Dirigente della Sezione si è fatto carico della selezione, fra tutte le cause che venivano via via introdotte, di quelle da avviare a mediazione (vuoi sotto il profilo della mediazione delegata che di quella obbligatoria di cui all'art. 5 del decr. lgs. 28/2010).

Una volta estrapolatele sono state trattenute dallo scrivente per essere trattate, in gruppi consistenti, ad udienze esclusivamente a ciò deputate.

Può affermarsi che allo stato si assiste ad un radicale cambiamento di mentalità da parte del Foro che si sta abituando a quella che è una ineludibile conseguenza derivante dalla sempre maggiore ingestibilità della massa critica dei procedimenti introdotti, dalla cronica e aggravata situazione del personale amministrativo, per la quale non vi sono prospettive di miglioramento (anzi il contrario a causa del perdurare del blocco del *turn over*), dalla presa di coscienza che si tratta di una legge dello Stato che ormai potrà essere migliorata ma non certo abrogata, ed infine dalla prospettiva, favorevole allo stesso Foro, di una più celere definizione delle controversie, accompagnata dalla correlativa più veloce e ravvicinata percezione dei compensi professionali, con liberazione di energie da dedicare ad altre ed ulteriori controversie.

2. Fattori per il successo della mediazione

Il successo della mediazione è affidato ad una serie di fattori che possono

essere così compendiati:

a. qualità elevata degli organismi di mediazione in tutti i loro componenti (struttura logistica appropriata a rispettare tempistiche concentrate, coordinato e adeguato apparato di supporto tecnico-giuridico ai mediatori, elevata competenza e professionalità di questi ultimi, consapevolezza che un consistente numero di accordi portati a compimento costituirà elemento sintomatico a testimonianza della reale capacità di buon funzionamento di un organismo, il che si accompagna al ripudio ed al contrasto di un vuoto formalismo burocratico);

b. leale collaborazione degli avvocati con l'organismo ed il mediatore, con le controparti e con il giudice;

c. piena comprensione delle potenzialità dell'istituto della mediazione ed energico impulso alla mediazione da parte del giudice;

d. predilizione concettuale dello strumento della mediazione delegata su quello della mediazione obbligatoria;

e. periodicità degli incontri fra Organismi, Foro e Magistratura per l'affinamento degli strumenti di mediazione e per l'elaborazione di protocolli operativi di raccordo fra i vari momenti e soggetti che operano nel sistema del procedimento di mediazione.

Il primo profilo impone che i soggetti ai quali è deputata la scelta dell'organismo (in particolare quindi gli avvocati, ma non solo essi) si muovano più che in un'ottica di appartenenza di categoria cercando di rinvenire fra gli Organismi disponibili quelli che garantiscano il possesso dei requisiti, di cui al punto a. ricercando sperimentando e confrontando i parametri di qualità (che sono cosa diversa dalle indennità richieste e tabellate da ciascun organismo). Solo attraverso questo modello di scelta si potranno incrementare nello stesso tempo la sana competizione favorevole alla crescita della qualità degli Organismi ed il risultato che più di tutti deve essere ambito: il successo della mediazione. Gli organismi di mediazione dal loro canto devono curare la struttura di supporto ai mediatori, specialmente ove si tratti di organismi con mediatori di diverse competenze. Incontri frequenti, corsi di aggiornamento, circolarità e bilancio delle esperienze e disponibilità a prestare collaborazione e ausilio al mediatore sono requisiti che faranno la differenza fra un buon organismo e quello che non lo è.

Il secondo profilo è antitetico alla esiziale prospettiva che la procedura di

mediazione possa diventare un mero ulteriore costoso orpello, una nuova gabella che si aggiunge alle altre esistenti sul viatico di un percorso giurisdizionale infinito, all'interno del quale si sperdono sia il reale concreto interesse del cliente-utente al raggiungimento di un determinato bene della vita, sia quello dell'avvocato a vedere remunerato effettivamente ed in tempi ragionevoli il proprio lavoro. Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana allo sbocco della quale vi è la entusiasmante prospettiva, per l'avvocato ed il magistrato, di poter utilizzare meglio le proprie energie e risorse intellettuali, liberato da una massa di interminabili procedimenti, la cui utilità alla fin fine non è più certa e chiara per nessuno.

Di aiuto a tale percorso è utile sbarazzarsi al più presto di pregiudizi, opinioni e luoghi comuni errati o mal posti quali la costosità della mediazione, la inutilità della stessa presunto duplicato di tentativi già esperiti dall'avvocato e dal magistrato, la messa al bando dell'avvocato la cui presenza al procedimento di mediazione non è (allo stato) obbligatoria per legge, la mancanza di garanzie di adeguata professionalità degli Organismi.

Gli ulteriori due punti riguardano la funzione e la posizione dei magistrati che, accantonando un certo scetticismo fin ora abbastanza diffuso, si impegnino da una parte a conoscere meglio l'istituto e le sue potenzialità, dall'altra, prendendo atto che il concetto di supremazia del diritto puro, per quello che è e presumibilmente sarà lo stato della Giustizia nel nostro paese nei prossimi anni (con sempre meno risorse dislocate), è una pura illusione perché il meglio non è mai andato d'accordo con il troppo. Con spirito costruttivo si proceda all'esame preventivo dei fascicoli per selezionare quelli che, per il loro contenuto, siano ritenuti più idonei ad essere avviati alla mediazione delegata, che è il vero motore della media-conciliazione, dopo l'accensione e la propulsione a spinta di quella obbligatoria. Si disponga, e non solo nella mediazione obbligatoria, la comparizione personale delle parti laddove non risulti il documento informativo redatto dal difensore, così come indicato dalla legge (art.4 3° decr.lgs.28/2010).

Dell'ultimo punto è testimonianza vivente il presente incontro perché solo attraverso l'affinamento della esperienza e la conoscenza di ogni singola fase della mediazione se ne potranno cogliere, al fine di migliorarli, i punti critici e, per esaltarli, i vantaggi.

E' con questo spirito che espongo, con limitata aspirazione sistematica, una serie di problematiche, la cui soluzione è lungi da essere certezza, ma la cui conoscenza già di per sé potrà essere di stimolo allo studio ed approfondimento.

3. Le controversie soggette a mediazione

Occorre distinguere il punto di vista sostanziale da quello processuale; nonché le controversie per le quali la procedura di mediazione è obbligatoria da quelle per le quali non lo è, evidenziando le ipotesi per così dire intermedie.

Dal primo punto di vista, sostanziale, lo sono quelle che hanno ad oggetto diritti disponibili, in materia civile e commerciale.

Fin d'ora è bene significare che è tanto più utile o addirittura necessario approfondire questi concetti quanto più si ritiene che esista la possibilità di un controllo, più o meno penetrante, da parte del giudice in sede di esame della procedibilità dell'azione e di omologa dell'eventuale accordo, nonché nei momenti successivi (esecuzione, inadempimento, contestazione dell'accordo...).

Diritti disponibili si rinvengono in tutte le aree del diritto, comprese ad esempio quella della famiglia, della successione, delle locazioni e del lavoro dipendente, tradizionalmente sedi di tutela forte presidiata da previsioni di indisponibilità assoluta o relativa, e di nullità assolute o relative.

Che siano mediabili anche tali diritti (o meglio i diritti allogati in tali aree), ove disponibili, non può essere revocato in dubbio sia perché non vi è alcuna norma che lo proibisce e sia perché il riferimento della legge alla possibilità, da parte del giudice, di invitare alla mediazione anche allorchè l'udienza per le conclusioni non sia prevista rimanda a settori (rito lavoro e locazioni) dove tale udienza in effetti non c'è.

Vi è anche un'altre accezione, soggettiva, del termine disponibile che riguarda il concreto esercizio del diritto che compete solo al soggetto che ne sia l'effettivo titolare.

L'assenza di titolarità del diritto è causa di nullità dell'accordo di mediazione.

Per talune aree di diritti la mediazione è obbligatoria.

Si tratta delle controversie in materia di *condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende,*

risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicià, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Il tema più controvertibile è senz'altro quello dei diritti reali.

La locuzione, piuttosto vaga, può prestarsi a diverse interpretazioni, il che non è da poco conto considerando le diverse implicazioni e conseguenze dell'essere una controversia soggetta a mediazione obbligatoria o meno.

E' evidente che se si considera solo l'oggetto della domanda una grande moltitudine di controversie può rientrare nella accezione di diritti reali.

Nel caso, ad esempio, di contratto preliminare inadempiuto con conseguente richiesta di sentenza che trasferisca la proprietà (art.2932 cc) *quid juris* ?

Se chiedo di diventare proprietario sto appuntando la mia richiesta su un diritto reale, la proprietà. Ed allora ogni controversia che abbia tale oggetto è soggetta a mediazione obbligatoria. Il criterio che si è ritenuto più aderente alla spirito della legge (che ha dettato un elenco specifico sicchè appare contrario ad esso allargare a dismisura le ipotesi che vi sono soggette), e quindi da preferire, è quello della *causa petendi* della domanda più che l'oggetto della stessa.

In tale ottica si è ritenuto che ipotesi esemplificata non rientri nella mediazione obbligatoria, a differenza del caso in cui si invochi una sentenza dichiarativa del già avvenuto trasferimento della proprietà (allegati 1 e 2)

Reputo che fra le controversie di mediazione obbligatoria rientrino, sempre avendo riguardo alla *causa petendi*, la proprietà mobiliare ed immobiliare, i diritti reali di godimento e quelli di garanzia, la comunione (della proprietà e dei diritti reali di godimento e di garanzia, non del compossesso), le azioni a presidio di tali diritti e l'usucapione, come pure le relative domande (ad es. domande di cancellazione di trascrizione e di iscrizione), le controversie in tema di regime patrimoniale dei coniugi.

Sempre che si fondino su una situazione soggettiva caratterizzata da realità e non obbligatoria.

Dal punto di vista processuale, la mediazione volontaria e quella obbligatoria rispettivamente può e deve intervenire prima della insorgenza o della proposizione di una causa civile, mentre la mediazione delegata, ad opera del giudice, presuppone che la causa sia già in corso.

Quest'ultima (delegata) può essere esperita sia in primo grado o in appello (come detto *prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa*).

Quand'anche vi siano tutti i presupposti di ammissibilità testè esposti, il percorso di mediazione obbligatoria o delegata non è sempre possibile.

In particolare non lo sono nei procedimenti in camera di consiglio nonché allorché veicolate attraverso le fasi introduttive dei procedimenti per ingiunzione, dei procedimenti per convalida di licenza o sfratto e dei procedimenti possessori.

In questi casi o meglio durante tali fasi la mediazione non è consentita. E rimandata ad una fase successiva (rispettivamente dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; dopo il mutamento del rito di cui all'articolo 667 cpc; dopo la pronuncia dei provvedimenti di reintegra o manutenzione di cui all'articolo 703) .

Quanto ai procedimenti di opposizione all'esecuzione forzata (art.5 comma quarto : *d. nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata*) la mediazione è esclusa ovvero secondo altra interpretazione è possibile solo dopo i provvedimenti di cui all'art.624 (sospensione o meno dell'esecuzione) e cautelari, di cui all'art.615 primo comma (sospensione o meno dell'esecutorietà del titolo). Vale a dire nel giudizio di merito, che di regola segue tali fasi processuali.

Poiché le esclusioni sono tassative non sembrano esclusi dalla mediazione (obbligatoria o delegata) gli altri procedimenti cautelari (fra i quali in particolare l'art.700 cpc ricorso di urgenza).

La legge, infatti, disponendo che *lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale* espone un trattamento particolare di tali procedimenti.

Sono soggetti, ed in caso di mediazione obbligatoria devono essere preceduti dall'esperimento del procedimento di mediazione; tuttavia il giudice può (non deve) nelle more emettere il provvedimento cautelare.

Altra interpretazione potrebbe essere che la norma si riferisca invece all'art.669 *quarter*; come dire che, se è pendente una causa per la quale il giudice ha avviato le parti alla mediazione delegata ovvero rilevando la mancata attivazione del tentativo di

mediazione nelle controversie per le quali è obbligatorio tale percorso ed abbia rinviato la causa per dare modo alle parti di provvedervi, in questi casi non è inibita l'emissione di provvedimenti cautelari durante *lo svolgimento della mediazione.*

Tale interpretazione, alla quale è comunque di ostacolo la circostanza che fra le specifiche esclusioni (pur significative riguardando procedimenti contigui quali i possessori) non sono menzionati i procedimenti cautelari (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) , comporterebbe comunque che finché non sia stata fornita la prova che la mediazione è quanto meno in corso di svolgimento il provvedimento cautelare non possa essere emesso.

Chi scrive si è orientato finora per la prima ipotesi come da provvedimento che si allega (allegato 3).

Anche laddove la mediazione obbligatoria o delegata non è prevista, rimane possibile, in ogni caso, la possibilità non preclusa dalla legge di attivare un'istanza di mediazione volontaria. Questo significa che, sia in assenza di controversia giudiziale in corso e sia in presenza di questa, sarà sempre possibile per la parte interessata avanzare domanda di mediazione (si pensi ad esempio al caso del giudizio di opposizione all'esecuzione).

4. La domanda (o le domande) di mediazione, la pendenza, la competenza territoriale. La convocazione. La connessione nel procedimento di mediazione.

Per alcuni di tali argomenti (come la proposta del mediatore) l'esame è rinviato ad altra successiva relazione.

In questa sede proveremo ad enucleare alcune questioni di interesse.

Il decreto legislativo è anodino rispetto alla regola processuale, per cui ogni domanda (giudiziale) va proposta ad un ufficio giudiziario non secondo mera discrezionalità dell'attore ma secondo criteri di collegamento territoriale ben precisi e predeterminati, seppure talvolta alternativi e derogabili sull'accordo delle parti.

Invero l'art.4 del decr.lgs. 28/2010 stabilisce che *la domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo.* C'è da chiedersi se cionondimeno la scelta da parte dell'istante-attore sia del tutto libera.

Giova subito premettere che ad avviso dello scrivente non è consigliabile, per la ragione che sarà chiara in prosieguo, all'attore/istante fare scelte di convocazione della controparte arbitrarie, strumentali ed avventate. Potrebbe pagarne il costo.

In mancanza di qualsiasi risposta espressa da parte del legislatore, il problema è di non poco conto. Si può creare una situazione di incertezza anche notevole.

Si potrebbe affermare che la controparte convocata davanti ad un organismo del tutto svincolato dal luogo individuabile secondo i normali criteri di competenza dettati dal codice di procedura civile può controbilanciare tale scelta dell'istante con la non adesione e non partecipazione all'incontro di mediazione.

Ma in realtà la questione è più complessa.

Infatti si possono verificare situazioni non macroscopiche, dove non è evidente la strumentalità e inaccettabilità logica della convocazione.

Se si pone mente che sempre più (cioè dopo l'originario decreto legislativo) la mancata partecipazione della controparte al procedimento di mediazione è vista con disvalore e sanzionata (ricordo, oltre alla previsione dell'art.8 quinto comma del decreto lgs. *dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile,* la recente novella della l.148/2011 a seguito della quale il testo dell' art. 8 decr.legisl. 28/2010 risulta così formulato *in caso di mancata partecipazione alla convocazione, senza giustificato motivo, il Giudice condanna la parte assente al pagamento di una somma corrispondente all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio*), non si può non convenire che la situazione di incertezza che si determina a carico della controparte (aderire o meno) di fronte ad una convocazione territorialmente anomala (non sapendo cosa deciderà il giudice nel prosieguo) dovrebbe essere rimossa dallo stesso legislatore.

In attesa di ciò sarà il giudice a valutare se considerare accettabile o meno la mancata comparizione; giudizio dal quale non dipenderanno solo le sorti (sanzionatorie) del convenuto non comparso, ma, nella mediazione obbligatoria, l'essere o meno stato validamente esperito il tentativo di mediazione ed in definitiva la procedibilità della domanda.

Infatti in presenza di una convocazione davanti ad un organismo non ritenuto dal giudice coerente con ragionevoli collegamenti territoriali con la residenza o la sede

del convenuto, si potrebbe ritenere non validamente esperito il tentativo di conciliazione, con quanto ne può conseguire a carico dell'istante-attore.

Sul concetto di *ragionevole* (che ovviamente non può coincidere con il pedissequo rispetto dei criteri di collegamento previsti dal codice di procedura civile, non applicabile *tout court* alla mediazione) il discorso rimane aperto (si vuol dire in altre parole che una convocazione al di fuori dei criteri di collegamento territoriale previsti dal codice di rito non sempre e necessariamente deve considerarsi errata ed arbitraria; ad esempio se l'istante risiede ad Ostia e convoca il convenuto ad Ostia per la mediazione, anche se secondo il codice di rito la causa doveva essere incardinata a Roma, la convocazione per la mediazione andrà senza dubbio considerata valida).

Nel caso *di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione* (art.4 decr.lgs.28/2010).

L'aspetto che si pone con evidenza è la mancata previsione nella legge di un modo di risoluzione dell'eventuale conflitto fra diversi organismi, come pure i casi di continenza delle domande (vale a dire il caso in cui non si tratti di domande uguali, ma di un procedimento di mediazione che sia più ampio come causa *petendi* e *petitum* rispetto all'altro).

Neppure è previsto come debba concludersi il procedimento recessivo.

Verosimilmente dovrà essere, nei limiti del possibile, il giudice adito per la controversia, previa richiesta di notizie agli organismi, a risolvere i conflitti (vedi *infra*).

L'art.8 primo comma seconda parte del decr.lgs.28/2010 prevede *che la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.*

In applicazione della libertà di forme che ispira il procedimento di mediazione l'organismo comunica quanto deve alle parti a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento ovvero posta elettronica certificata (a maggior ragione anche la notifica a mezzo ufficiale giudiziario seppure improbabile è ammissibile).

La non necessità di forme predeterminate è molto importante, potendosi immaginare svariate situazioni che consentono di ritenere soddisfatto il precetto normativo senza necessità di comunicazioni formali (ad es. la dichiarazione *per*

conoscenza e rinuncia alla comunicazione datata e firmata della controparte in calce alla lettera di comunicazione predisposta dall'organismo vale quale avvenuta comunicazione; la diretta comparizione della controparte che abbia ricevuto comunicazione solo telefonica o per fax della convocazione all'incontro di mediazione può secondo le circostanze e la condotta della controparte, che nulla eccepisca, ratificare la conoscenza della convocazione).

L'uso del fax o della ordinaria posta mail potrà servire (ed anzi visti i tempi stretti del procedimento di mediazione) servirà a dare veloci e immediate anticipazioni e conferme ma non potrà sostituire le forme di comunicazione predette che sono le sole che garantiscono l'avvenuta ricezione.

Naturalmente laddove il procedimento si svolga, a richiesta dell'istante, in forma telematica, si adotteranno le relative regole (fermo restando che le parti convenute potranno essere coinvolte in tale modo di procedere solo se disponibili).

Può accadere che la parte convenuta in mediazione sia interessata a che partecipi al procedimento un soggetto terzo. Molte volte la possibilità di provocare la presenza di tale soggetto può addirittura fare la differenza tra l'adesione o meno della controparte al procedimento di mediazione.

Ad esempio si pensi al caso normato dall'art.1916 cc che in tema di assicurazione contro i danni prevede che *l'assicurato è responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di surrogazione 1916 cc.*

Si tratta di norma importantissima perché rende edotti che una transazione sbagliata o inconsapevole, vale a dire che non tenga conto delle implicazioni della norma, espone il danneggiante che ha raggiunto l'accordo con il danneggiato a responsabilità risarcitorie nei confronti dell'assicurazione, che a causa della transazione abbia perso o visto pregiudicato il suo diritto di rivalsa contro il danneggiante.

Un esempio. Il convenuto viene convocato in mediazione per un danno che l'istante assume aver subito. Il convenuto è assicurato e al di là della contestazione della sua responsabilità ha utilità o necessità che la compagnia assicuratrice sia coinvolta nel procedimento di mediazione.

Quid juris ?

In mancanza di norma espressa, il modo di procedere corretto può essere il seguente: l'organismo renderà edotto il convenuto, già fin nella comunicazione di

convocazione, che laddove ne abbia un interesse qualificato, potrà svolgere istanza di mediazione, davanti allo stesso organismo, nei confronti di un terzo.

Si tratta di una mera avvertenza, perché la rimane rimessa alla parte convocata la valutazione e la scelta se procedere o meno in tal modo.

Nel caso in cui essa sia interessata dovrà attivare quanto prima possibile un autonomo procedimento di mediazione davanti allo stesso organismo, che a questo punto, viste le circostanze, ben potrà riunire i procedimenti (che rimangono, esattamente come accade per l'analoga situazione giudiziaria, pur se riuniti giuridicamente autonomi e distinti) e svolgere un tentativo di mediazione unitario.

Naturalmente anche dal punto di vista delle indennità la riunione non modifica la autonomia dei procedimenti.

5. La mediazione obbligatoria, la domanda riconvenzionale e la chiamata di terzo. Rapporti fra la domanda di mediazione e la eventuale successiva domanda giudiziale. Le cause connesse. La procedibilità dell'azione giudiziaria.

Sono temi complessi e delicati, in un ambito nel quale la legge offre più silenzi che indicazioni.

In attesa di sviluppi giurisprudenziali si possono esporre alcune riflessioni ed alcuni primi punti fermi della giurisprudenza ostiense (si allegano alcuni provvedimenti in materia di mediazione delegata, allegati 4-8).

La norma (art.5 decr.lgs.28/2010) prevede testualmente che *chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di ... è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ... . L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.*

Ad una prima lettura della norma sembrerebbe che solo l'attore della causa sia

obbligato ad avviare il procedimento di mediazione.

In realtà è possibile una diversa e più ampia ricostruzione della normativa, così come ritenuto dallo scrivente in diversi provvedimenti finora emessi, di cui si riassume la motivazione pertinente al tema in esame.

Le domande riguardanti materie soggette a mediazione obbligatoria sono sottoposte alla disciplina per tale procedimento prevista quale che sia la parte proponente e la fase del giudizio nella quale la domanda viene introdotta.

Più specificamente, nulla (se non imperfezioni di tecnica legislativa) autorizza a ritenere il contrario.

La legge non distingue fra domanda dell'attore e domanda riconvenzionale del convenuto (o del terzo).

L'art. 5 del decr.lgs.28/2010 prevede infatti che *chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad ..... è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto .... .*

La domanda giudiziale, quella dell'attore, come pure quella del convenuto (o del terzo) in via riconvenzionale, si qualifica come tale e ciò è sufficiente, ove avente ad oggetto una delle materie di cui al primo comma dell'art.5 del decr.lgsl 28/2010, a ritenerla soggetta alla disciplina della mediazione obbligatoria.

Non è sufficiente prova in contrario il richiamo, che si legge nell'art.5, al *convenuto,* quale soggetto che può eccepire, ferma restando la pari potestà del giudice, *in limine litis*, il mancato esperimento del procedimento di mediazione.

Ciò in quanto non è la collocazione della parte (sul fronte dell'attore o in quello del convenuto) a decidere se la mediazione è obbligatoria, ma il contenuto della domanda giudiziale, domanda che come è noto può essere dispiegata sia dall'attore e sia, in via riconvenzionale, dalle altre parti del giudizio (convenuto e terzo chiamato).

La imprecisione dell'espressione convenuto del resto si ricava anche da altri indizi rilevatori come ad esempio la inadeguatezza del termine per regolare le fattispecie di opposizione a decreto ingiuntivo.

Evidente esigenza di garanzia di pari diritti per ogni parte processuale impone una interpretazione *costituzionalmente orientata* della norma, che riduca a mera imperfezione tecnica il predetto riferimento, in modo tale da assicurare che *ogni domanda giudiziale* in *subiecta materia*, quale che sia la parte che la propone, debba

essere preceduta da tentativo di mediazione.

L'eventuale improcedibilità in questo caso sarà riferita non all'intero giudizio ma solo a quella parte di esso relativa alla domanda carente per omessa mediazione.

Quanto sopra sta a significare che ove una parte diversa dall'attore (sia essa il convenuto ovvero il terzo chiamato) avanza una domanda (va sottolineato che si deve trattare di domanda vera e propria, non di eccezione o eccezione riconvenzionale), che rientri nelle materie di cui all'art.5 primo comma del decreto 28/2010, tale domanda impone l'attivazione del procedimento di mediazione obbligatoria che se non già attivato dovrà esserlo ad iniziativa del giudice nei modi previsti dall'art.5 seconda parte.

Sarà altresì possibile che all'interno di una stessa causa possano convivere, fra gruppi di parti diverse, segmenti diversi di mediazione, quella delegata e quella obbligatoria; senza che ogni segmento perda le caratteristiche e il contenuto che ad esso sono propri.

E così, l'eventuale improcedibilità della domanda potrà, nel caso suddetto, essere riferita solo al segmento che attiene alle materie di cui all'art.5 primo comma.

Naturalmente, sempre che vi sia il presupposto perché tale separazione di segmenti possa operare.

A tale proposito è utile ricordare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui *nell'ipotesi in cui un terzo sia stato chiamato in causa dal convenuto come soggetto effettivamente e direttamente obbligato alla prestazione pretesa dall'attore* (ma invero anche solo in qualità di corresponsabile) *la domanda di quest'ultimo si estende automaticamente ad esso senza necessità di una istanza espressa, costituendo oggetto necessario del processo, nell'ambito di un rapporto oggettivamente unico, l'individuazione del soggetto effettivamente obbligato. Analoga estensione non si verifica, invece, nel caso di chiamata del terzo in garanzia, stante l'autonomia sostanziale dei due rapporti, ancorché confluiti in un unico processo.*

Ne consegue che nel primo caso la mediazione sarà da considerarsi obbligatoria per tutte le parti, mentre l'autonomia dei segmenti vale solo per la seconda ipotesi.

Per completezza vale osservare che a quanto precede potrebbe opporsi altra interpretazione delle norme in base alla quale il tentativo obbligatorio di mediazione sarebbe imposto solo ed esclusivamente alla parte che dispiega la prima domanda cioè

l'attore e ciò in quanto il risultato al quale la mediazione è diretta, cioè evitare il proliferare del contenzioso giudiziario, sarebbe in ogni caso frustrato dall'essere la causa già in atto.

Non si ritiene tale opinione esaustiva per varie ragioni, fra le quali il fatto che il giudice, nel caso di mediazione obbligatoria, e benché la causa sia già in atto, ordina comunque che si proceda a tentativo di mediazione nel caso in cui questa non sia stata attivata; nonché la considerazione che scopo della mediazione è anche quello di pervenire alla soluzione delle liti con uno strumento diverso dalla sentenza del giudice.

Pur nel silenzio della legge occorre ricostruire il sistema di mediazione in modo tale che possa essere in esso prevista e regolata la ipotesi di connessione di cause determinate dalla chiamata in causa di terzo.

In questo caso il giudice attiva la mediazione delegata o obbligatoria per tutte le parti del giudizio e quindi anche nei confronti del terzo chiamato.

Fermo restando che l'autonomia dei singoli rapporti giudiziali, pur nella trattazione unitaria del giudizio che segue alla chiamata in causa, fa sì che ogni segmento della causa relativo ai distinti rapporti possa subire, anche in relazione alla natura del rapporto e dell'oggetto della relativa domanda, percorsi (ed esiti sia di mediazione che processuali) diversi a seconda delle condotte delle parti inviate in mediazione.

Altra questione è se la procedura di mediazione debba sempre essere proposta dalla parte che agisce in giudizio. La risposta è negativa.

Si consideri la seguente ipotesi: a seguito di una messa in mora stragiudiziale da parte di una banca per un certa prestazione Tizio si rivolge all'organismo di mediazione esponendo le ragioni e l'oggetto per cui non ritiene in tutto o in parte dovuta la prestazione richiesta richiedendo il tentativo di conciliazione. La banca aderisce al tentativo e vi partecipa esponendo e contrapponendo le sue ragioni e le sue richieste. Le parti non si accordano e la banca propone un'azione giudiziale.

Può essere considerata la domanda improcedibile per non essere stata la banca parte esperente la mediazione come prevede ed obbliga la legge per chi in determinate materie vuol esercitare un'azione giudiziale ?

E' da ritenere che se la domanda della banca rientra, per causa *petendi* e *petitum*, nell'alveo di quanto già discusso e rappresentato nel precedente procedimento

di mediazione non sia necessario che la banca attivi un nuovo esperimento di mediazione, potendo ritenersi che esso sia stato già in precedenza, sia pure con la banca in veste di controparte del richiedente, effettuato.

Laddove l'esperimento della mediazione è previsto come condizione di procedibilità della domanda l'omissione, ove eccepita o rilevata tempestivamente, e non risolta neppure all'esito dell'intervento sollecitatorio del giudice, comporta la improcedibilità della stessa. Come emerge da quanto precede tale provvedimento potrà riguardare anche solo taluni segmenti della causa.

La valutazione di procedibilità comporta necessariamente l'esame ed il confronto fra la domanda di mediazione, che secondo il decr.leg. 28/2010 deve esporre le ragioni e l'oggetto della domanda, e la domanda giudiziale.

Da ciò deriva che non è sufficiente che in sede di controllo giudiziale la parte onerata produca (mediante il relativo verbale) la semplice attestazione di mancato accordo davanti al mediatore.

E' per contro e per ineludibile logica necessario che sia prodotta anche la copia della domanda di mediazione in modo da consentire al giudice di valutae che il contenuto della domanda giudiziale sia corrispondente a quello della domanda di mediazione.

In altre parole, non è sufficiente che si sia esperita una *qualsiasi* (domanda di) mediazione, dovendo piuttosto trattarsi di una domanda di mediazione corrispondente alla domanda giudiziale.

Si invitano pertanto utenti ed operatori a prestare la massima attenzione nella predisposizione della domanda di mediazione perché, nelle materie di cui all'art.5 primo comma, l'erronea articolazione potrebbe comportare una valutazione di mancato esperimento della mediazione, con quanto ne consegue.

Vale comunque evidenziare che tale problema potrà porsi pressoché esclusivamente in mediazioni diverse da quelle attivate su impulso del giudice (vuoi che siano delegata e vuoi che siano obbligatorie ma non intraprese prima del giudizio) : infatti nel caso contrario, la istanza di mediazione non potrà che fare riferimento alla prospettazione già espressa dalla parte nella causa in corso.

La mancata adesione o partecipazione delle controparti al procedimento di mediazione obbligatoria non esonera l'attore (nella causa, istante nella mediazione) di

presentarsi davanti al mediatore che attesterà se del caso la mancata partecipazione di alcune o di tutte le controparti, redigendo il relativo verbale.

Il Ministero della Giustizia anticipava tale orientamento con la *circolare 4 aprile 2011 – Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti* nella quale si legge : *... è inoltre, rilevante considerare che, nel corso del procedimento di mediazione, il mediatore potrebbe ragionare con l'unica parte presente sul ridimensionamento o sulla variazione della sua pretesa da comunicare all'altra parte come proposta dello stesso soggetto in lite e non del mediatore.*

In conclusione: la previsione, per talune materie, di una condizione di procedibilità comporta che la mediazione debba essere effettivamente esperita dinanzi al mediatore, sia pure con le modalità sopra indicate, con la conseguenza che, per ritenersi esperita la condizione di procedibilità, l'unico soggetto legittimato secondo legge a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore e non la segreteria dell'organismo di mediazione.

Ai fini, quindi, della corretta applicazioni delle previsioni normative di riferimento, questa direzione, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, invita gli organismi di mediazione ad adeguarsi alla presente circolare nei sensi di cui sopra, limitando alla sola fattispecie della mediazione volontaria l'applicazione di una eventuale previsione del regolamento di procedura che abbia contenuto analogo a quello preso in esame"

Successivamente trasfusa nel DM n.145/2011 (art.3), con il quale l'art.7 del DM 180/2010 è stato così sostituito: *"il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione"*

Ne consegue che la mancata partecipazione dell'istante/attore al procedimento di mediazione anche nel caso di mancata adesione o partecipazione della o delle controparti comporta l'improcedibilità della domanda giudiziale.

La sanzione della improcedibilità consegue infatti, per ineludibile esigenza logica, non solo al mancato esperimento del procedimento di mediazione, ma anche ad un esperimento viziato in misura tale da poter essere equiparato al mancato svolgimento (si pensi al caso di presentazione della domanda alla quale non segue, nonostante la convocazione, la comparizione davanti al mediatore); così come alla mancata prova dell'esperimento (che può derivare dalla omessa produzione del verbale di mancato

accordo); ovvero (?) alla ipotesi che segue.

Cosa accade se all'udienza successiva allo spirare del termine di quattro mesi concesso dal giudice la mediazione è stata iniziata ma non ancora conclusa ?

La questione è rilevante, perché non è ammissibile che la giurisdizione possa essere sospesa a tempo indeterminato per la inerzia o ritardo di un ente di mediazione.

Il giudice potrà segnalare al responsabile degli organismi presso il Ministero la circostanza ed inoltre.. .

Le soluzioni, in mancanza di indicazioni da parte della legge possono essere varie.

Da quella che pone la sanzione di improcedibilità a carico della parte che ha scelto un organismo inadeguato fino al rinvio dell'udienza in attesa della conclusione della mediazione (ma tale ultima soluzione si scontra sia con la generale inapplicabilità della sospensione del giudizio – che di fatto di ciò si tratta- per cause esterne ad esso non codificate e sia con la evidente *voluntas legis* di contenere in tempi stretti la durata della mediazione, che non può diventare un'ulteriore causa di ritardo dei processi !)

Concludo questo aspetto della relazione anticipando un tema che sarà in seguito ripreso, quello della mancanza nella legge di un espresso criterio di risoluzione degli errori e dei contrasti causati dall'organismo di Mediazione prescelto e che ripropone l'importanza di affidarsi ad Organismi di elevata e comprovata qualità.

La realtà è che tali errori e contrasti finiranno in un modo o in un altro, prima o poi, per ricadere sulle parti.

Quid juris se l'organismo in presenza del rifiuto della controparte di aderire e partecipare al procedimento di mediazione obbligatoria dichiara senz'altro concluso l'esperimento ?

Ovvero, ipotesi già verificata accaduta in concreto, così provvede nel caso in cui solo alcuna delle parti convocate abbia dichiarato di aderire ?

La regola generale, che anticipo, è che di regola sarà, e non può essere altrimenti, il giudice a dire l'ultima parola e quindi a risolvere il conflitto.

Fermi restando possibili sbocchi giudiziari nel rapporto organismo-utenti .

Il giudice infatti non può impartire disposizioni operative (sul come comportarsi) all'organismo, piuttosto dichiarerà non esperito, o, che è lo stesso, non regolarmente esperito il tentativo di conciliazione che dovrà essere pertanto, sempre che

il giudice non dichiari senza ulteriori rinvii l'improcedibilità, ripetuto.

6. L'avvocato mediatore e l'assistenza dell'avvocato all' esperimento di mediazione

Come è noto allo stato della legislazione l'assistenza dell'avvocato della parte che richiede o partecipa al procedimento di mediazione non è obbligatoria.

Tuttavia l'assenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione può costituirne un elemento di debolezza.

Per contro anche un organismo di mediazione nel quale sia prevista la presenza di soli avvocati-mediatori costituisce un limite obiettivo al miglior funzionamento dell'organismo (del che è testuale conferma la previsione normativa del DM 145/2011 modificativo dell'art.4 del DM 180/2010 secondo cui il Regolamento dell'organismo deve prevedere criteri per l'assegnazione degli affari *rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta*).

Ed invero è difficile negare che la multidisciplinarità dei mediatori di un organismo sia una ricchezza culturale ed una garanzia di maggiore professionalità e competenza dell'organismo capace in tale modo di dislocare il mediatore più adatto alla specifica fattispecie.

Ma se da una parte l'eccessiva concentrazione di mentalità giuridica costituisce un limite per il rischio di riproduzione nel procedimento di mediazione della dinamica giudiziale e processuale propria del giudizio dove l'obiettivo non è mai il pareggio ma la vittoria sull'avversario, dall'altra occorre ritenere che l'assistenza della parte a cura dell'avvocato consapevole del suo ruolo sia un elemento se non necessario certamente assai utile per il raggiungimento del successo della media - conciliazione.

Ed infatti, come la presente relazione testimonia, è pura illusione concepire la conciliazione in una dimensione del tutto avulsa dal diritto.

Si tratta di una illusione pericolosa perché può indurre sottovalutazione dell'importanza di un percorso oltre che amichevole e concordato anche in armonia con i principi regolatori dell'ordinamento giuridico e non esponga la parte rappresentata alle conseguenze di vizi e invalidità dell'accordo.

Il difensore può quindi, sol che lo voglia, svolgere un ruolo molto importante,

in particolare nel contribuire ad incanalare e rivestire l'accordo amichevole raggiunto in veste e forma giuridicamente corretta.

E' però fondamentale che il difensore partecipi lealmente e con intento costruttivo al procedimento di mediazione, non considerandolo piuttosto come un fastidioso pedaggio per la fase giudiziale (o peggio ancora come la prospettiva di una perdita secca di guadagno rispetto al rendimento della causa).

Peraltro la presenza di un avvocato introduce un serie di questioni interessanti, in termini procedurali.

Premesso che il procedimento di mediazione è espressamente informale (art.3 decr.lgs.28/2010 *gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità*) sicché è da escludere in via generale la possibilità di trasposizione in esso di regole dettate per il processo civile, ci si deve interrogare se sia possibile applicare al procedimento di mediazione talune norme dettate per il processo civile in base al criterio della compatibilità.

In particolare il riferimento va agli artt.170 e 185 cpc.

L'art. 170 cpc dispone che *dopo la costituzione in giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito.*

V'è da ritenere che in analogia con tale norma e non ostandovi né la logica giuridica né il buon senso una volta che la parte abbia rilasciato procura al difensore per essere rappresentata ed assistita nel procedimento di mediazione, eleggendo presso il medesimo domicilio, non vi siano ostacoli di sorta per ritenere che l'organismo di mediazione debba effettuare ogni comunicazione alla parte presso il difensore.

L'art.185 cpc, a seguito della convocazione personale delle parti davanti al giudice, dispone che *quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte.*

Ci si chiede se tale norma possa essere applicata anche nel procedimento di mediazione, con il vantaggio di consentire al difensore di autenticare la procura conferita dalla parte al suo procuratore, nei termini espressi dalla norma.

Ed invero va considerato che nessuna norma impone che nella media-conciliazione il conferimento della rappresentanza avvenga con tali forme (scrittura privata autenticata o atto pubblico) mentre è certo che alla mediazione si applicano le norme di portata generale di cui agli artt.1392 e 1393 cc (per cui il conferimento del potere rappresentativo ha il solo limite di seguire la forma dell'atto da compiere). E ben difficilmente un avvocato si presterebbe a presentare una procura inveritiera.

Va tuttavia considerato che, mentre nel caso precedente la possibilità di effettuare le comunicazioni, come previsto dall'art.170 cpc, al domicilio eletto riposa sulla volontà validamente espressa dalla parte, in questo secondo caso la risposta positiva è meno semplice, perché la possibilità da parte dell'avvocato di autenticare la sottoscrizione di una scrittura privata non può che derivare espressamente dalla legge, che lo prevede solo nell'ambito del processo.

Certo si è però che vi è una evidente analogia di situazioni, in particolare va sottolineato come la rubrica dell'art.185 reciti *tentativo di conciliazione* sicchè l'applicazione anche nel procedimento di media-conciliazione di tale norma non costituirebbe un palese strappo alla legalità.

Tuttavia in attesa di pronunce della S.C., che irrobustiscano tale tesi, è preferibile essere prudenti per evitare che successivamente all'accordo possano essere sollevate eccezioni di validità dello stesso.

Piuttosto vale seguire, in mancanza di atto pubblico o scrittura privata autenticata, un'altra via quella suggerita dall'art.88 att.cpc.

Se la conciliazione avviene tra i procuratori non autorizzati a conciliare, il giudice ne prende atto nel processo verbale di udienza e fissa un'udienza per la comparizione delle parti e per la formazione del processo verbale indicato nel comma precedente.

In altre parole, nulla vieta che, secondo le circostanze, il mediatore proponga di procedere pur in presenza di un soggetto che non essendo la parte non sia munito di procura autenticata o pubblica, anche pervenendo ad una bozza di accordo, salvo poi a rinviare per la formalizzazione dello stesso.

7. Gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza

Prescrive la legge (art.5 comma sesto del decr.lgs.28/2010) *che dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo*

La disposizione relativa alla prescrizione è vaga quanto al termine finale.

Mentre infatti nel caso della domanda giudiziale questo è ben delineato da norme e giurisprudenza (cfr. art.2945 cc) lo stesso non può dirsi per la media conciliazione dove sentenza definitiva, lodo non più impugnabile (in caso di arbitrato) ed estinzione (i parametri considerati dall'art.2945 cc) non ci sono.

Per analogia si potrebbe pensare al momento in cui viene depositato il verbale di mancato accordo.

Quanto alla decadenza di norma derogatrice al principio fissato dall'art. 2966 secondo il quale *la decadenza non è impedita se non dal compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto.*

La particolarità della norma è che di fatto si tratta di una sorta di interruzione (istituto che non si applica ordinariamente alla decadenza) limitata allo spazio che intercorre dalla comunicazione alle controparti della domanda di mediazione fino al deposito presso la segreteria dell'organismo di mediazione del verbale.

E' di tutta evidenza la grave conseguenza di una non efficiente organizzazione dell'organismo che può causare decadenze laddove non abbia operato secondo sequenze tempestive e corrette.

Peraltro onde evitare conflitti con le parti sarebbe opportuno che la presenza di una decadenza incombente sia sempre segnalata all'organismo con la domanda in modo che si possano attivare i migliori protocolli operativi che l'organismo dovrebbe predeterminare per tale evenienza.

Poiché infatti la comunicazione da parte dell'organismo può essere fatta ai sensi dell'art.8 del decr.lgs.28/10 *con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione* e quindi non necessariamente in modo tale da garantire quella formalità che è invece necessaria per un effetto così importante come l'interruzione del decorso della

decadenza, potrebbe accadere che la comunicazione non vada a buon fine, ovvero richieda tempi non compatibili con l'urgenza, ed in tali casi la migliore soluzione è ricorrere alla possibilità prevista dalla norma che consente che la comunicazione alle controparti sia effettuata *anche a cura della parte istante*, che in tal modo si assumerà l'onere e la responsabilità della scelta del mezzo del modo e del tempo di comunicazione della domanda.

8. I provvedimenti dell'organismo, i conflitti e la loro risoluzione

La legge (il decr.lgs.28/2010) non si è occupata di tale questione, che vale quanto meno fare emergere a livello problematico.

Se più domande di mediazione vengono presentate presso diversi organismi vale il principio della prevenzione. Vale a dire è competente l'organismo *presso il quale e' stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione* (art.4).

Ma se i due organismi ritengono di essere entrambi competenti (conflitto positivo, ché quello negativo è possibile ma improbabile) che accade ?

La legge non lo dice.

Si può immaginare che ognuna delle parti rivendichi la bontà della sua scelta rifiutandosi di presentarsi davanti all'organismo di mediazione prescelto dalla controparte.

Si determinerà un *empasse*, nel senso che ognuna delle parti intende esperire il tentativo di mediazione ma questo rimane bloccato.

Il conflitto potrà essere risolto solo in sede giudiziale. Il giudice adito da una delle parti, accertato che non è stata esperita compiutamente la mediazione, chiederà spiegazioni alle parti, potrà richiedere ed acquisire dagli organismi ogni utile informazione e documento ed all'esito disporrà la media conciliazione davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda.

Se la qualifica (obbligatoria o non) data dall'organismo alla procedura di mediazione (sempre che non sia stata già qualificata dal giudice nel qual caso non vi sono spazi per discussione, almeno fino alla conclusione del giudizio davanti a quel giudice) non è condivisa dalle parti o da una di esse, chi decide ?

Come è facile intuire la differenza è grande perché ha ricadute sull'importo delle indennità - che è differente nella mediazione obbligatoria rispetto a quella non obbligatoria -, sulla obbligatorietà o meno della partecipazione dell'istante all'incontro con il mediatore anche in assenza delle controparti, sulla obbligatorietà o meno dello svolgimento della mediazione anche laddove le indennità non siano state regolarmente corrisposte.

Se il valore della controversia è dubbio o controverso che accade ?

In questo caso la norma (non la legge ma il DM 145/11 che ha modificato l'art.16 del DM 180/2010) prevede che *qualora il valore risulti indeterminato, indeterminabile, o vi sia una notevole divergenza tra le parti sulla stima, l'organismo decide il valore di riferimento, sino al limite di euro 250.000, e lo comunica alle parti. In ogni caso, se all'esito del procedimento di mediazione il valore risulta diverso, l'importo dell'indennità è dovuto secondo il corrispondente scaglione di riferimento.*

Pertanto se fino al valore di €.250.000 prevale in ogni caso la decisione dell'organismo, che accade negli altri casi? E comunque si tratta anche nel primo caso di decisione definitiva o rimane aperta la possibilità di contrastarla in altra successiva sede?

Ciò che si può dire è che in definitiva non può che essere il giudice (a seconda dei casi quello stesso davanti al quale dovrà proseguire la controversia o altro, secondo le ordinarie regole di competenza) a risolvere tali conflitti, anche se è difficile dire esattamente in che modo.

Proviamo a immaginare.

Se la mediazione è stata attivata a seguito di impulso del giudice (mediazione delegata ovvero obbligatoria ma non esperita prima dell'inizio del giudizio) l'organismo non potrà discostarsi dalla qualificazione data dal giudice.

L'organismo ha una leva formidabile per indurre le parti ad accettare la sua determinazione.

Infatti se in linea generale l'organismo deve sempre procedere alla mediazione quando richiestagli (sicuramente non può rifiutarsi nel caso di mediazione obbligatoria visto il tenore dell'art.16 del DM 180/2010 come modificato dall'art.5 del DM 145/2011 secondo cui *in ogni caso, nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la*

mediazione) per contro è consentito (art.16 del DM 180/2010 come modificato dall'art.5 del DM 145/2011) che il *regolamento di procedura dell'organismo* possa *prevedere che le indennità debbano essere corrisposte per intero prima del rilascio del verbale di accordo di cui all'articolo 11 del decreto legislativo*.

Come dire, che in caso di mancato integrale pagamento delle indennità (che va ricordato sono a carico solidale delle parti) l'organismo potrà legittimamente rifiutarsi, in ogni specie di mediazione, cioè sia volontaria che obbligatoria, di rilasciare il verbale (di accordo o di mancato accordo).

L'esito definitivo della risoluzione dell'eventuale disaccordo sulle indennità non potrà che essere la sede giudiziaria.

Come dire che la parte che, sia pure *obtorto collo*, abbia pagato le indennità ritenute non dovute potrà rivolgersi al giudice in sede contenziosa, così dal suo canto l'organismo potrà richiedere un decreto ingiuntivo per l'attività svolta sulla base della prova scritta costituita da documenti della mediazione, verbale, regolamento dell'organismo e quant'altro.

9. Il verbale e l'accordo di cui all'art.11 decr.lgs. 28/2010

Prevedono gli artt.11 e 12 del decr.lgs.28/2010 che (art.11) *se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo...**s**e è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere.*

Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento....il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso e' rilasciata copia alle parti che lo richiedono ... . (art.12) il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario

all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo.Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale

Una moltitudine di interrogativi si affacciano dalla lettura delle norme citate.

Norme invero assai scarne che mettono a dura prova la capacità di ridurre a sistema organico e coerente con l'ordinamento giuridico tale figura di accordo.

Gli interrogativi riguardano in particolare

- la natura ed il contenuto dell'accordo e la sua corrispondenza o meno a figure già presenti nell'ordinamento;

- il rapporto fra il documento-verbale ed il documento-accordo, le questioni relative all'originale e alle copie dell'accordo;

- gli effetti dell'accordo sulle parti che non hanno partecipato al procedimento di mediazione, l'efficacia dell'accordo omologato ed i mezzi ed i modi per contestarne la validità;

- la natura e la latitudine dell'intervento del giudice dell'omologa,

Si tratta, come è evidente, di problematiche connesse ed interdipendenti, perché a seconda che si qualifichi in un modo o in un altro l'accordo ne conseguono diverse risposte ai successivi interrogativi.

9.1. La natura dell'accordo

L'art.1 del decr.lgs.28/2010 in sede definitoria definisce la mediazione *come l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.*

Precisa che *il mediatore è la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo*.

E che la conciliazione è *la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.*

Da quanto precede può affermarsi quindi che con la mediazione si è fuori dell'area dell'arbitrato, sia rituale che irrituale.

E' utile ricordare, per una parziale affinità di contenuto, che in questa seconda specie di arbitrato le parti si propongono di rimettere all'arbitro la soluzione di controversie insorte o insorgende soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alle stesse parti, le quali si impegnano ad accettare la decisione come espressione della loro volontà.

Ma la somiglianza non va oltre tale specifico aspetto, perché, a differenza dell'arbitrato, nella mediazione l'accordo è riconducibile in termini giuridici solo alle parti; come, fra l'altro, testimonia la prescrizione normativa che prescrive la firma del documento-verbale anche da parte del mediatore ma non anche del documento-accordo (peraltro, per ragioni che saranno evidenti in seguito, è opportuno che il mediatore, sia pure solo al fine di attestare la provenienza delle firme, sottoscriva anche il documento contenente l'accordo).

L'accordo costituisce ma non sempre e non necessariamente un negozio transattivo.

La transazione (art.1965 cc) è *il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.*

Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti

Come è noto con la transazione le parti nell'intento di far cessare la situazione di dubbio (*res dubia*), venutasi a creare tra loro, si fanno delle concessioni reciproche *(aliquid datum aliquid retentum*).

Se il primo requisito (*res dubia*) è sempre presente anche nel procedimento di mediazione, non altrettanto può dirsi per il secondo, potendo configurarsi un accordo nel quale tale reciprocità difetti (si pensi ad es.al caso in cui la controparte, anche all'esito dei buoni uffici del mediatore, aderisca *sic et simpliciter* alla richiesta).

Tuttavia quello transattivo è l'istituto giuridico che più si avvicina all'accordo di mediazione e che di fatto più di frequente si realizzerà nella pratica.

Peraltro diverse norme in tema di transazione ben si attagliano alle caratteristiche della mediazione, tendenzialmente per come concepita dal legislatore (non essendo previsto il patrocinio obbligatorio dell'avvocato né una specifica competenza giuridica in capo al mediatore) a non elevato profilo giuridico: art. 1969 cc *la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti*; art.1972 *è nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo.*

Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo :

- art.1970 cc *la transazione non può essere impugnata per causa di lesione;*
- art.1976 cc *la risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato*

Inquadrato *sub specie* transazione l'accordo ha una particolare robustezza e resistenza, che può giungere fino alla intangibilità dello stesso anche in presenza di ipotesi di nullità.

Infatti in primo luogo dire contratto nullo non equivale a dire contratto illecito, fattispecie più severa e di minore frequenza. La illiceità del contratto ne determina la nullità. Al contrario non ogni nullità comporta illiceità.

Il contratto è illecito allorché è illecita la causa, ossia quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume ex art.1343 o allorché le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe ex 1345.

In secondo luogo la transazione si considera fatta su un contratto illecito solo allorchè abbia direttamente ad oggetto il titolo nullo; non altrettanto può dirsi quando la nullità del titolo non è in questione nel senso che la transazione non riguarda direttamente la nullità stessa e la transazione ha per oggetto l'esecuzione del titolo concernendo le modalità della situazione che ne deriva, ovvero che ha per oggetto esattamente quest'ultimo quanto volte la lite lo investa a pieno sebbene la nullità di esso non sia controversa (ad es. va considerata fatta su oggetto illecito la transazione che intenda validare situazioni di anatocismo -si pensi alle nullità riguardanti la

capitalizzazione trimestrali degli interessi in materia bancaria- ; non altrettanto può dirsi se senza avere a riguardo direttamente tale oggetto le parti trovano un accordo economico di dare-avere reciprocamente soddisfacente che investe le conseguenze restitutorie a carico della banca).

Ed infine anche nel caso di transazione su titolo nullo, purché non illecito, l'accordo ha maggiori possibilità di sopravvivenza potendo venir meno solo su istanza della parte che ignorava la causa di nullità (in questo caso la transazione non è nulla ma annullabile).

Quanto precede non deve offuscare però la differenza fra transazione relativa a titolo nullo dalla transazione *ex sé* nulla.

Si tratta di concetti che non necessariamente e sempre coincidono.

Valga un esempio.

Una transazione può essere nulla nel caso testé esposto (perché fatta su titolo illecito) ma può essere nulla per un vizio suo proprio (ad es. se è stata raggiunta fra parti che non avevano la disponibilità del diritto transatto).

Quanto alla risoluzione postulando che di regola la transazione non è novativa (ciò accade solo allorché risulti una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello avente causa nell'accordo transattivo, di talché dall'atto sorga un'obbligazione oggettivamente diversa da quella preesistente), l'accordo potrà essere suscettibile sia (sempre) di domanda di adempimento, che di risoluzione, nullità, annullamento etc. (ma in questi ultimi casi con i limiti visti testé).

9.2. Il rapporto fra il documento-verbale ed il documento-accordo, le questioni relative all'originale e alle copie dell'accordo

Legge e decreti ministeriali non sono del tutto precisi e chiari in proposito sicché occorre ricostruirne il quadro in chiave sistematica in armonia con i principi dell'Ordinamento.

Il decr.lgs.28/2010 fa riferimento sia al verbale vero e proprio, quello – che deve sempre esistere- nel quale il mediatore descrive le attività svolte ed infine l'esito del tentativo di conciliazione, e sia al verbale di accordo che esiste solo allorquando le parti hanno raggiunto un accordo amichevole.

Sia del processo verbale che dell'accordo le parti possono richiedere copia all'organismo (art. 11 decr.lgs.28/2010: *il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono*).

L'art.8 del DM 180/2010 dispone che *il responsabile dell'organismo è tenuto a rilasciare alle parti che gliene fanno richiesta il verbale di accordo di cui all'articolo 11, comma 3, del decreto legislativo, anche ai fini dell'istanza di omologazione del verbale medesimo. 3.*.

Da quanto precede è ben chiaro che si tratta di due documenti, uno necessario sempre e l'altro eventuale nel caso di raggiungimento di un accordo amichevole.

Anche la funzione dei due documenti è diversa posto che il primo attesta lo svolgimento dell'incontro alla presenza del mediatore, con indicazione delle parti presenti e/o assenti e l'esito dello stesso; il secondo contiene la regolamentazione negoziale degli interessi delle parti e riguarda solo le stesse.

Il primo documento deve essere necessariamente sottoscritto anche dal mediatore.

Nel secondo la sottoscrizione del mediatore non è prevista.

Recita l'art.11 del decr.lgs.28/2010: *Se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.*

Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.

Il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è

rilasciata copia alle parti che lo richiedono.

A questo punto nascono una serie di interrogativi ?

E' davvero possibile interpretare la norma nel senso che l'accordo possa non recare la sottoscrizione del mediatore ?

Ad avviso di chi scrive questo non è possibile, trattandosi piuttosto, come in altri luoghi della legge e dei decreti, di imperfezioni nella elaborazione e stesura dei testi.

Il mediatore dovrà sottoscrivere anche il verbale di accordo, non per partecipare ad un atto che non gli appartiene -l'accordo infatti è un negozio giuridico che riguarda, vincola e obbliga solo le parti-, ma per attestare la provenienza del documento e l'autografia delle firme delle parti senza il quale l'accordo rimarrebbe un atto monco (vale a dire avulso dal procedimento di mediazione).

Occorre infatti considerare che come prevede l'art.11 primo comma prima parte del decr.lgsl.28/2010 *se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo*.

Ora se il mediatore attesta l'autografia delle firme delle parti in calce al processo-verbale a maggior ragione eguale attestazione di autografia dovrà esserci nel verbale-accordo, ché, diversamente, mancherebbe nell'atto richiamato dal processo-verbale (cioè l'accordo) quella certezza della provenienza del testo dalle parti che la mera attestazione di autografia fatta dal mediatore nel processo-verbale all'evidenza non è in grado di raggiungere (perché appunto l'autografia riguarderebbe solo il processo-verbale).

Viceversa con la sottoscrizione del mediatore è certo che il documento-accordo al quale fa riferimento il documento-verbale è proprio quell'accordo raggiunto dalle parti nel corso del procedimento di mediazione.

Occorre inoltre ricordare che l'accordo per essere munito di esecutività deve essere depositato presso il Tribunale e omologato. E non si vede quindi come possa il giudice avere certezza che il testo dell'accordo firmato solo dalle parti e non accompagnato dalla sottoscrizione (e possibilmente dal timbro) del mediatore sia esattamente quello originariamente allegato al processo verbale.

Non è infatti ammissibile che proprio l'atto che deve essere omologato e che non è il processo-verbale ma il verbale-accordo (art.12 decr.lgs.28/*10 il verbale di*

accordo ... è omologato...) sia privo della attestazione di autografia del mediatore.

Ulteriore elemento che induce a ritenere necessaria la firma del mediatore deriva dalla tradizione recepita che vede accompagnata alla firma delle parti quella di un soggetto indifferente ed imparziale che suggelli l'accordo (cfr. art. 88 att.cpc secondo cui *la convenzione conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore è raccolta in separato processo verbale, sottoscritto dalle parti stesse, dal giudice e dal cancelliere*).

Occorre ora interrogarsi sul valore della attestazione di autografia effettuata dal mediatore e sulla qualifica soggettiva di quest'ultimo.

Per il che sarà utile ricordare il testo degli artt.2702 e 2703 cc.

Art. 2702 - *La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.*

Art.2703 - *Si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. Il pubblico ufficiale deve previamente accertare la identità della persona che sottoscrive*

Il mediatore non è definito e qualificato dalla legge pubblico ufficiale né è stato autorizzato da essa ad autenticare le sottoscrizioni (non è casuale la diversa locuzione utilizzata dal decr.lgs.28/10 *certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti*).

Del resto, che la scrittura privata di accordo non sia una scrittura privata autenticata è la legge stessa a farlo intendere allorchè dispone che *se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.*

Previsione che non avrebbe alcun senso se l'accordo già rappresentasse in sé una scrittura privata autenticata.

Da quanto precede si ricava che il mediatore con le sottoscrizioni del processo-verbale e del verbale di accordo certifica nell'ambito e per gli effetti limitati di cui si discute che le sottoscrizioni apposte in calce al documento-verbale ed al documento-accordo sono quelle delle parti che hanno partecipato al procedimento di mediazione,

rafforzando e suggellando il contenuto di quanto da esse sottoscritto.

Se le parti intendono costituire una scrittura privata autenticata sarà necessario l'intervento di un pubblico ufficiale autorizzato, di regola un notaio.

Potrà essere lo stesso organismo di mediazione, al fine di rendere un migliore e più completo servizio, ad organizzare tale presenza e tale intervento.

Il modo di procedere dovrebbe essere analogo a quello indicato *supra* (§ 4.4.) a proposito della situazione in cui il rappresentante della parte assente non sia munito di procura conferita con scrittura privata autenticata o atto pubblico (art.88 att.).

Il modo migliore di procedere è quindi che *il mediatore una volta raggiunto l'accordo lo faccia sottoscrivere apponendovi la sua firma e, sull'accordo delle parti, rinvii a brevissimo sempre davanti a sé per la apposizione di nuove firme davanti al notaio che sarà presente nel giorno indicato presso l'organismo di mediazione.*

Il mediatore potrà se del caso suggerire alle parti di inserire a verbale che la mancata comparizione presso l'organismo di mediazione per la sottoscrizione del verbale di accordo davanti al notaio nel giorno indicato sarà causa di risoluzione dell'accordo.

Occorre infatti considerare che laddove la trascrizione dell'atto sia necessaria e urgente (come nel caso di contratti sinallagmatici) solo la simultanea presenza delle parti, del mediatore e del notaio assicura e garantisce che l'operazione negoziale contenuta nell'accordo vada a buon fine.

Nei casi in cui riesca difficile o rischioso procedere in tale modo (si pensi alla alienazione di immobili nella quale solo il controllo della continuità delle trascrizioni e la regolarità dei titoli, che richiede visure presso il catasto e la conservatoria, garantisce la perfetta realizzazione dell'accordo) le parti potranno stipulare un contratto preliminare, rimettendo al notaio in un secondo tempo la predisposizione dell'atto pubblico, salva la autenticazione immediata nel caso di interesse alla trascrizione del preliminare.

9.3. Il rilascio degli atti

Assodato che l'organismo non può privarsi degli originali, occorre domandarsi quale documento rilascerà ai richiedenti.

Come visto (art.11 ultimo comma decr.lgs.28/*10 il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono.*

Ora va ricordato che a mente dell'art.2715 *cc le copie delle scritture private depositate presso pubblici uffici e spedite da pubblici depositari autorizzati hanno la stessa efficacia della scrittura originale da cui sono estratte*.

Nel caso in esame però non c'è né un pubblico ufficio (che tale non è, o quanto meno può non essere, l'organismo) né un pubblico depositario.

E tuttavia è la legge che autorizza la segreteria dell'organismo a rilasciare copia dell'originale.

Occorre quindi dedurre che l'organismo di mediazione può rilasciare copie dell'originale con valore identico ad esso, pur senza avere i requisiti di cui all'art.2715, ciò in quanto sarebbe un controsenso affermare che la copia rilasciata non abbia tale valore.

Naturalmente la norma avrebbe potuto seguire altro percorso (ad esempio prevedere più originali, tanti quante sono le parti, prevedere espressamente il rilascio di copie conformi, cfr. ad esempio l'art.824 cpc che in materia di lodo arbitrale espressamente prevede la possibilità di più originali o copie dichiarate conformi), ma così non è nella lettera della legge.

Ed allora va richiesta all'organismo una particolare cura nel predisporre la copia, che dovrà essere corredata di tutti i requisiti per poter tenere luogo dell'originale. Secondo modalità non codificate ma idonee a raggiungere tale scopo (si appalesa evidente la ricordata necessità che anche il verbale di accordo sia firmato dal mediatore).

E così se i documenti (processo-verbale e verbale-accordo) si compongono di più pagine, ogni foglio dovrà essere nell'originale firmato e possibilmente timbrato dal mediatore, che dovrà provvedere a racchiudere in apposite campiture richiamate e firmate le eventuali correzioni.

La copia conforme così rilasciata recherà tale dicitura, con il timbro, la data di rilascio e la sottoscrizione del Responsabile dell'organismo o di soggetto dal medesimo delegato.

9.4 - Mancata adesione alla mediazione da parte di talune delle controparti, procedibilità della mediazione fra le parti aderenti e possibilità di accordo di mediazione soltanto fra le stesse. Gli effetti dell'accordo sulle parti che non hanno aderito al procedimento di mediazione.

Si tratta di argomenti assai rilevanti.

Infatti laddove l'archiviazione del procedimento di mediazione da parte dell'organismo a causa della mancata adesione di taluna delle controparti non sia giustificato, il giudice potrebbe ritenere, nei casi di cui all'art.5 primo comma decr.lgs. 28/2010, improcedibile la domanda giudiziaria ritenendo l'archiviazione equivalente al mancato esperimento del tentativo di mediazione.

Ci si deve chiedere prima di tutto se l'istante abbia il diritto di condizionare la procedibilità dell'esperimento di mediazione alla presenza di tutte le controparti.

La risposta è negativa.

Se è pur vero che come ogni contratto l'accordo è efficace e vincolante solo fra le parti che lo hanno raggiunto, di talché il tentativo di mediazione potrebbe apparire inutile in assenza di alcune delle parti alle quali il rapporto dedotto in mediazione è comune, va per contro considerato da una parte che vi sono situazioni in cui l'accordo raggiunto fra alcune soltanto delle parti interessate dai rapporti oggetto della mediazione può riverberarsi favorevolmente anche su parti che non hanno partecipato alla mediazione (si pensi ad esempio al caso molto frequente nelle controversie RCA nelle quali, assente usuale il danneggiante, l'accordo raggiunto fra danneggiato e assicurazioni giova anche al danneggiato, naturalmente sempre nei limiti del massimale); e dall'altra che qualsiasi accostamento delle situazioni plurisoggettive in mediazione ai casi di litisconsorzio necessario nell'ambito del processo non è appropriata.

Va ricordato che ricorre il litisconsorzio necessario quando venga dedotto in giudizio un unico rapporto giuridico plurisoggettivo in ordine al quale sia domandato un provvedimento costitutivo, poiché tale rapporto non può essere costituito, modificato o estinto se non nei confronti di tutti i soggetti che ne sono parti, i quali, pertanto, debbono essere tutti chiamati in causa, perché l'emananda sentenza possa produrre il suo effetto, essendo altrimenti, in difetto di contraddittorio integro, "*inutiliter data*".

Nell'ambito della mediazione è possibile invece ipotizzare accordi transattivi anche in situazioni, riconducibili al litisconsorzio necessario, nelle quali la parte presente nel procedimento di mediazione non abbia essa sola la possibilità di disporre interamente del diritto, essendone titolare solo pro quota insieme alla parte assente.

Così evidenziandosi la radicale differenza rispetto al percorso giudiziale nel quale il provvedimento del giudice risulterebbe *inutiliter datum* in mancanza di tutte le parti del rapporto litisconsortile, non è infatti da escludere che un eventuale accordo possa comunque verificarsi, e ciò per la molteplicità delle soluzioni negoziali che le parti presenti potrebbero liberamente e con reciproca soddisfazione raggiungere con accordi del più disparato contenuto, pur non vincolanti per le parti assenti ma ad esse aperti.

Naturalmente tale maggiore ampiezza dell'autonomia negoziale trova un limite nei diritti dei terzi assenti. E così ad esempio laddove venisse posto in esecuzione un accordo che riguarda anche diritti di terzi assenti e contro di essi in situazioni riconducibili al litisconsorzio necessario non v'è dubbio che l'opposizione, nelle forme di legge, da parte di coloro che non hanno partecipato all'accordo sarebbe fondata.

Nel caso di mediazione promossa su invito (delegata) o impulso (obbligatoria) del Giudice, nel caso in cui una parte sia contumace, l'invito al tentativo di mediazione deve essere effettuato anche nei confronti della parte contumace la cui assenza nel procedimento giudiziario non implica necessariamente il suo disinteresse a partecipare al procedimento di mediazione.

9.5. La natura e la latitudine dell'intervento del giudice dell'omologa

Prevede l'art.12 del decr.lgs.28/2010 che il *verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo.*

Va premesso che la richiesta di omologazione non è sempre necessaria, dovendosi richiedere solo allorché vi è la possibilità (giuridica) e l'interesse del richiedente di munirsi di un titolo esecutivo.

Da tutto quanto finora espresso deriva che:

- l'esecutività dell'accordo avviene su istanza di parte, il che vuole dire che la richiesta al tribunale deve essere fatta dalla parte,

- funzionalmente a ciò la parte ha diritto (sempre che siano state corrisposte tutte le indennità dovute) ad ottenere dall'organismo copia conforme del verbale e dell'accordo raggiunto in sede di mediazione (art.5 decr.lgs e 8 dm 180)

- la parte dovrà presentare al tribunale le copie conformi dell'atto di accordo con il verbale relativo,

- il tribunale *(rectius*: il presidente del tribunale o magistrato da esso delegato) effettuerà una valutazione avente ad oggetto in primo luogo:

. . la non contrarietà dell'accordo alle norme di ordine pubblico (che sono le norme fondamentali dell'ordinamento, quelle che concernono i diritti fondanti dell'intero assetto ordinamentale),

. . la non contrarietà dell'accordo alle norme imperative (vale a dire a quelle norme dell'ordinamento che sono cogenti e non derogabili dalle parti e la cui violazione è sanzionata con la nullità).

Nella sostanza l'area delle norme imperative e di ordine pubblico concerne solo quanto il legislatore ritiene fondamentale, categorico ed irrinunciabile, tanto da essere sottratto completamente all'autonomia privata, da valere *erga omnes* e da dover essere applicato (dal giudice) anche d'ufficio per ragioni che trascendono l'interesse del singolo.

Molto spesso tali caratteristiche (norma imperativa e norma di ordine pubblico) sono comuni ad una stessa norma come ad esempio nel caso della prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge; di emissione di assegno postdatato ed a scopo di garanzia; di accordo fra coniugi separati (o che lo stesso ex conviventi) che voglia regolare gli obblighi di mantenimento dei figli minori al di fuori del controllo del tribunale; e così via.

Da quanto precede può affermarsi che il vaglio del magistrato comprende anche l'accertamento relativo alla disponibilità o meno dei diritti (secondo l'art.2 del decr.lgs.28/2010) *chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili*).

Su ciò è bene fare chiarezza.

Che una norma sia imperativa non implica necessariamente che il diritto non sia disponibile (si pensi al diritto del lavoro e dei consumatori dove molti diritti del lavoratore e del consumatore, pur presidiati da norme imperative che comminano nullità per la violazione, sono tuttavia disponibili).

Per contro ogni qualvolta un diritto è, per sua natura o per disposizione di legge, indisponibile (si pensi ai diritti della personalità) si è in presenza di una norma imperativa.

Ne consegue che in sede di concessione dell'esecutorietà, l'accertata indisponibilità del diritto rende non omologabile l'accordo, mentre l'accertata disponibilità del diritto non rende automatica la omologabilità dovendosi pur sempre verificare che non vi sia contrasto con norme imperative.

Occorre quindi evidenziare che non tutti i possibili vizi dell'accordo di mediazione sono tali da provocarne l'inomologabilità. Ed infatti l'accordo può essere anche gravemente viziato ma non per questo inomologabile.

E' bene a tal fine considerare che il contratto può essere affetto da vizi che non ne comportano la nullità; e che non sempre la nullità deriva da contrasto con norme imperative o di ordine pubblico.

Il contratto può infatti essere nullo anche per ragioni diverse dalla contrarietà con norme imperative o di ordine pubblico, ad esempio quando manca l'oggetto, o l'oggetto è impossibile, non determinato o determinabile ed in tanti altri casi espressamente previsti dalla legge.

Il sindacato del giudice dell'omologa non deve andare oltre i limiti *supra* indicati e pertanto anche l'accordo viziato ma non nullo, ovvero affetto da nullità che non derivino da contrasto con norme imperative o di ordine pubblico, potrà essere omologato.

In conclusione un accordo che viola norme imperative (o di o.p.) è nullo e non omologabile.

Un accordo che è annullabile o affetto da vizi minori, o anche nullo per violazione di norme non imperative o di ordine pubblico, è omologabile.

Infine, la verifica della regolarità formale.

Questo significa che il giudice deve accertare che siano state rispettate determinate regole formali. Quali ?

Per rispondere al quesito occorre ricordare che a mente dell'art. 8 del decr.lgsl.28/2010 *il procedimento di mediazione si svolge senza formalità ...* .

Ne consegue che sarebbe errato fare discendere la non omologabilità da qualsiasi violazione di procedura o di forma previsti dalla legge o dal regolamento dell'organismo.

Piuttosto ciò che conta è che siano state rispettate le regole fondamentali e imprescindibili perché la procedura di mediazione possa dirsi regolarmente effettuata.

A titolo esemplificativo si possono enumerare i seguenti requisiti indispensabili: verbale e accordo in forma originale o copia conforme, attestazione del mediatore di autografia delle parti, contenuto del verbale e dell'accordo tale da consentire di appurare la data dell'accordo e la identificazione completa e sicura della identità dell'organismo, del mediatore e delle parti, e ove presenti dei loro rappresentati e procuratori, mediatore e organismo in possesso dei requisiti di legge per operare, produzione nei termini indicati di tutti quei documenti o integrazioni che il giudice abbia richiesto al fine di procedere all'omologa, il rispetto del "contraddittorio" (in particolare che risulti: che tutte le parti siano state regolarmente convocate, che il mediatore abbia reso le informazioni dovute ed in particolare che in caso di proposta il mediatore abbia informato le parti ai sensi dell'art.11 primo comma ultima parte del decr.lgs.28/2010).

Nel caso in cui l'accordo non venga omologato il giudice deve segnalarlo ai sensi dell'art. 13 del dec.180/2010, trasmettendo copia del decreto, al responsabile degli organismi di mediazione presso il ministero ed all'organismo il cui mediatore ha operato.

9.6. L'efficacia dell'accordo omologato ed i mezzi ed i modi per contestarne la validità

Vi possono essere accordi diversamente configurati :

a. verbale di accordo senza firme autenticate e per il quale non è stata richiesta l'omologa (è pur senza essere una scrittura privata e pur non avendo forza di titolo esecutivo costituisce una fonte di obbligazioni a carico delle parti che l'hanno sottoscritta);

b. verbale di accordo con firme delle parti autenticate per il quale non è stata richiesta omologa (è una scrittura privata autenticata, che ad onta di quanto prevede l'art. 12 cpv del decr.lgs.28/10 vale anch'essa come titolo esecutivo sia pure limitatamente a quanto previsto dall'art.474 secondo comma n.2 ed inoltre è titolo per la trascrizione ai sensi dell'art.11 terzo comma seconda parte);

c. verbale di accordo con firme non autenticate e omologato (costituisce titolo esecutivo nei limiti nonché per gli ulteriori effetti previsti dall'art.12 cpv del decr.lgs.28/2010) ;

d. verbale di accordo con firme autenticate e omologato (costituisce titolo esecutivo nei limiti nonché per gli ulteriori effetti previsti dall'art.12 cpv del decr.lgs.28/2010 ed inoltre è titolo per la trascrizione presso i Registri Immobiliari ai sensi dell'art.11 terzo comma seconda parte)

Il verbale di accordo omologato costituisce quindi titolo esecutivo, ma solo a determinati fini (art.12 decr.lgs.28/2010).

Il testo della norma è però tale da creare qualche problema di coordinamento con l'art. 474 cpc.

Come è noto in tale articolo sono descritte sia le caratteristiche e gli atti che costituiscono titoli esecutivi e sia per quali funzioni esecutive ognuno di essi è abilitato.

L'art.474 cpc prevede che *L'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.*

Sono titoli esecutivi:

1) le sentenze ed i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;

2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;

3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.

L'esecuzione forzata per consegna o rilascio non può aver luogo che in virtù dei titoli esecutivi di cui ai numeri 1) e 3) del secondo comma. Il precetto deve contenere trascrizione integrale, ai sensi dell'art.480, secondo comma, delle scritture private autenticate di cui al numero 2) del secondo comma.

L'art.12 del decr.lgs.28/2010 prevede che il *verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale*

Da quanto sopra discende che il verbale omologato è un titolo esecutivo limitato dal punto di vista esecutivo.

Da una parte infatti non è assimilato ad una sentenza (come accade ad esempio con il lodo arbitrale) e dall'altra la sua forza esecutiva vale (oltre che per iscrivere ipoteca) per attivare un solo tipo di esecuzione forzata e precisamente l'espropriazione forzata.

Non quindi consegna e rilascio, né obblighi di fare.

Esecuzione in forma specifica.

La norma (art.12 decreto) prevede che il verbale omologato *costituisce titolo per l'esecuzione in forma specifica.*

Non è ben chiaro cosa si voglia intendere con tale proposizione che rimanda alla previsione dell'art.2932 cc (*esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*).

Se il riferimento va ad un accordo il cui contenuto è un contratto preliminare e si è inteso significare che con tale accordo si potrà chiedere al giudice una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, la norma è banale, tautologica e finanche illogica.

Invero anche un accordo non omologato in quanto pur sempre scrittura privata avente valore di legge fra le parti ha questa potenzialità.

Né può immaginarsi che in quanto contratto preliminare l'accordo possa da solo valere come atto di trasferimento del bene in caso di inadempienza (che richiede pur sempre un accertamento giudiziale dell'inadempimento).

La norma potrebbe essere allora interpretata come riferentesi, con locuzione impropria, all'esecuzione di cui all'art.612 cpc (*chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione*) intendendosi che il verbale di accordo che prevede un obbligo di fare o di non fare può tenere luogo della sentenza e con esso si può attivare tale procedura esecutiva.

L'art.11 terzo comma prevede che *se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643* [1] *del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.*

Va altresì trascritto secondo il disposto dell'art.2645 *ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643, salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi.*

L'opportunità di procedere alla omologazione di un accordo contenente una scrittura privata con firme non autenticate può derivare anche dalla utilità per le parti di poter fare valere la data certa dell'accordo, data certa che in mancanza di tali requisiti l'accordo non ha *ex sé* (art.2704 cc).

L'accordo, sia che sia stato sottoposto a richiesta di omologa ed omologato, sia che non sia stato sottoposto ad omologa, non costituisce atto intangibile e insindacabile.

Accettata la natura negoziale dell'accordo e considerato che legge non prevede particolari mezzi di impugnazione (ad esempio di nullità come ad esempio previsto contro il lodo arbitrale rituale) né offre alcun elemento esplicativo al riguardo, occorre

[1] Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:
1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili;
2) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta;
2-bis) i contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative;
3) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti;
4) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione;
5) gli atti tra vivi di rinunzia ai diritti menzionati nei numeri precedenti;
6) i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente;
7) gli atti e le sentenze di affrancazione del fondo enfiteutico;
8) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni;
9) gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni;
10) i contratti di società e di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell'associazione eccede i nove anni o è indeterminata;
11) gli atti di costituzione dei consorzi che hanno l'effetto indicato dal numero precedente;
12) i contratti di anticresi;
13) le transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti;
14) le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti.

ritenere che contro il verbale di accordo siano dispiegabili le ordinarie azioni per gli eventuali vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza. A seconda delle circostanze (ad esempio nel caso di intentata esecuzione sulla base del verbale di accordo omologato) potrà essere avanzata dalla parte che intenda fare valere vizi dell'atto o del procedimento che ne inficino la validità, l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art.615 e ss cpc.

Naturalmente ogni azione (nullità, annullamento, risoluzione etc.) potrà essere azionata nel rispetto dei limiti e delle esclusioni previste dalla legge (e *supra* accennate) per la transazione, ove si ravvisi nell'accordo, come di regola accade, un negozio di natura transattiva.

Roma - Ostia lì 25.11.2011

dott.Massimo Moriconi

A L L E G A T I

Dr. Massimo Moriconi,
"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"
All.1
Mediazione delegata preliminare immobiliare

proc. n.
udienza del

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Consigliere Dirigente,
dott. Massimo Moriconi,
letti gli atti, sentite le parti,

considerato che occorre preliminarmente valutare se la presente controversia rientra fra i casi di mediazione obbligatoria sub specie di *DIRITTI REALI;*

ritenuto che a tale proposito vanno distinte le domande con le quali si introduce ai sensi dell'art.2932 cc la richiesta di un provvedimento del Giudice che, tenendo luogo del consenso del venditore, disponga il trasferimento coattivo della proprietà dell'immobile in capo al promissario acquirente da quelle che contengono la pretesa di accertamento dell'avvenuto contratto di compravendita del diritto di proprietà: infatti, mentre nella prima ipotesi si adduce un contratto preliminare con effetti meramente obbligatori, avente ad oggetto l'obbligo delle parti contraenti di addivenire ad un contratto definitivo di vendita per atto pubblico o per scrittura privata autenticata dell'immobile; nella seconda diretta si mira ad ottenere una sentenza dichiarativa, fondata su un negozio con efficacia reale, già immediatamente traslativo della proprietà per effetto del consenso legittimamente manifestato; nel caso di specie l'esame degli atti suggerisce che si rientra nella prima ipotesi;

considerato che in relazione alla natura ed all'oggetto della controversia, alle domande ed alle eccezioni *ex adverso* nonché agli atti depositati ben potrebbero le parti pervenire ad un accordo conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto;

ritenuto che si procede nell'ambito del SECONDO comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010;

ritenuto che si fissa termine fino al trentesimo giorno da oggi per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto;

ricordato alle stesse che in caso di mancata partecipazione alla convocazione, senza giustificato motivo, il Giudice condanna la parte assente al pagamento di una somma corrispondente all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio (art .8 decr.legisl. 28/10 come modificato dalla l.148/2011);

informate le parti che l'eventuale accordo amichevole raggiunto davanti al mediatore sarà omologato da questo stesso Ufficio;

P.Q.M.

INVITA le parti alla media-conciliazione della controversia;
INVITA i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;
INFORMA le parti che il Giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato senza giustificato motivo al procedimento di mediazione al versamento all'Erario di una somma parti al contributo unificato dovuto per il giudizio;
DISPONE la comparizione delle parti personalmente in mancanza di esperimento della media-conciliazione;
FISSA termine fino al trentesimo giorno da oggi per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al SECONDO comma dell'art.5 del decr.lgsl.28/2010;
RINVIA all'udienza del per quanto di ragione. -

Ostia, lì …

Il Giudice

dott.cons.Massimo Moriconi

Dr. Massimo Moriconi,
"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"
All.2
Mediazione obbligatoria trasferimento proprietà

proc. n.
udienza del

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Consigliere Dirigente,

dott. Massimo Moriconi,

letti gli atti, sentite le parti,

considerato che sono soggette a procedimento di mediazione OBBLIGATORIA le controversie *in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilita' medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicita', contratti assicurativi, bancari e finanziari*;

considerato che la presente controversia rientra a pieno titolo nella suddetta previsione in quanto avente ad oggetto: *DIRITTI REALI.*

Più specificamente, vanno distinte le domande con le quali si introduce ai sensi dell'art.2932 cc la richiesta di un provvedimento del Giudice che, tenendo luogo del consenso del venditore, disponga il trasferimento coattivo della proprietà dell'immobile in capo al promissario acquirente da quelle che contengono la pretesa di accertamento dell'avvenuto contratto di compravendita del diritto di proprietà: infatti, mentre nella prima ipotesi si adduce un contratto preliminare con effetti meramente obbligatori, avente ad oggetto l'obbligo delle parti contraenti di addivenire ad un contratto definitivo di vendita per atto pubblico o per scrittura privata autenticata dell'immobile; nella seconda diretta si mira ad ottenere una sentenza dichiarativa, fondata su un negozio con efficacia reale, già immediatamente traslativo della proprietà per effetto del consenso legittimamente manifestato; nel caso di specie l'esame degli atti suggerisce che si rientra nella seconda ipotesi;

e che inoltre in relazione alla natura ed all'oggetto della controversia, alle domande ed alle eccezioni *ex adverso* nonché agli atti depositati ben potrebbero le parti pervenire ad un accordo conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto;

atteso che si procede nell'ambito del PRIMO comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010;

di talché in ogni caso la parte istante dovrà comparire davanti al mediatore (*cfr.art.3 DM 145/2011, il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di*

mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell'articolo 11, comma 4, del decreto legislativo); e che *in caso di mancata partecipazione alla convocazione, senza giustificato motivo, il Giudice condanna la parte assente al pagamento di una somma corrispondente all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio, art. 8 decr.legisl. 28/10 come modificato dalla l.148/2011*);

ritenuto che si fissa termine fino al quindicesimo giorno da oggi per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al primo comma dell'art.5 del decreto;

avvertite le parti che in mancanza di esperimento del procedimento di mediazione la causa sarà dichiarata improcedibile;

informate le parti che l'eventuale accordo amichevole raggiunto davanti al mediatore sarà omologato da questo stesso Ufficio;

P.Q.M.

INVITA le parti alla media-conciliazione della controversia;

INVITA i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;

INFORMA le parti che l'istante la mediazione dovrà comparire davanti al mediatore anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione e che il Giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato senza giustificato motivo al procedimento di mediazione al versamento all'Erario di una somma parti al contributo unificato dovuto per il giudizio;

DISPONE la comparizione delle parti personalmente in mancanza di esperimento della media-conciliazione;

FISSA termine fino al quindicesimo giorno da oggi per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al PRIMO comma dell'art.5 del decr.lgsl.28/2010;

RINVIA all'udienza del per quanto di ragione. -

Ostia, lì …

Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

Dr. Massimo Moriconi,

"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"

All.3

Mediazione obbligatoria relativa all'art. 700 cpc

proc. n. 840-11

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Giudice,

dott. Massimo Moriconi,

letti gli atti,

visto il ricorso ex art.700 che precede,

considerato che l'oggetto del ricorso rientra fra quelli di cui al primo comma dell'art.5 decr.legisl.28/2010 (diritti reali di proprietà ed in particolare interventi da effettuare su lastrico solare e porzione asserita condominiale);

considerato che il comma quarto dell'articolo cinque del decreto predetto non contempla fra i casi di esclusione dall'obbligatorio esperimento della procedura di mediazione il ricorso ex art.700 cpc; fermo restando che al Giudice non è inibito di emettere, secondo il suo prudente apprezzamento, anche nel corso della procedura di mediazione provvedimenti cautelari, secondo la previsione del comma terzo dell'art.5 (la ragione di tale norma – che impone comunque, anche nel caso del ricorso d'urgenza, l'introduzione del procedimento di mediazione come rende manifesto il testuale

riferimento allo *svolgimento della mediazione* che pertanto deve essere obbligatoriamente quantomeno iniziata perché il Giudice possa provvedere- è che la mediazione può rendere inutile il proseguimento del procedimento cautelare d'urgenza se le parti nel frattempo si accordano);

preso atto che, *ratione temporis*, doveva essere esperito il tentativo di mediazione che risulta omesso

ritenuto che si fissa termine fino al quindicesimo giorno da oggi per depositare, a pena di improcedibilità della domanda, presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al dell'art.5 primo comma del decreto;

P.Q.M.

ORDINA l'avvio della media-conciliazione della controversia;

INVITA il difensore ad informare la sua assistita della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;

FISSA termine fino al quindicesimo giorno da oggi per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al primo comma dell'art.5 del decreto;

FISSA, per l'eventuale trattazione del ricorso, l'udienza del 19.9.2011 h.10, con termine fino al 10.8.2011 per la notifica del ricorso e del provvedimento alla controparte, per quanto di ragione. -

Ostia, lì 13.6.2011

Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

Dr. Massimo Moriconi,

"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"

All.4

Mediazione delegata

proc. n. 677-11

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Giudice,
dott. Massimo Moriconi,
letti gli atti e le istanze delle parti,
osserva:

1. In merito alle eccezioni e richieste della conduttrice va osservato che la proroga di cui al punto uno è richiesta inappropriata in questa fase diretta esclusivamente alla eventuale formazione del titolo esecutivo; che il contratto è del tutto regolare essendo stato sottoscritto liberamente dalle parti con evidente valore novativo dei precedenti rapporti; che la eventuale modesta carenza di manutenzione (solo relativa all'impianto elettrico) indicata al punto sei non è stata certo tale da impedire il pieno godimento dell'immobile da parte della Magnani.
Infine che la richiesta di un termine massimo per l'eventuale rilascio confligge in qualche modo con la strenua opposizione dispiegata.
Ne consegue che difettano validi motivi in contrario va emessa ordinanza di rilascio, considerando il contratto scaduto alla data del 28.2.2011.
Va pertanto disposto ai sensi degli artt. 8, 426, 447 bis e 616 cpc il mutamento del rito; con riserva di concessione di termini per memorie integrative all'esito del tentativo di media conciliazione.

2. Ed inoltre:
considerato che in relazione agli atti, all'istruttoria fin qui espletata ed in particolare ai provvedimenti assunti dal Giudice, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per entrambe

le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto;

ritenuto che, *ratione materiae* e *temporis*, si intende procedere nell'ambito del primo comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010 **(mediazione obbligatoria)**;

considerato in particolare ed in concreto che sono emersi i suddetti elementi che ben potrebbero essere valutati dal mediatore al fine di giungere ad un accordo utile per entrambe le parti;

ritenuto che si fissa termine fino al quindicesimo giorno dalla comunicazione della presente ordinanza per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al primo comma dell'art.5 del decreto;

preso atto che sono stati ormai istituiti e sono già operativi, in applicazione del decr.legisl.28/2010, diversi organismi di mediazione;

avvertite infine le parti che in tema di mediazione obbligatoria, come nel caso in esame, al fine della procedibilità della domanda si condivide quanto contenuto nella circolare del Ministero della Giustizia del 4.4.2011 secondo cui … *"si ritiene non corretto l'inserimento, nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione, di una previsione secondo la quale, ove l'incontro fissato del responsabile dell'organismo non abbia avuto luogo perché la parte invitata non abbia tempestivamente espresso la propria adesione ovvero abbia comunicato espressamente di non volere aderire e l'istante abbia dichiarato di non volere comunque dare corso alla mediazione, la segreteria dell'organismo possa rilasciare, in data successiva a quella inizialmente fissata, una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata.*

Una siffatta previsione non può, infatti, essere considerata conforme alla disciplina normativa in esame nei casi di operatività della condizione di procedibilità di cui all'art.5 del d.lgs.28/2010. L'inserimento di tale previsione nel regolamento di procedura di un organismo di mediazione non può che essere ritenuta in contrasto con la norma primaria (art.5 del d.lgs 28/2010) che esige che, per determinate materie, deve essere preliminarmente esperito il procedimento di mediazione: il che ***postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la***

mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione”..

P.Q.M.

a scioglimento della riserva,

ORDINA a Erminia Magnani il rilascio dell’immobile per cui è causa libero da persone e cose a favore di Mirella Lucchi;
DISPONE il mutamento del rito;
INVITA ai sensi dell’art. 5 commi primo e quarto decr.lgsl.28/2010 le parti alla media-conciliazione della controversia;
INVITA i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all’art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;
FISSA termine fino al quindicesimo giorno dalla comunicazione della presente ordinanza per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al **primo** comma dell’art.5 del decreto;
RISERVA all’eventuale insuccesso del tentativo della media-conciliazione la fissazione della data dell’esecuzione del rilascio ed il termine per le memorie integrative; fissando altresì per l’eventuale prosieguo l’udienza del 19.4.2012 h.10;
AVVERTE le parti, per il caso in cui la causa debba proseguire, che al fine di considerare espletato il tentativo di media conciliazione obbligatoria dovrà essere prodotto il verbale dell’Organismo di Mediazione che attesti conformemente a quanto indicato *supra* l’esito del tentativo.

FARE AVVISI

Ostia, lì 27.6.2011

Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

Dr. Massimo Moriconi,

"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"

All.5

Mediazione e processo sommario ex art. 702 *bis*

proc. n. 1926-09

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Giudice,

dott. Massimo Moriconi,

letti gli atti e le istanze delle parti,

osserva:

1. Fermo restando che non sono ammissibili perché contrarie al disposto degli artt.2721 e ss. le prove di cui alle pagine 7 e 8 della comparsa di risposta della sas Gestioni Commerciali di Volpetti & C., ed evidenziato che la ricorrente agisce anche per i danni, vi sono concreti e significativi indizi della fondatezza delle ragioni della srl Emme Più posto che nel contratto del 4-10/12/2008 non vi è traccia di pesi o limiti di godimento relativamente ai beni ceduti.

A mezzo di consulenza tecnica di ufficio potrà essere accertato con assoluta certezza se nella planimetria allegata (lettera D pag.2) al rogito in questione rientrassero, come sembra allo stato, anche i locali che risultano gravati da locazioni o comodati, sia pure aventi, in tutto o in parte, data certa (ma se la ricorrente dovesse rispettarli in quanto opponibili il ricorso sarebbe pur sempre ammissibile attesa, anche, la domanda di danni).

2. Ed inoltre:

considerato che in relazione agli atti, all'istruttoria fin qui espletata ed in particolare ai provvedimenti assunti dal Giudice, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo

conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per entrambe le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto;

ritenuto che si intende procedere nell'ambito del secondo comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010;

ritenuto che l'ammissibilità della media conciliazione nel rito particolare di cui all'art.702 bis non contrasta con la disciplina dettata dall'art.5 del decreto legislativo 04.03.2010 n° 28 , G.U. 05.03.2010 sia perché il procedimento sommario di cui all'art.702 bis non rientra fra le esclusioni di cui al comma quarto dell'art.5 del decreto 28 e sia perché tale procedimento non è neppure da definirsi cautelare in senso stretto (ed infatti è fuori dal capo III° del libro IV° del codice di rito civile dedicato ai procedimenti cautelari);

considerato in particolare ed in concreto che sono emersi i suddetti elementi che ben potrebbero essere valutati dal mediatore al fine di giungere ad un accordo utile per entrambe le parti;

ritenuto che si fissa termine fino al trentesimo giorno dalla comunicazione della presente ordinanza per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto;

preso atto che sono stati ormai istituiti e sono già operativi, in applicazione del decr.legisl.28/2010, diversi organismi di mediazione;

P.Q.M.

a scioglimento della riserva,

RIGETTA e dichiara inammissibile la domanda di licenza di finita locazione; disponendo il mutamento del rito;

INVITA le parti alla media-conciliazione della controversia;

INVITA i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;

DISPONE la comparizione delle parti personalmente in mancanza di media-conciliazione;

FISSA termine fino al trentesimo giorno dalla comunicazione della presente ordinanza per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto;
RINVIA all'udienza del 16.2.2012 h.10,15 per quanto di ragione.

FARE AVVISI

Ostia, lì 29.12.2010

Il Giudice
dott.cons.Massimo Moriconi

Dr. Massimo Moriconi,
"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"
All.6
Mediazione in appello

proc. n. 632-010

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Giudice,
dott. Massimo Moriconi,
letti gli atti e le istanze delle parti,
osserva:

1. Va senz'altro sospesa la esecutorietà della sentenza del Giudice di Pace di Ostia (n. 359/2010) la quale è quanto meno oscura circa la valutazione del danno relativo alla necessità di rifacimento protesico subito dal De Angelis.

La necessità della sospensione deriva dalla irrecuperabilità delle somme una volta corrisposte.

2. Considerato che in relazione agli atti ed in particolare ai provvedimenti assunti dal Giudice, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per entrambe le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto;

ritenuto che si intende procedere nell'ambito del secondo comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010;

ritenuto che si fissa termine fino al trentesimo giorno dalla comunicazione della presente ordinanza per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto;

preso atto che sono stati ormai istituiti e sono già operativi, in applicazione del decr.legisl.28/2010, diversi organismi di mediazione;

P.Q.M.

a scioglimento della riserva,

SOSPENDE l'esecutorietà della sentenza del Giudice di Pace di Ostia del 24.2.2010 n. 359/2010;

INVITA le parti alla media-conciliazione della controversia;

INVITA i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;

DISPONE la comparizione delle parti personalmente in mancanza di media-conciliazione;

FISSA termine fino al trentesimo giorno dalla comunicazione della presente ordinanza per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o

di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto;

RINVIA all'udienza del 8.3.2012 h.9,30 per quanto di ragione. -

FARE AVVISI

Ostia lì 13.12.2010

Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

P.Q.M.

a scioglimento della riserva,

AMMETTE le prove delle parti come in motivazione specificato;

RINVIA per l'assunzione delle prove ammesse all'udienza del con termine fino al per la notifica a cura dell'attrice dell'ordinanza ammissiva dell'interrogatorio formale alla parte contumace;

NOMINA consulente tecnico di ufficio e rinvia per il giuramento all'udienza suddetta;

RIMETTE le parti davanti a sé all'udienza del h. 9.30 per le conclusioni e per la discussione ai sensi dell'art. 281 sexies cpc, degli artt.80 bis att.cpc, degli artt.420 e ss e 281 sexies cpc, con termine per eventuali note autorizzate ai sensi dell'art.170 ultimo comma e 175 cpc, fino a dieci giorni prima.

CONFERMA la sospensione dell'esecuzione di cui al decreto del

CONCEDE termine (**SOLO IN CASO DI PROVVEDIMENTO DI SOSPENSIONE) di** gg.60 per l'introduzione davanti a questo Ufficio del giudizio di merito .....per la riassunzione del procedimento davanti al giudice competente (Giudice di Pace);

REVOCA il decreto di sospensione dell'esecuzione del

RIGETTA la richiesta di sospensione dell'esecuzione;

RIGETTA la domanda di emissione di ordinanza di rilascio;

ORDINA all'intimato il rilascio dell'immobile per cui è causa, fissando per l'esecuzione il giorno e mandando alla cancelleria per l'apposizione della formula esecutiva

MANDA alla cancelleria di acquisire il fascicolo della fase monitoria;

CONCEDE la provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo n. emesso in data dal Giudice Unico della Sezione Distaccata di Ostia;

RIGETTA la richiesta di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto;

CONDANNA il convenuto al pagamento delle spese di causa che liquida in favore di in complessivi €.3.300,00 di cui €.430,00 per spese, oltre IVA e CAP;

RINVIA all'udienza del

FARE AVVISI anche al consulente tecnico di ufficio nominato.

Ostia, lì …

Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

NOMINA consulente tecnico di ufficio il dott. Ernesto Vetrano (via delle Baleniere n.70 Ostia 06 5693343) e rinvia per il giuramento all'udienza suddetta;

FARE AVVISI alle parti costituite ed *a cura della parte più diligente, a mezzo fax o phono,* anche al consulente tecnico di ufficio nominato.

Dr. Massimo Moriconi,

"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"

All.7

Sentenza non definitvia e ordinanza di avvio alla mediazione in materia di divisione

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI ROMA SEZIONE DISTACCATA DI OSTIA

N. RG. 196-2002

REPUBBLICA ITALIANA

Il Giudice ***dott. cons. Massimo Moriconi***

nella causa

tra

Simona Buchetti (avv.Attilio Fiandanese)

attrice

e

Stefano Cordaro (avv.ti Antonio Cucino e Favia Mancini)

convenuto

ha emesso e pubblicato la seguente

S E N T E N Z A

letti gli atti e le istanze delle parti,

osserva:

1. L'ordinanza del 13.10.2003 di questo Giudice va sostanzialmente confermata.

L'immobile è stato venduto al Cordaro nella misura del 64% ed alla Buchetti nella misura del 36% (cfr.rogito 22.12.1999) mentre le questioni del prezzo (che la Buchetti ha saldato in concomitanza della citazione con estinzione del mutuo) ed in particolare delle somme pagate successivamente al rogito, non hanno alcun rilievo posto che la compravendita immobiliare come è noto è un negozio che si conclude con il mero scambio dei consensi.

Che vi è stato nei termini testé indicati.

Peraltro anche in punto pagamento prezzo il Cordaro ha pagato secondo i condivisibili accertamenti del consulente del Giudice la somma corrispondente al 45,16 % del prezzo (somma pertanto non irrisoria) ed alla data della citazione (o meglio prima dell'estinzione del mutuo più o meno coevo da parte della attrice) la somma di €.85.729 (ben più elevata di quella versata dalla Buchetti prima della estinzione del mutuo).

E pertanto l'immobile va attribuito al Cordaro con diritto al conguaglio (per la somma di €.158.770 pari al 36% del valore di mercato dell'immobile che è di €.390.000 come stabilito dal CTU con valutazione immune da errori o vizi tecnico-logico-giuridici e quindi condivisa dal Giudicante + la differenza pagata in più dalla Buchetti per l'acquisto dell'immobile pari ad €.18.370) da parte della attrice.

Non vi è stata adeguata prova da parte della Buchetti di aver contribuito all'acquisto da parte del convenuto della motocicletta Honda tg.AE 38325 e la relativa domanda va rigettata.

La Buchetti va peraltro condannata a restituire all'avente diritto il motociclo che ha detenuto senza averne titolo.

Il Cordaro ha avanzato un domanda incompleta ed inappropriata al contesto che ci occupa quanto alla mobilia che va sì dichiarata in comproprietà al 50% delle parti, come l'istruttoria orale e documentale comprova, ma non attribuita perché il convenuto ha dimenticato di richiedere la divisione, con quanto ne consegue.

Alla Buchetti compete la somma di cui €.258,23 di cui al punto 15 (pranzo di nozze mancate) della citazione.

La Buchetti deve rifondere al Cordaro, per l'uso e possesso esclusivo della moto e superiore al 36% dell'immobile, della somma complessiva di €. 20.000,00 comprensiva di interessi legali alla data della sentenza. Tale somma è la risultanza equitativa, fatto pari il valore mensile di una locazione dell'immobile secondo valori correnti di mercato (cfr.CTU) per il tempo trascorso, del mancato possesso dell'immobile e della motocicletta da parte del Cordaro.

2. Ed inoltre:

considerato che in relazione agli atti, all'istruttoria fin qui espletata ed in particolare ai provvedimenti assunti dal Giudice, le parti ben potrebbero pervenire ad un accordo conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per entrambe le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto (va infatti fra l'altro considerato che fin tanto che la sentenza non sia passata in giudicato non vi sarà né il trasferimento dell'immobile né il pagamento del conguaglio e ritenuto che la regolamentazione delle spese di causa, rinviata in ogni caso al definitivo, non potrà non prevedere, stante il contenuto della decisione, che una limitata compensazione delle spese a favore dell'attrice);

ritenuto che si intende procedere nell'ambito del secondo comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010;

considerato in particolare ed in concreto che sono emersi i suddetti elementi che ben potrebbero essere valutati dal mediatore al fine di giungere ad un accordo utile per entrambe le parti;

ritenuto che si fissa termine fino al 15.2.2011 per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto;

preso atto che sono stati ormai istituiti e sono già operativi, in applicazione del decr.legisl.28/2010, diversi organismi di mediazione;

P.Q.M.

NON definitivamente pronunziando, ogni contraria domanda eccezione e deduzione respinta, così provvede:

DICHIARA lo scioglimento della comunione *inter partes*, ad esclusione dell'arredamento della cucina e della camera da letto, che dichiara comuni al 50%;

ATTRIBUISCE a Stefano Cordaro l'immobile di Roma Ostia Lido via Polinesia n.11 piano 3° pal.A int.11 con annesso posto auto n.34 censito al NCEU di Roma alla part.2284370 foglio 1079 part.lla 2606 sub 16 e part.2607 sub.35;

RIGETTA la domanda di Simona Buchetti relativamente alla motocicletta;

DICHIARA il diritto di Simona Buchetti al conguaglio da parte di Stefano Cordaro per la somma di €.157.398 (frutto della somma algebrica di cui alla motivazione) con gli interessi dalla sentenza al saldo;

ORDINA a Simona Buchetti la consegna al convenuto della motocicletta Honda tg.AE 38325 e dell'immobile di cui sopra libero da persone e cose;

DISPONE separatamente per la media-conciliazione ed il prosieguo.

Ostia lì 15.11.2010

Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

proc.196-02

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Giudice,

dott. Massimo Moriconi,

letti gli atti,

vista la sentenza non definitiva emessa in data 15.11.2010,

ritenuto di invitare le parti alla media-conciliazione della lite e di dover in ogni caso disporre per il prosieguo,

P.Q.M

INVITA le parti alla media-conciliazione della controversia come da separato provvedimento;

INVITA i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;

DISPONE la comparizione delle parti personalmente in mancanza di media-conciliazione;

FISSA alle parti termine fino al 15.2.2011 per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art.5 del decreto;

RINVIA all'udienza del 18.10.2011 h.10,15 per quanto di ragione.-

FARE AVVISI

Ostia, lì 15.11.2010 ***Il Giudice***

dott.cons.Massimo Moriconi

Dr. Massimo Moriconi,

"*La mediazione profili operativi e problematiche operative*"

All.8

Mediazione obbligatoria 615

proc. n.478-11

udienza del 14.11.2011

Tribunale di Roma – Sezione distaccata di Ostia

ORDINANZA

Il Consigliere Dirigente,

dott. Massimo Moriconi,

letti gli atti, sentite le parti,

considerato che sono soggette a procedimento di mediazione OBBLIGATORIA le controversie *in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilita' medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicita', contratti assicurativi, bancari e finanziari*;

considerato che la presente controversia rientra a pieno titolo nella suddetta previsione in quanto avente ad oggetto il diritto reale di godimento di abitazione.

Il giudizio segue alla fase sommaria della opposizione ex art.615 cpc dove il Giudice ha provveduto sulle istanze relative alla richiesta di sospensione della esecuzione e costituisce la fase di cognizione diretta ad accertare la impignorabilità del diritto di abitazione. Ritiene il Giudice che la formulazione dell'art.5 decr.lgsl.28/10 non sia preclusiva ai percorsi di mediazione ivi previsti poiché l'intento manifestato con la norma di cui all'art.5 comma quarto è quello di evitare un ritardo al corso ed alla prosecuzione della esecuzione; ritardo che dopo l'emissione dei provvedimenti sommari e cautelari (come in questo caso, dove vi è stato il rigetto della richiesta di sospensione)

non può essere diverso e quindi più rilevante di quello connesso al normale andamento delle cause ordinarie anche considerato che anche laddove l'esperimento della mediazione non abbia successo il tempo sottratto al giudizio non può superare quattro mesi.

Anche in caso di accoglimento della istanza di sospensione della esecuzione del resto l'ammissibilità del procedimento di mediazione nel giudizio di merito che segue ai sensi dell'art.616 cpv non entra in conflitto con tale esigenza di celerità già evidentemente regolata con il provvedimento di sospensione.

Ritenuto inoltre che in relazione alla natura ed all'oggetto della controversia, alle domande ed alle eccezioni *ex adverso* nonché agli atti depositati ben potrebbero le parti pervenire ad un accordo conciliativo, con il vantaggio di pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del decr.legisl.4.3.2010 n.28), della controversia in atto;

atteso che si procede nell'ambito del PRIMO comma di cui all'art.5 decr.legisl.28/2010;

di talché in ogni caso la parte istante dovrà comparire davanti al mediatore (*cfr.art.3 DM 145/2011, il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione, e la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento solo all'esito del verbale di mancata partecipazione della medesima parte chiamata e mancato accordo, formato dal mediatore ai sensi dell'articolo 11, comma 4, del decreto legislativo*); e che *in caso di mancata partecipazione alla convocazione, senza giustificato motivo, il Giudice condanna la parte assente al pagamento di una somma corrispondente all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio, art. 8 decr.legisl. 28/10 come modificato dalla l.148/2011*);

ritenuto che si fissa termine fino al quindicesimo giorno da oggi per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al primo comma dell'art.5 del decreto;

avvertite le parti che in mancanza di esperimento del procedimento di mediazione la causa sarà dichiarata improcedibile;

informate le parti che l'eventuale accordo amichevole raggiunto davanti al mediatore sarà omologato da questo stesso Ufficio;

P.Q.M.

INVITA le parti alla media-conciliazione della controversia;
INVITA i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza nei termini di cui all'art.4 3° co.decr.lgsl.28/2010;
INFORMA le parti che l'istante la mediazione dovrà comparire davanti al mediatore anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione e che il Giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato senza giustificato motivo al procedimento di mediazione al versamento all'Erario di una somma parti al contributo unificato dovuto per il giudizio;
DISPONE la comparizione delle parti personalmente in mancanza di esperimento della media-conciliazione;
FISSA termine fino al quindicesimo giorno da oggi per depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al PRIMO comma dell'art.5 del decr.lgsl.28/2010;
RINVIA all'udienza del 23.4.2012 h.10,30 per quanto di ragione.-

Ostia, lì 14.11.2011

Il Giudice

dott. cons. Massimo Moriconi

O FUTURO DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA
APÓS A DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA

Michele Paumgartten

Mestre em Direito (UNESA). Advogada no Rio de Janeiro.

Resumo: Após a edição do Decreto Legislativo n. 28/2010 que regulamentou a Lei nº. 69 de 18/2009, publicado para atender ao comando da Diretiva 2008/52/CE, a mediação foi alvo de uma vasta discussão entre juristas, advogados, políticos e mediadores, especialmente quanto a sua modalidade compulsória. Após a audiência pública realizada em 24 de outubro de 2012, a Corte Constitucional italiana decidiu pela inconstitucionalidade de vários dispositivos do Decreto Legislativo, inclusive daquele que tratava da mediação obrigatória. Publicada em 12 de dezembro de 2012, a fase vindoura gerou uma nova preocupação: o fim da obrigatoriedade representará o fim da mediação na Itália ou permitirá que ela se estruture segundo suas bases conceituais e filosóficas?

Palavras-chave: Itália.Mediação.Obrigatória. Decreto Legislativo. Constitucionalidade.

Riassunto: Dopo aver pubblicato il Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, regolando la legge n. 69 del 18 giugno 2009, pubblicato per soddisfare il comando della direttiva 2008/52/CE che ha attivato una politica di valorizzazione soluzione consensuale dei conflitti all'interno dell'Unione europea, la mediazione ha stato al centro di un ampio dibattito tra i giuristi, avvocati, politici e mediatori, in particolare per quanto riguarda la modalità obbligatoria. Fino a quando, dopo un'audizione pubblica tenutasi il 24 ottobre 2012, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni del decreto legislativo, tra cui la mediazione obbligatoria. La decisione è stata pubblicata il 12 Dicembre 2012, e questa nuova fase ha generato una

nuova preoccupazione: lo fine della mediazione obbligatoria in l'Italia rappresenta lo fine de la mediazione o la possibilità di strutturarsi conforme la loro concetto originale?

Parole-chiave: Italia. Mediazione. Obbligatoria. Decreto Legislativo. Constituzionalità.

Sumário: 1. A política europeia de incentivo à valorização da mediação nas resolução de conflitos. 2. Os efeitos da transposição da Diretiva no sistema jurídico italiano: vida e morte da mediação obrigatória no D. Leg. 28/2010. 3. Quais as expectativas acerca da mediação na Itália? 4. Considerações Finais. 5. Referências bibliográficas.

1. A política europeia de incentivo à valorização da mediação na resolução de conflitos

O movimento pela valorização de métodos extraordinários para a resolução de conflitos na Europa teve início no fim da década de noventa, seguindo a nova era que emergia nos Estados Unidos a partir da *Pound Conference* de 1976, época em que germinou o conceito do *multi-door courthouse*. Diferentes modelos se desenvolveram na Europa e a mediação passou a ser regulamentada em alguns países[1], tornando-se comum a existência de programas para resolver conflitos envolvendo direitos dos consumidores[2].

Até que em 21 de maio de 2008 foi publicada a Diretiva 52 pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), desencadeando uma política de valorização da solução consensual

[1] "*Poland, for example, was the first country in Eastern Europe to enact legislation on mediation in civil and commercial cases. Poland's law was much broader than the Directive which is limited to cross-border commercial disputes*. Cf.: PIECKOWSKI, Sylwester. How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation, *Dispute Resolution Journal,* Nova Iorque, v. 61, p. 67-72, ago-out. 2006.

[2] "*In the private sector, several provider organizations in continental Europe have encouraged mediation since the 1990s, while traditional arbitration providers added mediation to their list of services. In 1996 the U.S. based CPR Institute for Dispute Resolution published the Model European Mediation Procedures, and in 2001 the International Chamber of Commerce, a leading provider of arbitration services, issued ADR Rules making mediation the default choice of a dispute resolution process*.". NOLAN-HALEY, Jacqueline. Envolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation. In: Annual conference on international arbitration and mediation, 6, 2011, Fordham University School of Law. *Proceedings of the conference.* Nova Iorque: Martinus Nijhof Publishers. 2012, p. 12. Cf. também capítulo intitulado "*French experience: Les Médiateurs de la Paix*": MARTINS, Nadia. *ADR in the age of contemporaneity*. Chaos, complexity and pedagogy. Curitiba: Juruá, 2012. p. 271 et seq.

de conflitos que entrou definitivamente na ordem do dia na *European Judicial Area*, obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplassem mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros.

Notadamente o ímpeto *expansionista* do Direito Comunitário Europeu aumentou significativamente sua influência sobre o ordenamento interno dos países membros provocando, consequentemente, a inserção de ideias que muitas vezes não se encontravam presentes na tradição jurídica de alguns destes países[3]. Não obstante a norma, por ser comunitária, ter como foco imediato a regulação de conflitos transnacionais, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia entenderam que a adoção de procedimento extrajudiciais, mesmo no ambiente interno dos países, significaria um eficaz instrumento para a facilitação do acesso à justiça por conferir: maior rapidez na solução das controvérsias; baixo custo a ser dispendido; a possibilidade de alcançar maior disposição das partes envolvidas num conflito na busca espontânea da solução, preservação as relações entre os interessados.

Apesar da Diretiva ter um âmbito mais restrito do que o recomendado no Livro Verde da Mediação e no próprio Projeto da Diretiva de 2004, é inegável que o objetivo desta intervenção foi encorajar especialmente aqueles países sem tradição no uso das ADRs, consagrando a mediação nos casos civis e comerciais como um importante passo para promoção do acesso à justiça, mais simples, mais rápido e consequentemente, tentar resolver a grave crise jurídica institucional que pairava (e ainda paira) sobre grande parte de seus países-membros.

O objetivo da Diretiva é claro:

> *The objective of this Directive is to facilitate access to alternative dispute resolution and to promote the amicable settlement of disputes by encouraging the use of mediation and by ensuring a balanced relationship between mediation and judicial proceedings.* [4]

A mediação é definida na Diretiva como um processo voluntário no qual um terceiro auxilia duas ou mais partes em disputa para chegar a resolução do seu conflito. Uma definição funcional que foca no acordo como o fim buscado pela mediação. Optou

[3] HILL, Flavia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VI, Rio de Janeiro, o. 294-321, jul-dez. 2010. p. 295.
[4] UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. *Jornal Oficial da União Europeia*, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

por uma regulamentação geral, dispondo sobre principais conceitos, confidencialidade e outros apontamentos, especialmente para fazer frente à complexidade de diferentes línguas e culturas na UE, mas ao que parece, não teria sido suficiente para promover um consenso entre os Estados-membros ao transpor a regra da Diretiva aos seus ordenamentos internos, já que a existência de diferentes visões sobre o assunto é algo inevitável.

2. Os efeitos da transposição da Diretiva no sistema jurídico italiano. Vida e Morte da mediação obrigatória no D. Leg. 28/2010.

A institucionalização da mediação por vários países da UE tem seguido uma fórmula muito semelhante. Traçam-se linhas gerais e busca-se atrair a mediação para o ambiente do tribunal. Outros Estados-membros[5], a exemplo de Bulgária[6], Romênia[7] ou ainda a Alemanha[8] procuraram adotar, dentre outras medidas estimuladoras, a concessão de incentivos financeiros caso as partes consigam resolver através da mediação, uma controvérsia que se transformaria numa demanda judicial.

No entanto, a Itália merece uma análise especial, já que ao transpor a Diretiva, lançou mão de artifícios processuais que extrapolaram a ideia de *encorajamento*[9] ao uso de sistemas extrajudiciais contido na norma base comunitária.

Seguindo o comando do artigo 12 da Diretiva 2008/52/CE, o Parlamento Italiano editou a Lei nº. 69 de 18 de junho de 2009, que além de dispor sobre algumas alterações no Código de Processo Civil, normatizou a mediação no artigo 60, traçando regras gerais que norteariam o decreto legislativo que deveria ser editado dentro do prazo máximo de seis meses contado a partir da entrada em vigor da lei. Regulamentando a lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28,

[5] "*Greek law does not require consent for enforcement of the agreement. Northern Ireland Access to Justice Review Report recommends that it be a condition of receiving legal aid in particular categories of cases that ADR options be considered and reasons given when they are rejected*." NOLAN-HALEY, Jacqueline. Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Carolina do Norte, v. 37, p. 01-31, fev. 2012, p. 17.

[6] Cf. Bulgarian Mediation Act 110/2004.

[7] Cf. Romanian Mediation Act, 192/2006.

[8] Cf. *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren de außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, July 25, 2012.

[9] PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. *Side-effects of the growing trends towards the institutionalization of mediation.* Panorama of Brazilian Law. No prelo.

dispondo sobre a mediação nos âmbitos civil e comercial, classificando-a em três versões: *mediazione facoltativa, mediazione giudiziale e mediazione obbligatoria*[10].

Ao disciplinar a mediação, a Diretiva delineia claramente que: a mediação deve ser precipuamente voluntária, cabendo aos litigantes a livre opção por esse meio de solução de conflitos, ressalvada a faculdade da previsão da mediação sob a modalidade obrigatória pelos Estados-membros, desde que esta não obste o acesso à justiça. Contudo, o regime de implementação da mediação adotado pela Itália se estendeu muito além do que prevê a Diretiva e como se pode imaginar, o núcleo mais significativo e que causou maior impacto foi a modalidade *obbligatoria*, alçada ao status de condição de admissibilidade do processo judicial de uma extensa gama de questões civis e comerciais.

O item 3 do art. 60 da Lei 69/09 determina a linha que deverá ser seguida pelo decreto ao normatizar a mediação: a prática deve ser determinada de forma a não obstaculizar o acesso à justiça; como deve ser a regulamentação e o registro dos organismos profissionais e dos independentes; a possibilidade da mediação ser feita *on line;* a possibilidade de realização de perícias e a forma de pagamento dos honorários; a previsão sobre os honorários dos mediadores; o dever de comunicação por escrito pelo advogado à parte sobre a possibilidade de participar de sessões de mediação previamente a propositura da ação judicial; o estabelecimento de vantagens fiscais quando houver celebração de acordo; a condenação do vencedor a reembolsar o sucumbente no processo judicial, se refutou acordo cuja sentença corresponda completamente ao conteúdo da proposta; duração do procedimento de mediação limitado a quatro meses; garantia de imparcialidade, independência e neutralidade do mediador; conferir eficácia executiva ao termo de acordo que poderá constituir título executivo para fins de hipoteca judicial.

O D. Leg. nº. 28/2010 tratou de regulamentar a mediação na forma da delegação outorgada pela Lei nº. 69/2009, normatizando a prática e o papel do mediador. Apesar do avanço que pode ter representado a edição da norma, especialmente diante do apreço do ordenamento e da sociedade italiana à tradição de solução dos conflitos pela via judicial como bem ressaltou Flavia Pereira Hill, alguns

[10] DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Disponível em: <http://www.judicium.it> Acesso em 20 out. 2011.

pontos, mais especificamente elencados no artigo 5º foram alvo de acaloradas críticas dos juristas.

A mediação poderá ser: *facoltativa* quando o procedimento é escolhido livremente pelas partes; *giudiziale* quando o juiz convida (o convite pode ser feito a qualquer momento, desde que antes da audiência de instrução) as partes a se engajarem num processo de mediação; *obbligatoria* (implementada em até 12 meses a partir da entrada em vigor do decreto) devendo as partes submeterem-se ao processo de mediação, sob pena de inadmissibilidade da ação, quando o conflito versar sobre as seguintes matérias: condomínio; direitos reais; partilhas; sucessões hereditárias; acordos de família; locações; comodato; arrendamento de empresas; ressarcimento de dano decorrente da circulação de veículos automotores e barcos; responsabilidade médica; difamação por meio de imprensa escrita ou outro meio de divulgação; contratos de seguro, bancários e financeiros.

Assim, se as partes ingressassem em juízo sem atender ao procedimento mandatório, o juiz poderia remeter as partes à mediação suspendendo o processo por até quatro meses, ao final do qual, as partes deveriam ter chegado a um acordo. O processo não seguiria enquanto as partes não tivessem instaurado um procedimento de mediação. Se um acordo não fosse alcançado e se o mediador considerasse apropriado, poderia desenhar uma proposta de acordo. Embora as partes fossem teoricamente livres para celebrá-lo, neste caso, a liberdade tornava-se mitigada, pois se a ação proposta fosse julgada conforme os termos não acordados, o tribunal poderia impor sanções que recairiam sobre aquele que se recusou a firmá-lo, o que obrigava indiretamente a pactuação com o fim de afastar sanções.

Além da quebra do sigilo, estipular um prazo de duração para a mediação, encapar o mediador nas vestes de um conciliador[11], penalizar aquele que se recusou a celebrar um acordo cujo conteúdo fosse o fundamento da sentença judicial, revelava um autoritarismo[12] desmedido incutido na lei italiana que institucionalizou a mediação.

[11] Os conceitos de mediação e conciliação constamente se confundem na Itália.
[12] PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. *Mediación obligatoria. Una versión moderna de autoritarismo procesal.* Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. X, p. 210-225, jul-dez. 2012.

Diante disso, a associação dos advogados italianos (OUA – *Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana*)[13] ingressou com ação em face do Ministério da Justiça e do Ministério do Desenvolvimento Econômico perante o TAR Lazio que decidiu em 2011[14], não serem infundadas as dúvidas suscitadas acerca de alguns dispositivos do D. Leg. n° 28/2010, tais como a excessiva delegação constante no artigo 5º, e que a mediação enquanto fase de pré-julgamento, traduzindo condição de admissibilidade da ação, impede efetivamente o acesso à justiça[15]. Além do TAR Lazio, outros tribunais como o Tribunal de Gênova[16], a Justiça de Paz de Parma e a de Cantazaro[17] reforçaram ainda mais em suas decisões o perfil inconstitucional da lei perante a Corte Constitucional Italiana.

Apesar da Comissão Europeia ter emitido parecer com observações centralizadas especialmente sobre os mecanismos de sanções[18] previstos nos artigos 11 e 13 do D.Lgs. 28/2010 em resposta ao questionamento da Corte de Justiça da UE, a Corte Constitucional Italiana decidiu, após audiência pública realizada em 23 de outubro de 2012[19], pela inconstitucionalidade de alguns dispositivos do D. Leg.

[13] Conferir texto publicado pelo Organismo Unitario dell' Avvocatura Italiana, initulado: "Disappicazione dell'obbligatorietà della media conciliazione per contrasto della Corte dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea". Disponível em: <http://www.oua.it/Dottrina/Civile/Civile. asp> Acesso em: 20 jan.12.

[14] A íntegra da Decisão está disponível em <http://www.ilcaso.it> Acesso em: 15 set. 2011.

[15] Cf. VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 5, p. 61-81. 2011.

[16] Tribunale di Genova. Sezione III Civile. N 4574/2011. Disponível em <http://tribunale. genova.it> Acesso em 01/03/2012.

[17] Ordinanza n.2 del del 1 settembre 2011 emessa dal Giudice di Pace di Catanzaro. Disponível em: <http://www.gazzetauffici ale.it.> Acesso em 01 março 2012.

[18] Parecer formulado pela Comissão Europeia em resposta a Corte de Justiça sobre a mediação obrigatória diante do questionamento de incompatiilidade do D. Legs. 28/2010 com a normativa europeia: *"non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede per l'esperimento della mediazione obbligatoria un termine di quattro mesi che in determinate circostanze sia destinato ad aumentare. Questa misura non appare tale da comportare un ritardo nell'introduzione e nella definizione di un successivo giudizio che possa essere tale da risultare manifestamente sproporzionato rispetto all'obiettivo di garantire una composizione più rapida delle controversie. Spetta, tuttavia, al giudice nazionale stabilire caso per caso se il ritardo che l'esperimento della mediazione obbligatoria comporta rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non sia tale da comportare una compressione dì questo diritto suscettibile di ledere la sostanza stessa del diritto"*. Quanto aos custos da mediação, último questionamento formulado à Comissão Europeia, conclui que: *"osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede una mediazione obbligatoria onerosa. Tuttavia, spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se i costi di una mediazione obbligatoria sono tali da rendere la misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di una composizione più economica delle controversie"*. Íntegra do parecer disponível em: <http://www.mondoadr.it/cms/ wp-content/uploads/commissione-Ue-sanzioni-conciliazione.pdf> Acesso em: 14 ago. 2012.

[19] Os detalhes sobre a audiência pública podem ser conferidos no *site* da Corte Constitucional: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/lavori/doc/CC_CL_CC_20121011125729.pdf>

28/2010, cuja decisão (acórdão 272) publicada em 12 de dezembro de 2012 na *Gazzetta Ufficiale*[20] confirma a existência de excesso de delegação legislativa.

Nos termos dos artigos 30 da Lei n. 87/1953 (*Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*)[21] e 136 da Constituição Italiana[22], as disposições de uma norma, quando declaradas inconstitucionais, perdem a sua eficácia a partir do dia seguinte à publicação da decisão pelo tribunal constitucional. Assim, a partir de 13 de dezembro de 2012 a mediação obrigatória foi abolida do ordenamento italiano.

Além desta questão, a decisão da Corte Constitucional atingiu outros dispositivos do D. Leg. 28/2010, que juntamente com o artigo 5º, n. 1[23], também foram

[20] Série especial n. 49 de 12/12/12. Disponível em: www.gazzettaufficiale.it. Acesso em: 15 dez. 2012.

[21] "**30.** *La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, entro due giorni dal suo deposito in Cancelleria, è trasmessa, di ufficio, al Ministro di grazia e giustizia (1) od al Presidente della Giunta regionale affinché si proceda immediatamente e, comunque, non oltre il decimo giorno, alla pubblicazione del dispositivo della decisione nelle medesime forme stabilite per la pubblicazione dell'atto dichiarato costituzionalmente illegittimo (2). La sentenza, entro due giorni dalla data del deposito viene, altresì, comunicata alle Camere (3) e ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario adottino i provvedimenti di loro competenza. Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*.". Disponível em: <http://www.giurcost.org/fonti/l87-53.htm> Acesso em: 22 jan. 2013.

[22] "Art. 136. *Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge [134], la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali.".* Disponível em: <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf> Acesso em 22 jan. 2013.

[23] "Art. 5. *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo : 1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.".* Disponível em: <http://www.nu.camcom.it/public/allegatiServizi/ mediazione/3_d.lgs. 04.03.2010n.28.pdf> Acesso em: 22 jan 2013.

afetados pela inconstitucionalidade declarada, por força do artigo 27 da Lei n. 87/1953[24]:

a)- art. 4º, n. 3, na parte em que diz que o advogado deve informar ao cliente sobre os casos em que a submissão ao processo de mediação é uma condição de admissibilidade do pedido[25] e no final, quando fala sobre a ausência de adequação do procedimento ao artigo 5º, n. 1[26].

b)- art. 5º, n. 2, 4 e 5[27];

c)- art. 6º, n. 2[28];

---

[24] "**27.** *La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata.*". Disponível em: <http://www.giurcost.org/fonti/l87-53.htm> Acesso em: 22 jan. 2013.

[25]"Art. 4. *Accesso alla mediazione. [...] 3. All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.".*

[26] "Art. 4. *Accesso alla mediazione. [...] 3. [...]Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.".*

[27] "Art. 5. *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo. [...] 2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione; [...] 4. . I commi 1 e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) nei procedimenti in camera di consiglio; f) nell'azione civile esercitata nel processo penale. 5. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.".*

[28] Art. 6. *Durata. [...] 2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale.".*

d)- art. 7º[29];

e)- art. 8º, n. 5[30];

f)- Art. 11, n. 1[31];

g)- todo o art.13[32];

h)- art. 17, n. 4, letra d[33] e n. 5[34];

i)- art. 24[35].

Portanto, as principais mudanças que ocorreram após a publicação da decisão foram as seguintes:

---

[29] "Art. 7. *Effetti sulla ragionevole durata del processo . 1. Il periodo di cui all'articolo 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 1, non si computano ai fini di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89.".*

[30] "Art. 8. *Procedimento. 5. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.".*

[31] "Art. 11 *Conciliazione. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.*

[32] "Art. 13 *Spese processuali 1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. 2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente. 3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.".*

[33] Art. 17 *Risorse, regime tributario e indennità. [...] 4. Con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, sono determinati: [...] d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1.*

[34] Art. 17 *[...] 5. Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002, n. 115. A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.".*

[35] "Art. 24 *Disposizioni transitorie e finali 1. Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati. Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.".*

- a eliminação da implementação prévia e obrigatória do processo de mediação como previsto no artigo 5º, n. 1 do decreto;

- o afastamento da necessidade do advogado informar ao seu cliente sobre os casos em que a submissão ao processo de mediação era condição de admissibilidade da ação;

- a supressão da obrigação do mediador de informar às partes sobre as consequências previstas no artigo 13 do decreto no caso de correspondência total ou parcial entre a proposta do mediador e a decisão proferida no processo judicial.

3. Quais as expectativas acerca da mediação na Itália?

Logo após a publicação da sentença da Corte Constitucional Italiana, foi apresentada uma proposta pelo senador Enzo Ghigo, da Comissão da Indústria e do Senado, para permitir a mediação obrigatória, que foi logo em seguida arquivada[36].

Os interesses obviamente são contrapostos: de uma lado, advogados temendo a redução de trabalho, de outro, mediadores e empresas que investiram em contratação de pessoas e capacitação para atender a demanda incrementada durante a vigência da lei e hoje alegam severos prejuízos após a mediação não ser mais um requisito obrigatório. As notícias são de que as empresas estão fechando as portas e a maioria dos mediadores credenciados estão endividados[37] e pretendem processar o Estado.

Para a União dos Mediadores Italianos (UMI) a decisão da Corte não tem o condão de comprometer ou por fim à prática mediativa, pois ela continua existindo, inclusive no Decreto Legislativo, afinal de contas apenas a sua imposição foi considerada inconstitucional. A UMI alerta ainda que a proibição da mediação obrigatória deve ser vista como o ponto de partida para a inovação em prol da elevação da qualidade da mediação.

[36] Conferir em: <http://www.oua.it/NotizieOUA/scheda_notizia. asp?ID =8321> Acesso em: 25 out.

[37] *"Non possiamo mantenere questi costi sulla base delle entrate che abbiamo adesso (10 pratiche di mediazione nel mese di gennaio contro le 500 durante la vigenza dell'obbligatorietà)" Cira Di Feo di Adr Conciliando*. PIERI, Letizia**.** Mediazione non obbligatoria: i tagli agli organismi di conciliazione. *Leggioggi*, 15 fev, 2913. Disponível em: <http://www.leggioggi.it/2013/02/15/ mediazione-non-obbligatoria-tagli-agli-organismi-di-conciliazione/> Acesso em: 10 abr 2013.

Por outro lado, o item 26 do capítulo V (Administração da Justiça) do relatório final do grupo de trabalho para a reforma institucional, sugere a criação efetiva de um sistema alternativo, não judicial, de resolução de conflitos, prevendo inclusive a forma obrigatória da mediação, o que certamente ressuscitará nova polêmica principalmente entre advogados:

> *Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali*
> *Istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica*
> *12 aprile 2013*
> *Capitolo V*
> *Amministrazione della Giustizia*
> *I conflitti ricorrenti tra politica e giustizia si affrontano assicurando che ciascun potere – quelli politici, legittimati dal processo democratico, e quello giurisdizionale, legittimato dal dovere di applicare la legge in conformità alla Costituzione - operi nel proprio ambito senza indebite interferenze in un quadro di reciproca indipendenza, di leale collaborazione, di comune responsabilità costituzionale. Una buona e costante "manutenzione dell'ordinamento" e una migliore qualità della legislazione favoriscono la certezza del diritto e prevengono i conflitti.*
> ***22.** Gli obiettivi da perseguire nel campo della amministrazione della giustizia riguardano principalmente:*
> *a) il rispetto effettivo di tempi ragionevoli di durata dei processi, oggi carente (come dimostrato dal moltiplicarsi dei ricorsi in base alla legge "Pinto" nonché alla Corte europea dei diritti) sia sul piano della giustizia penale, amministrativa e contabile, sia sul piano della giustizia civile (dove la lentezza dei procedimenti penalizza lo sviluppo e la competitività del paese);*
> *b) la riduzione della ipertrofia del contenzioso;*
> *c) la maggiore efficacia dell'azione preventiva e repressiva, oltre che dei fenomeni della criminalità organizzata, dei fenomeni di corruzione nella vita politica, amministrativa ed economica;*
> *d) l'esigenza di contenere il fenomeno dei contrasti fra diversi organi giudiziari, nonché, sul piano penale e della giustizia contabile, il fenomeno di iniziative che tendono ad intervenire anche in sostanziale assenza di vere, oggettive e già acquisite notizie di reato o di danno erariale, in funzione di controllo generalizzato su determinati soggetti o procedimenti.*
> *e) il perfezionamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali, che si avvale oggi del riconoscimento pieno del diritto al giudice, dell'ampia apertura agli strumenti di tutela internazionali, e di organi giudiziari indipendenti, ma non sempre è effettivo a causa di lacune normative e di carenze organizzative.*
> *[...]*
> ***26. Per la giustizia civile** si propone:*
> *a) l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione (non escluse dalla recente pronuncia della Corte costituzionale – sent. n. 272 del 2012 – che ha dichiarato illegittima una disposizione di decreto legislativo che disponeva in questo senso, ma solo per carenza di delega); questi sistemi dovrebbero essere accompagnati da effettivi incentivi per le parti e da adeguate garanzie di competenza, di imparzialità e di controllo degli organi della mediazione;*

> *b) il potenziamento delle strutture giudiziarie soprattutto per quanto attiene al personale amministrativo e paragiudiziario, sgravando i magistrati da compiti di giustizia "minore";*
> *c) la istituzione del c.d. ufficio del processo;*
> *d) il potenziamento delle banche dati e della informatizzazione degli uffici;*
> *e) l'adozione in tutti gli uffici delle "buone pratiche" messe in atto da quelli più efficienti;*
> *f) la revisione in un quadro unitario dell'ordinamento, del reclutamento e della formazione dei giudici di pace e degli altri magistrati onorari, anche al fine di ampliarne le funzioni.*

A base voluntária da mediação tem sido um obstáculo a ser superado pelos italianos. Os problemas relacionados com a imensa massa[38] de processos que assola o judiciário incentiva o desígnio italiano a lançar mão de verdadeira engenharia para a obtenção de respostas imediatas voltadas precipuamente ao alívio do volume de processos que tramitam em seus tribunais, sem se preocupar efetivamente com a oferta de um sistema eficaz de solução de conflitos.

Certamente a mediação obrigatória é um tijolo desta construção: não obstante tenha o condão de impedir que o cidadão despeje sua reclamação no judiciário, trata de abrir outra porta, a da mediação, ou seja, transfere o problema de um lado para o outro. Mediadores surgiram em massa para receber o alto índice de demanda. Mas e se a mediação não for a melhor solução, mesmo se determinada por uma norma, como era o caso do Decreto Legislativo italiano? Ou ainda, se não houver empatia ou adaptação das partes à mediação? Mesmo assim serão obrigadas a mediar?

O salto qualitativo na prática mediativa que pode ser consequência da decisão da Corte Italiana salientado pela UMI é um alento (que dificilmente se vê relatado nos diversos textos publicados sobre a matéria) em meio ao desejo imediatista muitas vezes irracional e voltado a atender interesses meramente políticos.

[38] Algo em torno de 9 milhões de processos em 2007, cerca de 5,4 milhões de casos tramitando perante a justiça civil e outros 3,3 milhões tramitando perante a justiça criminal. Destes 3,3 milhões, 1/3 são ações iniciais e o resto é recurso em tramitação. Comparando com outros países europeus, o número de processos que tramita perante o tribunal civil italiano significa três vezes mais do que a quantidade de processos que tramitam no tribunal francês, seis vezes mais da quantidade que tramita no tribunal alemão e cinco vezes mais do que tramita no tribunal espanhol. O número de ações que aguardavam o primeiro julgamento (1,2 milhão) correspondia a duas vezes mais o número de processos que aguardavem julgamento na Alemanha, Espanha e Inglaterra juntos. O'CONNEL, Vanessa. Mandatory Mediation in Italy? Mamma Mia! *The Wall Street Journal*, March 14, 2011. Disponível em: <http:// wsj.com/law/2011/03/14/mandatory-mediation-in-italy-not-if-the-lawyers-have-any-say/.> Conferir também: SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202. 2008.

4. Considerações finais

A partir da sentença proferida pela Corte Constitucional Italiana, o movimento ideal seria o estabelecimento de uma coordenação seriamente voltada para o quadro regulamentar remanescente, de modo a permitir que as outras formas de mediação previstas no decreto (*mediazione facoltativa, mediazione giudiziale)* fossem desenvolvidas em todo o seu potencial, nos casos em que seu uso fosse mais adequado do que a solução adjudicada, quando poderia ser útil até mesmo às políticas de administração judiciária focadas na redução da carga dos tribunais.

Afastar a obrigatoriedade de mediar não significa retirá-la de cena, mas buscar um recomeço, não através da imposição do procedimento, mas através do desenvolvimento dos cidadãos, advogados, juízes, dotando-os de um alto grau de aptidão para o reconhecimento e entendimento sobre a cultura dos meios complementares à juridição para a resolução de conflitos.

Seguramente a mensagem que se deveria extrair da decisão da Corte Constitucional Italiana é que só a difusão da cultura da mediação poderá eliminar a ideia de que somente quando obrigada o instituto poderá ser difundido ou funcionar, tornando-se com isso, uma séria e consciente opção dentro de um sistema destinado a proporcionar justiça.

No entanto, discursos de efeito voltados a uma desmedida preocupação com a falta de perspectiva a respeito da prática da mediação no horizonte (cabe ressaltar que a preocupação não se desenvolve na mesma proporção quando o assunto é a formação de bases qualitativas para a solução de conflitos), servem apenas para justificar o retorno de propostas para a retomada da mediação obrigatória. Esse efeito já pode ser notado no relatório final para a reforma institucional italiana.

O grande equívoco é imaginar que existem soluções imediatas. A paralítica academia jurídica está inundada com relatórios e dados estatísticos que retratam uma realidade vista a olho nu, sentida por todos, mas que parece espelhar sempre uma grande descoberta. Qual o tratamento que estes dados recebem? Pontualmente um programa é desenvolvido a partir de uma pesquisa empírica, prestando-se muitas vezes a suprir propósitos mais voltados ao âmbito político do que científico o que poderia proporcionar reflexos sociais mais substanciais.

A implementação não apenas da mediação, mas de qualquer outro sistema extrajudicial deve ter como objetivo principal, ampliar a capacidade de resolução de conflitos e promover uma inclusão sistêmica dos cidadãos, que devem ser os protagonistas e consequente responsáveis pelas escolhas que afetarão suas vidas, para se tornar, enfim, um meio de acesso à justiça dirigido indistintamente a todos os membros da sociedade.

5. Referências bibliográficas

ALEMANHA. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I nr. 35, aausgegeben zu bonn am 25. Juli 2012. Regulamenta a mediação civil. Disponível: <http://www.bundesgesetzblatt.de>. Acesso em 26 jul. 2012.

BULGÁRIA. Mediation Act 110, 17 december 2004. *State Gazette*, Sófia, 17 dec 2004.

DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Disponível em: <http://www.judicium.it> Acesso em 20 out. 2011.

HILL, Flavia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VI, Rio de Janeiro, o. 294-321, jul-dez. 2010.

ITALIA. Corte Costituzionale di Giustizia. Sentenza n. 272. Presidente: Alfonso Quaranta. 06 dicembre 2012. *Gazzetta Ufficiale.* Roma, 12 dicembre 2012.

_____. Costituzione (1947). Costituzione della Repubblica Italiana. Roma: Senato della Repubblica

_____. Decreto Legislativo 28, 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.

_____. Legge 69, 18 giugno 2009. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. *Gazzetta Ufficiale n. 140. Suplemento Ordinario n. 95*. Roma, 19 giugno 2009.

_____. Legge 87, 11 marzo 1953. Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale. *Gazzetta Ufficiale n. 62*. Roma, 14 marzo 1953.

MARTINS, Nadia. *ADR in the age of contemporaneity*. Chaos, complexity and pedagogy. Curitiba: Juruá, 2012

NOLAN-HALEY, Jacqueline. Envolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation. In: Annual conference on international arbitration and mediation, 6, 2011, Fordham University School of Law. *Proceedings of the conference.* Nova Iorque: Martinus Nijhof Publishers. 2012. p. 1-17.

_____. Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,* Carolina do Norte, v. 37, p. 01-31, fev. 2012,

O'CONNEL, Vanessa. Mandatory Mediation in Italy? Mamma Mia! *The Wall Street Journal*, March 14, 2011

PIECKOWSKI, Sylwester. How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation, *Dispute Resolution Journal*, Nova Iorque, v. 61, p. 67-72, ago-out. 2006.

PIERI, Letizia. Mediazione non obbligatoria: i tagli agli organismi di conciliazione. *Leggioggi,* 15 fev, 2913. Disponível em: <http://www.leggioggi.it/2013/02/15/mediazione-non-obbligatoria-tagli-agli-organismi-di-conciliazione/> Acesso em: 10 abr 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. *Mediación obligatoria. Una versión moderna de autoritarismo procesal.* Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de janeiro, vol. X, p. 210-225, jul-dez. 2012.

_____. *Side-effects of the growing trends towards the institutionalization of mediation.* Panorama of Brazilian Law. No prelo.

ROMÊNIA. Mediation Act 192, 22 may 2006. *Official Jurnal n. 441*, Bucharest, 22 May 2006.

SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202, 2008

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. *Jornal Oficial da União Europeia*, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008 p. 3-8.

VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais,* Vitória, n. 5, p. 61-81. 2011.

O ÔNUS COMO FIGURA PROCESSUAL [1] [2]

Michele Taruffo
Professor Titular da Universidade de Pávia, Itália.

Resumo: Este artigo representa o texto de uma palestra realizada em 2 de dezembro de 2011, nas proximidades da Faculdade de Direito da Universidade de Brescia (Itália), no âmbito de um encontro em memória de Giacomo Gavazzi.
Palavras-chave: Processo Civil. Ônus. Provas. Modificação.

Riassunto: Questo scritto rappresenta il testo di un inervento svolto il 2 dicembre 2011 presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Brescia, nell'àmbito di un convegno in memoria di Giacomo Gavazzi.
Parole Chiave: Procedura Civile. Onere. Prove. Manipolazioni.

Sumário: 1. O ônus como figura processual; 2. Natureza privatista e publicista do ônus processual; 3. O ônus da prova; 4. A modificação dos ônus probatórios.

1.O ônus como figura processual

Quando em 1970 surgiu a primeira edição, *L'onere* de Giacomo Gavazzi,[3] era a

[1] Tradução ao português do artigo publicado originalmente em italiano sob o título *"L'onere come figura processuale*" no livro *Teoria generale del diritto e filosofia analítica. Studi in recordo di Giacomo Gavazzi* (Torino: G. Giappichelli editore, 2012), organizado pela gentil Professora Tecla Mazzarese, da *Università di Brescia*. Para a tradução, autorizada por correio eletrônico pelo autor, foi utilizada a edição publicada na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè editore. Anno LXVI, n. 2. Giugno 2012. pp. 425-436.

[2] Esta tradução foi feita graças ao esforço voluntário dos seguintes colaboradores da Revista Eletrônica de Direito Processual: 1. Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (primeira metade do 1º capítulo), 2. Odilon Romano Neto (segunda metade do 1º capítulo e a integralidade do 2º capítulo), 3. Mauricio Vasconcelos Galvão Filho (3º capítulo), 4. José Aurélio de Araújo (4º cap., 1ª parte), 5. Franklyn Roger Alves Silva (4º cap., 2ª parte), 6. Denise Maria Rodriguez Moraes (4º cap., 3ª parte), 7. Márcio Carvalho Faria (4º cap., parte final), e, por fim, 8. Guilherme Luis Quaresma Batista Santos (organização, acréscimo de textos legislativos estrangeiros e revisão final). A eles, o nosso agradecimento.

[3] Conforme GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*. Torino, 1970 (as citações referem-se a edição de 1985).

primeira obra monográfica que, no âmbito da teoria geral do direito, fora dedicada – mas não apenas na Itália – a esta situação subjetiva. Até hoje, e até onde vai meu conhecimento, a situação não mudou,[4] motivo pelo qual a obra de Gavazzi continua a ser um ponto de referência essencial. Por sua parte, os processualistas têm sempre concentrado as suas atenções sobre o ônus da prova,[5] talvez porque o artigo 2697 do Código Civil italiano[6] (c.c.)[7] seja a única norma de natureza processual, malgrado a sua inserção no código substancial, que traz no título – embora não no texto - o termo "ônus".[8] O único processualista que se ocupou do ônus como figura jurídica de caráter geral foi Carnelutti,[9] mas a sua análise foi justamente criticada pelo próprio Gavazzi,[10] e, de resto, é notório que o pensamento carneluttiano mais frágil é exatamente aquele que se manifesta nos escritos sobre teoria geral do direito.[11]

Com isso, os processualistas, sobretudo aqueles com curiosidade teórica, perderam uma boa ocasião, transcurando a possibilidade de identificar no próprio ônus uma das situações subjetivas que possuem a maior relevância – e provavelmente uma relevância geral, não limitada ao âmbito probatório – no contexto do processo. Parece, de fato, digna de consideração a hipótese que a maior parte das situações subjetivas que dizem respeito às partes[12] (se não todas) são interpretáveis como ônus em função de sua estrutura, independentemente de como venham qualificadas – quando estão expressas –

[4] Exceções isoladas são as vozes de SCOZZAFAVA, verbete *Onere. I. Onere (in generale): a) Nozione, in Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 99 ss e de GELATO, verbete *Onere, in Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 62 ss.

[5] Na literatura italiana, cfr., em particular, a clássica monografia de MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, reed. 1966, e também. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; TARUFFO, verbete *Onere della prova, in Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 65 ss. E, por fim, cfr. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3, Torino, 2010, p. 293 ss., também para ulteriores referências bibliográficas

[6] *Art. 2697. Onere della prova*.

Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

[7] Nota de Tradução (N.T.): o prof. Michele Taruffo, ao tratar de artigos do *Codice di Procedura Civile* italiano, ele não faz referência ou utiliza a sigla c.p.c. Já quanto aos artigos retirados do Código Civil, estes são geralmente referidos com c.c. ao final. Ao longo da tradução, todos os artigos serão transcritos no original em nota de rodapé para melhor compreensão pelo leitor.

[8] O artigo 2698 fala de ônus da prova no título e no texto, mas é norma de relevância secundária em respeito ao artigo 2697.

[9] Conforme CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3, Roma, 1951, p. 138 ss.

[10] Conforme GAVAZZI, *op. cit.* p. 44 ss.

[11] Recorda GAVAZZI que a construção carneluttiana das situações jurídicas subjetivas foi objeto de numerosas críticas: v. *Id. Op. cit.*, p. 49, nota 21, também para referências bibliográficas.

[12] Não faço aqui referência às situações subjetivas que são dirigidas ao juiz, que *prima facie* me parecem definíveis como poder e como dever (ou obrigações) ao invés que como ônus.

pelas normas que as disciplinam.

Não é o caso de desenvolver-se aqui um exame analítico e completo destas situações, mas alguns exemplos poderão aclarar o sentido do que se está a afirmar. No momento em que o artigo 163[13] prevê, no n. 4, que o autor alega os fatos "constitutivos das razões da demanda", na realidade configura um ônus cuja satisfação é necessária para a proposição de um ato de citação válido. Quando o artigo 183[14] indica os prazos nos quais devem ser efetuadas as deduções instrutórias, na realidade configura ônus que as partes devem satisfazer se quiserem que as suas provas venham a ser admitidas em juízo. O artigo 2697 c.c. prevê que o autor deve provar o fato constitutivo do direito que postula se não quiser sucumbir. Parece, portanto, possível compreender as situações subjetivas de modo que as partes venham a descobri-las como ônus que elas devem satisfazer com a modalidade que a lei prevê, se quiserem obter os efeitos aos quais os relacionados atos são pré-ordenados. Em regra, na verdade, quando a lei fala em termos de "dever" – como faz, por exemplo, no artigo 2697 –, na realidade se refere a ônus ao invés de deveres em sentido estrito. De outra parte, mesmo quando se fala de direitos se faz frequentemente referência a situações que, na realidade, têm a estrutura do ônus: por exemplo, o direito à tutela jurisdicional se realiza adimplindo o ônus de propor uma demanda (com base no artigo 99 c.p.c.),[15] enquanto o direito à prova – que é

[13] *Art. 163. (Contenuto della citazione)*
La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa.
Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della corte di appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti.
L'atto di citazione deve contenere:
(...)
4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;(...)

[14] *Art. 183. (Prima comparizione delle parti e trattazione della causa)*
(...)Nell'udienza di trattazione (...) l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza é sorta dalle difese del convenuto. Le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate.
Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori:
1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;
2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria.

[15] *Art. 99.(Principio della domanda)*
Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.

comumente associado às garantias previstas pelo artigo 24 da Constituição[16] – encontra na regra do ônus da prova uma consequência direta em termos de decisão final sobre os fatos.

O discurso não muda ao se avançar na análise e se considerar que o processo é interpretável como uma sequência ordenada e coordenada de situações, nas quais, de tempos em tempos, cada parte se encontra diante de uma escolha de caráter discricionário. A lei processual diz, em suma, à parte: se queres obter o resultado *x*, deves cumprir o ato *a* com a modalidade *m*; se, ao contrário, queres obter o resultado *y*, deves cumprir o ato *b* com a modalidade *n*; se queres obter o resultado *z*, deves cumprir o ato *c* com a modalidade *o*. Obviamente, se o ato *a* não é cumprido com a modalidade *m*, o resultado *x* não é alcançado, e assim também o resultado *y* não é obtido se o ato *b* não é cumprido com a modalidade *n*, e o resultado *z* não é alcançado se o ato *c* não é cumprido com a modalidade *o*.[17]

O falho cumprimento dos vários ônus é sancionado com consequências diversas, conforme o caso. Por vezes, se prevê que o ato seja nulo (como no caso da citação desprovida da alegação do fato constitutivo, com base no artigo 164, alínea 4ª),[18] outras vezes se verifica uma preclusão (como a que atinge as deduções instrutórias tardias), e outras vezes ainda se determina a sucumbência (como no caso da ausência de prova do fato constitutivo alegado pelo autor).

Em um contexto deste gênero, a "liberdade" de que fala Gavazzi se traduz na "discricionariedade regulada" que a lei processual atribui a cada uma das partes nas diversas situações nas quais elas venham a se encontrar no curso do processo. Por sua vez, o desenvolvimento concreto do processo é determinado pelas escolhas que, de vez

[16] Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.
La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.
Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.
La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

[17] Emerge, portanto, com suficiente clareza a analogia entre o ônus e a regra técnica, que já havia sido advertida por GAVAZZI, *op. cit.*, pp. 29 ss., 33 ss. Sobre as regras técnicas, v. a ampla análise de GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008, *passim.*

[18] *Art. 164. (Nullità della citazione)*
(...) La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma; tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini.
La citazione è altresì nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3) dell'articolo 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4) dello stesso articolo.

em quando, as partes realizam no âmbito dessas situações de discricionariedade regulada, cumprindo ou não cumprindo os ônus que a elas pertencem.

1. Natureza privatista e publicista do ônus processual

Ao criticar a teoria de Carnelutti, Gavazzi coloca em evidência como ela se inspira em uma visão estritamente privatista e individualista do ônus.[19] Não causa espanto que tal ocorra no âmbito da teoria carneluttiana, onde a análise integral do fenômeno processual se funda – como é notório – sobre o conceito de "lide", compreendida exatamente como competição entre interesses individuais.[20] Gavazzi é, todavia, exato quando diz que o ônus pode ser orientado também à realização de interesses públicos e desta forma não pode se exaurir em um "fenômeno típico de auto-regulação de interesses privados e, além do mais, internos a um determinado sujeito".[21]

O que Gavazzi diz em linha geral pode ser verificado sem dificuldade também no contexto do processo. Ao se prestar atenção à imagem que fora evocada pouco antes, a de um processo interpretável como uma sequência de situações subjetivas em larga medida reconduzíveis à estrutura do ônus, observa-se facilmente que a disciplina destas situações é referida às várias posições que as partes assumem no curso do procedimento, mas não é configurada com o propósito exclusivo de consentir às partes a realização dos seus interesses individuais. A menos que se queira permanecer no interior de uma concepção rigorosamente privatista do processo civil, o fator que se deve levar em consideração é que a inteira disciplina do processo tem caráter publicístico e é destinada – pelo menos na sua *ratio* fundamental, e com as modalidades previstas pelas várias leis processuais – a realizar o fim público da administração da justiça civil. Tal fim pode ser realizado de maneira mais ou menos completa e mais ou menos eficaz conforme o caso, mas parece evidente que ele não consiste somente na resolução do conflito entre interesses individuais privados, mas inclui, sobretudo, a resolução das controvérsias com as modalidades disciplinadas pela lei (e também pelas garantias constitucionais) e

[19] Cfr. GAVAZZI, *op. cit*., p. 53 ss.
[20] Sobre esse assunto, é ainda ilustrativa a análise desenvolvida por CALAMANDREI no ensaio *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, *in Id., Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 200 ss.
[21] Cfr. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 55.

com decisões justas fundadas sobre a correta aplicação das normas ao caso concreto.[22]

2. O ônus da prova

Uma confirmação de tudo o que se está dizendo pode ser obtida de uma consideração relativa à natureza e à função do ônus da prova. Não há dúvida, como já se mencionou, que a regra expressa no art. 2697 c.c. seja endereçada às partes, segundo a lógica típica do ônus probatório pela qual o legislador diz a elas "se queres vencer a causa, deves provar o fato sobre o qual se fundamenta a tua demanda ou exceção", assim determinando quais devem ser os comportamentos da parte que tem interesse em não tornar-se sucumbente. Mas parece igualmente claro que, assim fazendo, o legislador aproveita – por assim dizer – os interesses das partes para dirigir o processo com vistas à obtenção de uma finalidade de relevância geral,[23] representada pela possibilidade que a decisão final se fundamente sobre a apuração, decorrente das provas, da verdade dos fatos relevantes. Neste sentido, pode-se, assim, falar de uma função *lato sensu* epistêmica da regra do ônus da prova: se as partes fizerem o que ela prevê, será apurada a verdade dos fatos[24] e o processo se concluirá com uma decisão justa enquanto fundada sobre a correta aplicação da norma que rege o caso. E, assim, alcança-se ao fim - não somente privado e individual - que é visado, a princípio, pela administração da justiça.

Uma função publicística da regra sobre o ônus da prova pode, de outra forma, ser revista também no caso em que a hipótese ideal não se verifique, seja quando falta ou não é suficiente a prova do fato sobre o qual – por exemplo – se fundava a demanda do autor.[25] Esta é a situação em que dita regra funciona de modo específico como *regra de juízo*, determinando a sucumbência da parte que não cumpriu o seu ônus probatório.[26] Como é notório, esta regra se aplica em todos os ordenamentos modernos, a fim de assegurar que o juiz não possa se limitar a um *non liquet* que seja incompatível com a necessidade que a justiça seja feita e que constituiria uma denegação de justiça. Por este escopo – mais uma vez: de direito público (*pubblicistico*), não privatístico –,

[22] Sobre esse assunto, v. mais amplamente as argumentações desenvolvidas em TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 107 e ss.
[23] Em sentido análogo cfr. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 68.
[24] Sobre esse assunto, v. mais amplamente TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 228.
[25] Nesta eventualidade, v. mais amplamente TARUFFO, *op. loc. cit.*
[26] Sobre ônus da prova como regra de juízo, v. em particular MICHELI, *op. cit.*, p. 213 ss.; TARUFFO, *Onere della prova*, cit., pp. 66, 73 s.; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 310 ss.

ela prescreve ao juiz julgar de qualquer forma, dado que, em regra geral, *interest reipublicae ut sit finis litium*.[27]

Além disso, a regra pela qual *onus probandi incumbit ei qui dicit* corresponde a um dos princípios fundamentais de exatidão da comunicação, em virtude do qual quem realize uma afirmação deve demonstrá-la, ou deve, de outro modo, estar pronto a demonstrá-la a qualquer momento que seja necessária, ou seja, requisitada.[28]

3. A modificação dos ônus probatórios

Esta concepção, pela qual a regra fundamental sobre o ônus da prova tem uma função epistêmica e uma natureza acentuadamente publicista, e ainda corresponde a princípios gerais de boa-fé,[29] leva a formular algumas observações a propósito dos vários fenômenos que implicam *modificações* ou *manipulações* da regra, através das quais se objetiva a repartir os ônus probatórios entre as partes de maneira diversa daquela que a própria regra prevê.

Ocorre frequentemente que estas modificações vêm efetuadas pelo legislador, habitualmente com a previsão de presunções legais relativas, que precisamente - como é notório - têm o efeito de favorecer a parte que deveria provar o fato que a lei presume, e de fazer recair sobre a outra parte o ônus de provar o contrário.[30] Às vezes o legislador pretende, deste modo, facilitar a posição processual de um determinado sujeito; outras vezes, vem presumido um fato cuja prova resultaria muito difícil na prática; e ainda outras vezes, se atribui o ônus da prova (contrária) à parte que se achar hábil a disponibilidade do meio de prova ou que possa mais facilmente provar o fato contrário àquele presumido. Ainda ocorre, às vezes, que o legislador pretenda fazer de modo que a prova (direta ou contrária) de um fato seja obtida e, então, na sua intervenção, se possa

[27] A propósito, v. de forma genérica COMOGLIO, *op. cit.*, p. 263 ss.; MICHELI, *op. cit.*, pp. 12 ss., 177 ss; TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

[28] A este respeito, v. em particular GRICE, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, Mass.-London, 1989, p. 27.

[29] N.T.: A tradução de *correttezza* é correção, honestidade. A doutrina trata como "princípio geral de direito da correção e da boa fé" que pode estar relacionado ao direito material - como nos artigos 1175 e 1365 do c.c. italiano, que indicam a obrigatoriedade de conduzir-se com boa-fé nas relações creditícias, por exemplo - ou no direito processual, como vedação ao abuso na prática de atos processuais. Assim, traduzimos a expressão *princìpi generali di correttezza* usada no texto original como *princípios gerais de boa fé*. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de COMOGLIO, Luigi Paolo. *Abuso del processo e garanzie costituzionali*. *in* Rivista di Diritto Processuale. Cedam: Milano. 2008. pp. 319-354.

[30] O fenômeno é notório e é assaz frequente. A propósito, e por referência específica, v. por todos COMOGLIO, *Le prove civili. Op. cit.*, p. 320 ss.

reconhecer também uma finalidade *lato sensu* epistêmica. Em todo o caso, as escolhas que o legislador faz prevendo alocações específicas dos ônus probatórios podem, às vezes, mostrar-se discutíveis, mas têm, ao menos, o mérito de serem predeterminadas: em outros termos, as partes conhecem *ex ante* como são distribuídos os ônus probatórios nas diversas situações e, portanto, podem, por conseguinte, organizar as estratégias processuais.

A mesma consideração não vale, por outro lado, quando é o juiz - não o legislador - a modificar a distribuição dos ônus probatórios entre as partes, afastando-se da regra geral do art. 2697 c.c. O fenômeno é bastante difuso em vários ordenamentos - no nosso, se fala em *presunzioni giurisprudenziali* (presunções jurisprudenciais), na Alemanha em *Anscheinsbeweis* (ou prova *prima facie*), nos ordenamentos latino-americanos, de *carga dinámica de la prueba* e de *ônus dinâmico da prova* - e é devido, o quanto aparenta, à tendência dos juízes de não aplicarem as regras normativas sobre a distribuição dos ônus probatórios e a auto-atribuir-se um amplo poder discricionário de estabelecer "quem deve provar e o quê" e, portanto, também quem sucumbirá por não ter provado aquilo que *segundo o juiz* (não segundo a lei) deveria provar. A propósito, e sem aprofundar o problema como mereceria,[31] pode-se desenvolver algumas sintéticas observações críticas.

De um lado, se em um ordenamento existe regra geral, como o artigo 2697 c.c. na Itália ou o artigo 1315 do *code civil* francês, é, ao menos, duvidoso que o juiz possa tranquilamente deixar de aplicá-la adotando critérios diversos para estabelecer qual parte teria o ônus de provar qual fato. A mesma consideração vale para os ordenamentos, como o alemão, no qual não existe uma regra geral escrita, mas esta vem derivada por indução das numerosas normas específicas que disciplinam a alocação dos ônus da prova.

A dúvida adquire, pois, ulterior consistência caso se considere que, usualmente, o juiz modifica a distribuição dos ônus probatórios no momento em que se formula a decisão final. Deste modo, são violadas as mais elementares regras do contraditório, com base nas quais as partes deveriam conhecer *in anticipo* e em tempo útil os critérios

[31] Sobre esse assunto, v. mais amplamente, e por referência, TARUFFO, *La semplice verità*, *cit*., p. 227 ss.

aos quais deveriam ater-se na predisposição de suas iniciativas probatórias.[32]

A argumentação à qual habitualmente se recorre para justificar essas praxes, segundo a qual o juiz tenderia a evitar o rigor excessivo que derivaria de uma aplicação rigorosa do art. 2.697,[33] não parece suficiente a justificar evidentes violações desta norma, tampouco a legitimar a violação da garantia fundamental do contraditório. São evidentes, por outro lado, os "sérios riscos de incerteza e de aleatoriedade"[34] que derivam da falta de critérios prestáveis e coerentes de valoração e é, pelo menos, duvidoso que tendências "judicialistas"[35] ou sensibilidades particulares à "justiça do caso concreto" justifiquem a inclinação dos juízes a não aplicar as regras que disciplinam os ônus probatórios. Vale, na verdade, a consideração que se vier a faltar a prova nos prazos e com as modalidades que estas normas preveem, a consequência não é que o juiz possa considerar-se livre para decidir o mérito como queira, eventualmente modificando os ônus probatórios. A consequência, ao contrário, não pode ser outra senão aquela prevista no art. 2.697, ou seja, a sucumbência da parte que deveria ter provado um determinado fato.[36]

Por outro lado, pode-se observar que o juiz do *civil law* normalmente não dispõe do poder discricionário,[37] que compete, ao invés, ao juiz do *common law* no que diz respeito à distribuição dos ônus probatórios entre as partes. Considera-se, todavia, que o juiz americano dispõe deste poder a respeito do *burden of producing evidence*, que se aplica no curso do processo a fim de se estabelecer se ele pode prosseguir, mas não a

[32] É duvidoso que a nova redação do art. 101 do c.p.c., que se refere somente a "questões reconhecíveis de ofício" para obrigar o juiz a respeitar a regra do contraditório, também seja adequada a resolver o problema, dado que a modificação dos ônus probatórios não parece constituir uma "questão" em sentido técnico. Para uma análise crítica da norma, v., por todos, GAMBA, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale*, in *Il processo civile riformato*, coord. TARUFFO, Bologna, 2010, p. 65 ss.

[33] Neste sentido, v. em esp. COMOGLIO, *op. cit.* p. 323 s., o qual fala de "justiça distributiva" e de "parâmetros hermenêuticos essenciais".

[34] Cfr. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 323.

[35] N.T.: *giudizialismo* (judicialismo) é como se denomina, hoje, na Itália, movimentos anti-garantistas no âmbito do Poder Judiciário quando há abuso de poder por parte dos órgãos jurisdicionais.

[36] Isto não implica que se deva acolher a concepção do ônus da prova em sentido subjetivo, segundo a qual a regra relativa resguardaria a necessária proveniência da prova, posto que ela vem contraditada, seja pela presença dos poderes instrutórios do juiz, seja do denominado (*c.d.*) princípio da aquisição probatória (sobre este assunto, v. sobre o último COMOGLIO, *op cit.* pp. 296, 310 ss. e, além disso, TARUFFO, *Onere della prova*, *cit.* p. 72). Todavia, o art. 2697 estabelece qual é a parte que deve suportar a consequência negativa da prova faltante dos fatos que alegou.

[37] Uma exceção limitada é encontrada no art. 217, n. 6 da *Ley de enjuiciamento civil* espanhola, segundo a qual o juiz, ao aplicar os critérios gerais de repartição dos ônus probatórios previstos nas outras partes da norma (e, em particular, no n. 2, que corresponde ao nosso art. 2697 do c.c. italiano), tomará conta da *disponibilidad y facilidad probatoria* de cada uma das partes. Neste contexto, v. em particular, ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 23 ss.

propósito do *burden of proof*, ou seja, do ônus que funciona como regra de julgamento final sobre os fatos.[38]

De um ponto de vista diverso, pode-se observar em seguida que a modificação dos ônus por parte do juiz é assaz perigosa, porque, na realidade, acaba por determinar o êxito da controvérsia: estabelecendo em sede de decisão que uma partia havia – sempre segundo uma valoração discricionária do juiz – um ônus probatório não previsto em lei e aplicando a regra pela qual quem não prova, sucumbe, na realidade, o juiz decide - sempre discricionariamente - quem sucumbe e quem vence. Não justifica esta consequência a eventualidade que seja "próxima à prova" ou que a disponha a parte que, na realidade, não havia o ônus originário de provar aquele fato. Se, na verdade, o objetivo que se quer perseguir é aquele da aquisição da prova em juízo, a inversão do ônus da prova, além de ser substancialmente injusta, não é sequer necessária: seria, de fato, suficiente que o juiz ordenasse à parte que dispõe da prova produzi-la, eventualmente sancionando a falta de observância a tal ordem, sem, porém, intervir sobre a distribuição "final" do ônus da prova condicionando arbitrariamente o êxito final da controvérsia.

Por vezes, a modificação dos ônus probatórios vem justificada afirmando-se que não nos há nenhuma necessidade de se demonstrar aquilo que é normal, enquanto deveria ser provado um fato anormal,[39] mas essa argumentação não é completamente convincente. De um lado, deve-se tomar conta da ambiguidade semântica que caracteriza o conceito de "normalidade" (é normal aquilo que ocorre com maior frequência, interpretando os prazos de maneira descritiva, ou se faz também referência a uma implicação valorativa, pela qual aquilo que é normal é bom, enquanto é ruim aquilo que é anormal?). Ademais, não se negligencia a arbitrariedade ínsita no emprego da ideia de "normalidade": com base em qual critério um fato é normal? Quem estabelecesse que ele é normal ou não o é?[40]

De outro lado, é constatação óbvia aquela pela qual a narração de um fato que parece normal (qualquer coisa que seja dita) possa tranquilamente não ser verdadeira, pela razão banal que aquele fato pode não ser verificado. O cisne negro, ou seja, o

[38] A propósito cfr., também por referência, TARUFFO, *Onere della prova*, *cit.*, p. 73.
[39] V. uma observação sobre isso em COMOGLIO, *op. cit.*, p. 323.
[40] HACKING, *op. cit.*, p. 161, diz que a ideia de normalidade corresponde ao marco do século XIX, mas, a esse respeito, traz um discurso complexo que não pode ser aqui desenvolvido (e que Hacking desenvolve na página seguinte à qual se refere).

improvável, imprevisível (veja: o anormal) se verifica com frequência e falsifica claramente o critério da normalidade.[41] Por conseguinte, porém, o critério da normalidade/anormalidade do fato que se trataria de provar parece um fundamento mais fraco ainda para uma modificação dos ônus de prova, por meio da qual haveria uma classe de *relevatio ab onere probandi* em favor da parte que tivesse o ônus de provar a verdade de um fato que parece normal, enquanto o equilíbrio dos ônus – e do correlativo risco de sucumbência – deveria pender em prejuízo da outra parte.

O discurso sobre o critério da normalidade poderia evocar alguma associação com o que tem sido dito por alguns filósofos, e, em particular, por Nicholas Rescher.[42] Em síntese apertada, a tese de Rescher é que no raciocínio que visa o conhecimento prático é inevitável mover por *presunções* em torno de estados de coisas tão diversas, assumindo-as como premissas para escolhas e comportamentos sucessivos: elas são destinadas a ser mantidas até que não venham contraditadas ou substituídas por premissas melhores. Tratar-se-ia, ou seja, de assunções *plausíveis* enquanto correspondentes ao que se considera "*the usual, normal, customary course of things*".[43]É provável – mas demandariam aprofundamentos a tal propósito que não são possíveis nessa sede – que o discurso de Rescher corresponda a uma praxe muito difundida e que é capaz de explicar vários aspectos do raciocínio prático. Isto que aqui se quer enfatizar, no entanto, é que, malgrado a semelhança entre este discurso e as argumentações daqueles que aprovam a inversão judicial do ônus da prova, a análise de Rescher não justifica essa orientação. E isto por várias razões. Antes de tudo, Rescher repete muitas vezes que a plausibilidade das premissas presuntivas não tem nada a ver com a sua verdade: trata-se, na verdade, de hipóteses operativas que não dizem nada acerca da realidade dos fatos às quais se referem.[44] Além disso, Rescher acena, por vezes, ao problema do *burden of proof*, mas não o aprofunda.[45] Em particular, não se põe e não resolve o problema de estabelecer por qual razão a assunção de uma premissa presuntiva exime o sujeito que se serve do ônus de provar que aquela premissa é

[41] Sobre o assunto, cfr. TALEB, *The Black Swann. The Impact of the Higly Improbable*, New York, 2007, *passim*.
[42] De RESCHER cfr., sobretudo, *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, Cambridge, 2006, mas também *Epistemology. An Introduction to the Theory of Knowledge*, New York, 2003, p. 81 ss.
[43] Cfr. RESCHER, *Epistemology*, *cit*., p. 82; ID., *Presumption, cit.*, p. 10, mas afirmações análogas são repetidas diversas vezes em seus escritos.
[44] Cf. RESCHER, *Presumption*, *cit.*, p.. 28 ss, 36 ss, 70 ss,; Id., *Epistemology*, cit., pp. 82 ss.
[45] Cf. em particular RESCHER, *Presumption,* cit., p. 13 ss.

verdadeira (ou que é a melhor entre as hipóteses possíveis) e recai, ao invés, sobre qualquer um outro o ônus de demonstrar que ela não é verdadeira (ou não é a melhor possibilidade), com o acréscimo de que se este não cumprir esse ônus, é destinado a sofrer consequências prejudiciais.

Em outros termos, parece claro que a teoria de Rescher não reflete aquilo que ocorre no contexto do processo e, sobretudo, não justifica as razões pelas quais o autor que alega um fato "normal" a título de premissa plausível seria, por isso mesmo, isentado do ônus de demonstrar que aquilo que diz é verdadeiro, enquanto tocaria ao réu o ônus de demonstrar que aquilo que o autor diz é falso, restando sucumbente se não tiver êxito nessa tarefa. Parece claro, de qualquer modo, que a situação extraprocessual da qual se ocupa Rescher é estruturalmente diversa da situação que se verifica no âmbito do processo. Na vida comum certamente um sujeito raciocina e toma decisões movido por premissas plausíveis e "normais", que podem também ser falsas ou não serem as melhores possíveis. Até que essas premissas não venham a ser desmentidas pelos fatos, as consequências que delas advêm podem ser racionais e justificadas (mas não têm a ver com a verdade das premissas).

No processo, ao contrário, não é suficiente que quem afirma a verdade de um enunciado de fato, alegando-o como fundamento de uma demanda ou de uma exceção, o configure como "normal", pois que, de acordo com a lei, ele também tem o ônus de demonstrar que aquilo que afirma é verdadeiro. *Onus probandi incumbit ei qui dicit* significa – veja – que a alegação de um fato não implica na demonstração da normalidade daquele fato, mas requer a demonstração probatória da verdade daquilo que foi alegado. De outra parte, para demonstrar a verdade de uma alegação não é certamente suficiente a falta de demonstração probatória da sua falsidade. Isso torna – na melhor das hipóteses – ineficaz a inversão do ônus da prova operada pelo juiz: atribuindo ao réu o ônus de fornecer a prova contrária do fato alegado pelo autor, e declarando o réu sucumbente se não cumpriu com este ônus, o juiz não chega certamente a estabelecer a veracidade daquele fato. Ao contrário, a situação permanece em um estado de incerteza cognitiva, cujas consequências negativas deveriam ser imputadas ao autor que não provou o fato constitutivo da demanda, e não ao réu que não conseguiu provar o contrário.

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pedro Gomes de Queiroz

Mestrando em Direito Processual pela UERJ. Pós-Graduando *Lato Sensu* em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade analisar a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e, em especial, da sentença proferida em processo civil, descrevendo as funções da fundamentação, os possíveis vícios da motivação e as consequências destes defeitos.

Palavras-chave: Motivação. Sentença. Funções. Defeitos. Nulidade.

Abstract: This paper aims to analyze the constitutional guaranty of the reasoning of the judicial decisions and, specially, of the judgment rendered in a civil process, describing the functions of the recital, the eventual vices of the reasoning and the consequences of those defects.

Key words: Reasoning. Judgment. Functions. Defects. Nullity.

Sumário: 1. Introdução; 2. As funções da motivação; 3. A motivação acerca das provas e das questões de fato; 4. Os vícios da motivação; 4.1. Motivação sucinta *versus* ausência de motivação; 4.2. A motivação implícita; 4.3. A motivação *per relationem*; 5. Consequências da ausência de motivação ou da motivação deficiente; 6. A ideologia da eficiência e a motivação; 7. Conclusão.

1. Introdução

O art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 estabelece que: "IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].".

A fundamentação, também chamada de motivação, é a análise, a justificação ou o pronunciamento que o juiz realiza na sentença sobre todas as questões de fato e de direito que antecedem o julgamento do pedido. É nesse requisito que o juiz desenvolve seus argumentos, razões e fundamentos[1].

O art. 162, §1º, do Código de Processo Civil (CPC) de 1973 define sentença como "[...] o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 [...]" do CPC, isto é, que resolve o mérito ou extingue o processo sem resolução do mérito. Os atos do juízo que resolvem incidentes do processo recebem o nome de decisões interlocutórias[2].

O art. 165, CPC/1973 autoriza a fundamentação sucinta das decisões interlocutórias ao dispor que: "As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso". Da mesma forma, o art. 459, CPC/1973 estabelece que as sentenças terminativas, isto é, aquelas que extinguem o processo sem resolução do mérito serão fundamentadas de modo sucinto[3].

José Carlos Barbosa Moreira observa que concisão não significa omissão, já que o juiz não pode, em nenhuma hipótese, silenciar acerca do fundamento de sua decisão[4].

Como veremos adiante, a sentença de mérito, isto é, aquela que acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor[5], também pode ser fundamentada de forma concisa, desde que a fundamentação seja completa, ou seja, apta a desempenhar todas as suas funções.

O art. 458, CPC/1973 estabelece entre os requisitos essenciais da sentença: "II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;".

---

[1] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 271.
[2] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prueba e motivación de la sentencia*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Org.) *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.109.
[3] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ibid., p. 109-110.
[4] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ibid., p. 110.
[5] Cf. art. 459, CPC/1973.

Michele Taruffo afirma que a motivação é uma justificação racional sobre a decisão, elaborada após a realização desta, cujo objetivo é permitir o controle sobre a racionalidade da própria decisão[6].

Segundo o mencionado autor, o juiz não apresenta na motivação todas as razões que o levaram a decidir em um determinado sentido, mas somente aquelas que são aceitáveis pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Em suas palavras, a fundamentação "é o discurso em torno das razões com base nas quais o juiz apresenta a decisão como aceitável." [7].

2. As funções da motivação

Michele Taruffo observa que a motivação exerce uma função em relação às partes, caracterizada sobre três aspectos: persuadir os sujeitos parciais da justiça da decisão, facilitar a caracterização dos defeitos da decisão que podem ensejar a sua impugnação através de recurso e permitir a interpretação do dispositivo da sentença, definindo e individualizando o conteúdo e o alcance da decisão, com base nas afirmações do juiz[8].

A motivação fornece elementos necessários para que os magistrados de instância superior possam avaliar se a sentença deve ou não ser reformada. Por outro lado, ajuda a definir a correta aplicação da norma e a uniformizar a jurisprudência[9].

A fundamentação cumpre, ainda, uma função extraprocessual de permitir o controle da decisão e da própria função jurisdicional por toda a sociedade. O poder jurisdicional é exercido pelo magistrado, mas pertence ao povo, por força do art.1º, parágrafo único, da Constituição Federal[10].

A eficácia imediata da previsão constitucional da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais produz a ilegitimidade de qualquer eventual norma que permita ao

[6] TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. 2. ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005, p. 435.
[7] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[8] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile*. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[9] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[10] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 292.

juiz não motivar a sentença. A eventual falta de previsão da motivação na legislação ordinária é suprida pelo princípio constitucional numa interpretação integrativa[11].

Michele Taruffo defende que a motivação tem caráter instrumental em relação a outros princípios constitucionais, no sentido de que a sua aplicação constitui uma condição de efetividade de tais princípios no plano da concreta administração da justiça[12].

A motivação garante a independência do juiz, principalmente em relação aos outros Poderes do Estado. A imparcialidade do juiz pode ser verificada através da motivação de cada uma de suas decisões concretas, já que a fundamentação torna evidente eventual parcialidade[13].

A motivação permite aferir a juridicidade[14] da decisão, isto é, se a Constituição, a lei e as demais normas jurídicas foram validamente aplicadas à fatispécie decidida[15]. Os métodos hermenêuticos tradicionais, tais como a interpretação gramatical, sistemática ou teleológica, não são suficientes quando se trata de interpretar princípios constitucionais, tendo em vista o elevado grau de abstração destas normas. Assim, quando, por qualquer motivo, o órgão jurisdicional precisa interpretar tais princípios, deve utilizar os métodos e os postulados normativos da hermenêutica constitucional[16].

Alguns casos, denominados "difíceis" apresentam um conflito aparente entre princípios constitucionais e, por isso, não podem ser decididos com a simples subsunção dos fatos a uma determinada disposição legal. Assim, o órgão jurisdicional precisa, primeiramente, atribuir um conteúdo normativo aos princípios em questão, para, em seguida, proceder a uma ponderação entre os princípios constitucionais colidentes, de

[11]GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile*. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[12] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[13] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[14] BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 13, mar./ mai. 2008.
[15] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[16] Gilmar Ferreira Mendes aponta entre os métodos da interpretação constitucional aptos a lidar com o problema da interpretação dos princípios constitucionais: o método tópico problemático, o método hermenêutico-concretizador, o método científico-espiritual, o método normativo-estruturante, e o método da comparação constitucional. Da mesma forma, arrola, entre os princípios da interpretação constitucional: o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática ou da harmonização, o princípio da correção funcional, o princípio da eficácia integradora, o princípio da força normativa da Constituição, o princípio da máxima efetividade, o princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97-122.

forma a encontrar a solução que melhor se adeque à Constituição como um todo. A ponderação deve ser sempre justificada na motivação. Nesse sentido, dispõe o art. 499, §2º, do Projeto do Novo CPC: "No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada." [17].

O controle abstrato de normas, realizado por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade[18] e da arguição de descumprimento de preceito fundamental[19] também pressupõe a atribuição de um conteúdo normativo aos princípios constitucionais por parte do Supremo tribunal Federal.

Sempre que se fizer necessária a interpretação de princípios constitucionais e a consequente atribuição de um sentido aos mesmos, o órgão jurisdicional deve demonstrar de forma detalhada, na motivação, quais métodos ou postulados normativos foram empregados e as razões pelas quais foi atribuído um determinado sentido ao princípio constitucional.

A motivação permite aferir adequação da decisão à Constituição Federal. Entretanto, é importante ressaltar que o juiz deve, sempre que possível, aplicar a lei à solução dos casos concretos tendo em vista que esta foi editada pelo Parlamento, órgão que dispõe da necessária legitimidade para elaborar e aprovar as normas que regularão as relações sociais. Em um sistema como o nosso, onde os juízes não são diretamente eleitos pelo povo e onde a maioria é selecionada por concurso público de provas e títulos, os magistrados não têm legitimidade para criar o direito, devendo respeitar as escolhas feitas pelo Parlamento sempre que estas não se mostrarem flagrantemente

[17] O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma comissão de juristas, presidida pelo eminente Prof. Luiz Fux e da qual fez parte o douto Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, tendo sido apresentado ao presidente do Senado Federal em 08 jun. 2010. No dia 07 jul. 2010, o então presidente do Senado Federal, Senador José Sarney apresentou ao plenário daquela casa legislativa, como autor, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, que recebeu no Senado o n.º 166/2010. O Relator do projeto no Senado, Senador Valter Pereira, apresentou substitutivo, que foi aprovado pelo Senado em 15 dez. 2012 e remetido à Câmara dos Deputados em 20 dez. 2010. O Projeto do Novo CPC recebeu o n.º 8.046/2010 na Câmara dos Deputados. Em 18 set. 2012 foi publicado o Relatório do Relator Geral do Projeto de Lei n.º 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, Deputado Sérgio Barradas Carneiro com várias modificações em relação ao Substitutivo ao PLS n.º 166/2010 aprovado no Senado. Em 20 mar. 2013 foi publicado o Substitutivo do novo Relator Geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira. Referimo-nos, no texto principal, à última versão do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/2010), ou seja, ao Substitutivo do Relator Geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira, publicado no dia 20 mar. 2013. Entretanto o dispositivo aqui mencionado foi primeiramente introduzido no art.500 da versão do Projeto do Novo CPC que acompanhava o Relatório do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

[18] Cf. Lei 9.868/1999.

[19] Cf. Lei 9.882/1999.

inconstitucionais. O juiz deve acatar a ponderação entre princípios constitucionais conflitantes feita pelo legislador ao elaborar a lei e somente pode deixar de aplicar a norma legal quando sua inconstitucionalidade houver sido declarada em sede de controle concentrado pelo STF, em súmula vinculante editada pelo mesmo tribunal, em controle difuso pelo próprio juiz, ou quando houver a suspensão da execução da lei por resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, CF[20]. No mesmo sentido, é a lição de Luís Roberto Barroso:

> [...] A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição[21].

Leonardo Greco aduz que a fundamentação não deve ser observada apenas para justificar racionalmente a decisão do juiz, mas também para demonstrar, não apenas que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e de todas as questões nele suscitadas, mas também que todas elas foram devidamente apreciadas[22]. No mesmo sentido, Michele Taruffo afirma que o princípio da obrigatoriedade da motivação exerce uma função de garantia instrumental em relação ao direito de defesa, já que a fundamentação permite aferir se o juiz tomou adequadamente em consideração as provocações e alegações em que o direito de defesa se manifestou concretamente[23].

A motivação garante a observância do direito ao contraditório participativo[24] que deve ser compreendido como: o direito dos sujeitos processuais à prova; o direito destes

[20] A declaração de inconstitucionalidade levada a efeito pelo STF em sede de controle difuso somente vinculará os demais órgãos jurisdicionais após a edição de resolução do Senado federal que suspenda a execução da lei, nos termos do art. 52, X, CF.
[21] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2013.
[22] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 271.
[23] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[24] Cf. art. 5º, LV, CF/1988.

de efetivamente influenciar na elaboração da decisão[25], inclusive no que concerne à atribuição de sentido ao texto da norma aplicada[26] e os deveres do órgão jurisdicional: de ouvir todos os sujeitos do processo, sejam ou não partes; de travar um diálogo humano com os estes, expondo, antes da decisão, sua linha de raciocínio e a forma como as alegações e as provas estão influenciando a formação de seu convencimento; e de conferir tratamento isonômico às partes[27].

A fundamentação permite ainda a aferição do respeito pelo juízo de seu dever de cooperar com as partes, que se subdivide nos seguintes deveres anexos: de *esclarecer-se* junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo; de *prevenir* as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos; de *consultá-las*, sempre que pretenda conhecer de matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a oportunidade de se pronunciar; e de *auxiliar* as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais[28].

O Estado Democrático de Direito[29] impõe a participação da própria sociedade em processos judiciais onde são discutidos direitos coletivos ou difusos, bem como a constitucionalidade das leis ou dos atos normativos. Assim, a Lei 9.868/1999 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), consagra o instituto do *amicus curiae*[30], bem como o instituto da audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria discutida no processo[31]. Os mesmos institutos foram adotados pela Lei 9.882/1999 que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal[32]. O Regimento Interno do STF também trata dos referidos institutos, conferindo ao *amicus curiae* o direito à

[25] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.
[26] MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19; e PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de código de processo civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. REDP, Rio de Janeiro, ano 4, v. VI, p. 49-92, jul./ dez. 2010.
[27] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 449-454.
[28] SOUZA. Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. Revista Forense, Rio de Janeiro, n.º 338, v. 93, p. 149-158, abr./jun. 1997.
[29] Cf. art. 1º, caput, CF/1988.
[30] Cf. art. 7º, §2º, Lei 9.868/1999.
[31] Cf. art. 9º, §1º, Lei 9.868/1999.
[32] Cf. art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei 9.882/1999.

sustentação oral e a juntar memoriais e permitindo que a audiência pública seja convocada pelo presidente do tribunal ou pelo relator do processo de controle concentrado de constitucionalidade[33]. O STF tem admitido o ingresso, de *amicus curiae* em recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido por Tribunal de Justiça, em processo de controle de constitucionalidade abstrato em face da Constituição Estadual, nos termos do art. 125, §2º, CF[34].

Os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública têm por fim pluralizar o debate constitucional, além de atribuir legitimidade democrática às decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido, o seguinte precedente do STF, quanto à função do *amicus curiae*:

> [...] PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "*amicus curiae*", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "*amicus curiae*", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "*amicus curiae*" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte [...]. [35].

O art. 543-C, §4º, CPC, permite que o relator do recurso especial que segue o procedimento dos recursos repetitivos admita a participação do *amicus curiae* no

[33] Cf. art. 13, XVII; art. 21, XVII; art. 154; art. 363, III; do Regimento Interno do STF quanto às audiências públicas e art. 323, §3º, do Regimento Interno do STF quanto ao *amicus curiae*.
[34] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no RE 595.964/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16/12/2010, DJe-031 de 16/02/2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no RE 597165 / DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2011, DJe-069 de 12/04/2011.
[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/2000, DJ de 10/06/2005, p.4.

referido procedimento, nos termos do que dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[36].

A professora Carolina Tupinambá aduz que o *amicus curiae* coopera com o órgão jurisdicional, munindo-o de informações necessárias ao julgamento da lide, bem como de valores e anseios dispersos no meio social. Dessa forma, legitima as decisões judiciais e concretiza a democracia[37].

O órgão jurisdicional deve procurar conhecer a opinião de especialistas e da maioria da população acerca dos aspectos ambientais, políticos, econômicos, sociais e culturais relativos à questão discutida no processo, antes de decidi-la, já que, tendo em conta o princípio democrático, inscrito no art.1º, caput, CF/1988, entre duas soluções juridicamente possíveis, deve optar por aquela que vá ao encontro da opinião e da vontade da maioria. Os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública tornam possível a consecução deste objetivo. É evidente que o órgão julgador não pode seguir a opinião da maioria quando esta vai de encontro à Constituição ou a outros instrumentos normativos conformes à Lei Maior. Assim, ainda que a população clame pela execução de um criminoso, não pode o órgão jurisdicional condená-lo à morte em tempo de paz, tendo em vista o disposto no art. 5º, LXVII, CF/1988. Nesse sentido, o Judiciário tem uma função contramajoritária quando se trata de assegurar os direitos fundamentais das minorias. Assim, ainda que a maioria decida suprimir certos direitos fundamentais de uma minoria, como, por exemplo, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[38], o Judiciário deve, quando provocado, reconhecer tais direitos, bem como garantir sua manutenção e exercício, tendo em vista que os dispositivos constitucionais que os consagram são cláusulas pétreas por força do art.60, §4º, IV, CF/1988. Nesse sentido, é a lição de Luís Roberto Barroso:

> [...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. [...] Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o

[36] O art. 543, §4º, CPC dispõe: "§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.".

[37] TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae* no Anteprojeto do Novo CPC. In: FUX, Luiz. (Coord.) O Novo Processo Civil Brasileiro Direito em expectativa (Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110-111.

[38] Cf. art. 5º, caput, CF/1988.

> intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas[39].

O eminente Ministro Luiz Fux, do STF, já convocou e realizou uma série de audiências públicas tanto em processos de controle concentrado quanto de controle difuso de constitucionalidade, no âmbito do STF, nos quais atuou como relator, tendo em vista conhecer a opinião da sociedade e de especialistas quanto a determinados aspectos da questão debatida no processo. Assim, por exemplo, dispôs em decisão monocrática proferida na ADI 4650/DF, onde o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) pugna pela declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições) e da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que permitem doações financeiras por pessoas naturais e jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos:

> [...] Considera-se, assim, valiosa e necessária a realização de Audiência Pública acerca dos temas controvertidos nesta ação, de sorte que a Suprema Corte possa ser municiada de informações imprescindíveis para o melhor equacionamento do feito, e, especialmente, para que o futuro pronunciamento judicial se revista de maior legitimidade democrática.
>
> A oitiva de especialistas, cientistas políticos, juristas, membros da classe política e entidades da sociedade civil organizada não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a trazer para a discussão alguns pontos relevantes dos pontos de vista econômico, político, social e cultural acerca do financiamento vigente, em especial por meio de estudos estatísticos e/ou empíricos.
>
> [...] tendo cada expositor o tempo de quinze minutos, viabilizada a juntada de memoriais.
>
> Os interessados, pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, mas de adequada representatividade, e pessoas físicas de notório conhecimento nas áreas envolvidas, poderão manifestar seu desejo de participar e de indicar expositores na futura Audiência Pública [...][40].

Da mesma forma, dispôs em decisão monocrática proferida no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 586.224 / SP, que versava sobre a possibilidade de Lei Municipal vedar o uso do fogo na colheita da cana-de-açúcar, em dissonância com a

[39] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2013.

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na ADI n. 4650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/03/2013, DJe-059 de 02/04/2013.

legislação estadual, mas em harmonia com o art. 27 do Código Florestal Nacional, segundo o qual "É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação":

> [...] Todos os elementos colhidos demonstram a imperiosa necessidade de realização de audiência pública para a discussão de temática tão sensível. Há que se debater a matéria com a sociedade, destinatária dos efeitos de qualquer decisão que venha a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal nesse caso, cuja apreciação ultrapassa os limites do estritamente jurídico, demandando abordagem técnica e interdisciplinar.
>
> Ressalto que a audiência pública não versará sobre discussões jurídicas, mas apenas sobre aspectos técnicos de áreas do conhecimento diversas do Direito, sendo absolutamente vedadas manifestações sobre normas constitucionais ou infraconstitucionais, em especial sobre competência legislativa ou administrativa dos entes federados. O escopo da audiência é esclarecer, pela participação de especialistas, as inúmeras questões ambientais, políticas, econômicas e sociais relativas à proibição da técnica de colheita da cana-de-açúcar por meio de queimadas [...][41]

O *amicus curiae* e as audiências públicas não alcançarão seus fins de assegurar a participação popular no processo judicial em que são discutidos interesses de toda a coletividade, se os argumentos trazidos ao processo por estes representantes forem simplesmente ignorados pelos julgadores. Dessa forma, suas considerações devem ser devidamente enfrentadas na motivação da decisão judicial de mérito. Ainda que os tribunais superiores não reconheçam legitimidade recursal aos *amici curiae*[42], o enfrentamento dos argumentos trazidos pelos representantes da sociedade é essencial aos fins extraprocessuais da fundamentação, bem como à legitimidade democrática da decisão.

Nicola Picardi aduz que, na maioria dos processos, o poder do juiz é vinculado a normas preestabelecidas, cânones interpretativos, precedentes, regras de procedimento, etc. Nestes casos, a solução do processo é predeterminada de maneira unívoca, não havendo espaço para opiniões contrárias razoáveis. Existe uma única solução legítima que o juiz deve acolher, sem margens de escolha. Entretanto, em uma minoria de casos, habitualmente os mais complexos, o ordenamento jurídico atribui ao juiz um espaço de ação em que deve escolher, dentre as possíveis e legítimas alternativas de juízo, aquela que considere a mais adequada. Nessas hipóteses, o conteúdo da decisão não é

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no RE 586.224, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29/11/2012, DJe-239 de 06/12/2012.

[42] Sobre a ilegitimidade recursal dos *amici curiae*, cf., *v. g*., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDcl no REsp 1.261.020 / CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13/03/2013, DJe 02/04/2013.

vinculado ou predeterminado, sendo o juiz depositário de um poder discricionário. Consequentemente, cria a *regula juris* do caso concreto[43].

O poder discricionário do juiz se caracteriza como figura intermediária entre o poder vinculado e o poder absoluto, estando sujeito a limites[44].

O modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, que permite a aplicação imediata das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais (art.5º, §1º, CF), bem como um movimento doutrinário-jurisprudencial conhecido como ativismo judicial[45] ampliaram consideravelmente os poderes do juiz. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. [...]
> O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas[46].

Os princípios constitucionais, no que pese serem dotados de força normativa, possuem elevado grau de abstração e sua aplicação direta termina por ampliar a

[43] PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16-17.
[44] PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 17.
[45] Segundo Luís Roberto Barroso, as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, sobretudo aos casos *Dred Scott v. Sanford*, 1857; *West Coast v. Parrish*, 1937; *Brown v. Board of Education*, 1954; *Miranda v. Arizona*, 1966; *Richardson v. Frontiero*, 1973; *Griswold v. Connecticut*, 1965; e *Roe v. Wade*, 1973.
[46] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2013.

discricionariedade do juiz no momento da decisão. O aumento da discricionariedade do magistrado deriva, ainda, do emprego, pela lei, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados[47].

Nicola Picardi observa que, em razão da referida ampliação dos poderes do juiz, fenômeno que não se restringe ao Brasil, mas que igualmente atinge outros países como a Itália, é preciso dar especial atenção a mecanismos que permitam eliminar da discricionariedade do juiz o perigo de abuso e de arbítrio. O poder absoluto se revela subtraído de qualquer controle e tendencialmente arbitrário. O poder discricionário, exatamente porque limitado, visa a evitar os perigos do subjetivismo e da degeneração em arbítrio. Por isso, o respeito dos limites por parte do juiz é submetido a um controle externo. O poder discricionário do juiz caracteriza-se, assim, como um poder limitado e controlável[48].

O referido doutrinador aduz que o coração da valoração discricionária consiste na ponderação comparativa de vários valores e no poder conferido ao juiz de fazer prevalecer um valor em detrimento do outro. Em tal ponderação de valores, não resultam mais operativos limites ou vínculos de interpretação que normalmente são colocados ao poder jurisdicional. A aplicação dos cânones hermenêuticos já guiou o juiz e terminou por colocá-lo ante duas ou mais alternativas, todas legítimas. No momento em que ele exerce os poderes discricionários, os tradicionais instrumentos interpretativos não se mostram mais suficientes. Entender que a escolha entre juízos de valor possa ser efetuada unicamente com mecanismos hermenêuticos significaria desnaturar o elemento característico da discricionariedade[49].

A liberdade de escolha que o juiz tem quando exerce o poder discricionário é vinculada pela imparcialidade, limite processual, e pela razoabilidade[50], limite

[47] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.
[48] PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 18.
[49] PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 18.
[50] Segundo o professor Luís Roberto Barroso, do princípio da razoabilidade/ proporcionalidade se extraem os requisitos: "(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos." (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.229.) Prossegue o professor Barroso: "Superado o teste da razoabilidade interna – adequação meio-fim, necessidade/ vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito -, será preciso verificar se o tratamento desigual resiste ao

substancial. A imparcialidade constitui atributo do poder do juiz entendido como função. Imparcialidade e razoabilidade colocam, pois, o problema dos limites no plano da lógica do juiz, da argumentação e da justificação. O discurso em torno dos valores pressupõe que o juiz recorra à lógica argumentativa, isto é, às regras e aos critérios de correção do raciocínio jurídico, que não se exaurem nas técnicas de interpretação da lei. Uma vez esgotada toda possibilidade aplicativa dos cânones de interpretação, restam realmente vínculos posteriores de argumentação jurídica que servem ainda para assegurar a razoabilidade na valoração dos valores e – por meio da motivação e da publicidade da decisão – um resultado correto e suscetível de ser controlado. Em outros termos, a objetividade da valoração discricionária é assegurada pelo fato de que o juiz procede, sempre, mediante raciocínios argumentativos. Trata-se de uma atividade que se desenvolve com respeito ao contraditório e segundo regras sobretudo deontológicas, com a finalidade de assegurar a escolha das melhores alternativas no âmbito interno do razoável[51].

Segundo Nicola Picardi, o poder discricionário do juiz é controlável sobre o plano da logicidade. O dever de publicidade tanto quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo, constituem os trâmites necessários para verificar se o juiz exerceu ou não corretamente o poder discricionário[52]. Dessa forma, o juiz deve sempre justificar, na motivação, porque atribuiu um determinado o sentido ao conceito jurídico indeterminado utilizado como razão de decidir, bem como de que maneira o referido conceito se relaciona com os fatos jurígenos que foram provados no processo. Nesse sentido, o art. 499, §1º, incisos I, II e III, do Projeto do Novo CPC dispõe que:

> § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:
> I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;
> II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; [53].

exame de sua razoabilidade externa. Vale dizer: se o meio empregado e os fins visados são compatíveis com os valores constitucionais." (BARROSO. Ibid., p.245).

[51] PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 20.

[52] PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 20-21.

[53] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Substitutivo do Relator Geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira, publicado no dia 20 mar. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em: 15 abr. 2013.

3. A motivação acerca das provas e das questões de fato

O art. 131 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973 determina que: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.".

Tendo em vista que a realização de uma diligência probatória normalmente acarreta gastos e aumenta a duração do processo, o juiz deve realizar um juízo de relevância acerca da prova requerida pela parte, rejeitando-a caso a considere inútil para provar os fatos por esta alegados[54], ou quando estes fatos, ainda que verdadeiros, não sejam aptos a gerar o direito alegado. Assim, tanto a decisão interlocutória que rejeita a prova, quanto aquela que a admite devem ser fundamentadas.

Michele Taruffo aduz que as partes têm o direito de conhecer as razões específicas da desconsideração ou rejeição das provas por elas propostas. A garantia da defesa se concretiza com a admissão da prova ou mediante a garantia instrumental da motivação da decisão preliminar com a qual o juiz impede o ingresso da prova em juízo, pois somente assim é controlável a consistência de um dos elementos essenciais do julgamento dos fatos[55].

A decisão interlocutória que admite a produção de uma determinada prova, também deve ser fundamentada, tendo em vista o interesse do adversário e da sociedade em geral, na duração razoável do processo[56]. A parte contraposta e, eventualmente, o Ministério Público, na condição de *custus legis*, têm interesse em interpor agravo contra a decisão interlocutória que admitiu a produção de prova manifestamente inútil.

O precipitado encerramento da instrução, antes da produção de todas as provas admitidas também não pode encontrar justificativa no julgamento implícito, porque tais

[54] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prueba e motivacion de la sentencia*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Org.) *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.
[55] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile*. (CEDAM, Padova, 1975). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[56] Cf. art. 5º. LXXVIII, CF.

provas já se tornaram um instrumento de defesa importante para a parte, na dialética que conduz ao acertamento dos fatos[57].

A discricionariedade decorrente do princípio do livre convencimento exige que a avaliação das provas seja adequadamente justificada, tendo a motivação um papel fundamental de racionalização dessa avaliação como instrumento de sua controlabilidade interna e externa. A fundamental natureza inferencial do juízo de fato exige que os resultados que ele provoca na convicção do juiz sejam verificáveis e possam considerar-se validamente justificados, não apenas pela indicação dos pontos de partida das conclusões, mas pela indicação e eventual justificação dos critérios de racionalidade das inferências. A jurisprudência em geral não exige claramente os requisitos mínimos indispensáveis para que o julgamento dos fatos possa considerar-se racionalmente justificado na motivação, o que se explica pela dificuldade de identificar esses requisitos e pela falta de sensibilidade em relação à função garantística da motivação[58].

Assim, a indicação dos indícios em que se baseiam presunções simples, sem a exposição de todo o raciocínio, não permite controlar a aceitabilidade das consequências extraídas pelo juiz[59].

4. Os vícios da motivação

Gustavo Badaró considera que são vícios da motivação: a ausência ou carência desta, a motivação *per relationem* e a motivação implícita. Segundo este autor, a ausência ou carência de motivação não deve ser entendida apenas como a total omissão de fundamentação, mas também como a falta de fundamentação de um ponto que deveria ser motivado em face do dispositivo[60].

Michele Taruffo aduz que o discurso justificativo somente é completo se todos os componentes estruturais da decisão, a respeito de cada ponto relevante, estão racionalmente justificados: a interpretação das normas aplicadas, a declaração dos fatos,

[57] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile*. (CEDAM, Padova, 1975). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[58] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[59] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[60] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 27.

a sua qualificação jurídica e as consequências jurídicas que derivam da decisão. Essa justificativa exige a explicitação das premissas e dos critérios jurídicos ou hermenêuticos, cognoscitivos e valorativos de todas as escolhas, sob pena de omissão ou insuficiência da motivação[61].

4.1. Motivação sucinta *versus* ausência de motivação

Michele Taruffo defende que o juiz não é obrigado a decidir e motivar expressamente sobre todas as particulares alegações e argumentos das partes, já que isso levaria a consequências absurdas, mas a motivação deve justificar a decisão em relação às defesas desenvolvidas pelas partes, pois só assim é possível verificar se em concreto não ocorreu uma violação ou esvaziamento da garantia da defesa[62]. Leonardo Greco adota entendimento semelhante, mas acrescenta que o juiz deve mencionar na motivação as alegações das partes que considerou manifestamente incabíveis ou inúteis e apontar, ainda que de forma resumida, as razões que o levaram a desprezá-las:

> A fundamentação deve ser completa, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja muito tolerante com motivações insuficientes. [...] Não pode haver [...] omissão sobre nenhum ponto relevante [...].
>
> A motivação que apenas justifique a conclusão do magistrado não é compatível com o Estado Democrático de Direito, em que o princípio político da participação democrática exige que qualquer autoridade pública efetivamente faculte que os particulares interessados nas suas decisões, nelas possam influir com todos os meios ao seu alcance. Entretanto, muitos justificam a omissão dos juízes no exame de todas as questões suscitadas pelas partes, alegando que muitos advogados, até mesmo no intuito de impressionar seus clientes, elaboram enormes petições, recheadas de preliminares e de argumentos absolutamente irrelevantes. O juiz não está compelido a analisar alegações manifestamente incabíveis e inúteis, mas precisa evidenciar na sentença que delas tomou conhecimento e apontar, ainda que sinteticamente, as razões que o levaram a desprezá-las[63].

[61] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[62] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[63] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 271.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) faz distinção entre motivação sucinta, mas válida, de um lado, e ausência ou falta de motivação de outro. Nesse sentido o seguinte precedente:

> AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL. CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 535 DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Não se verifica violação ao artigo 535 do CPC se, ainda que de maneira sucinta, o acórdão recorrido apresentou os fundamentos nos quais apoiou as conclusões assumidas.
> 2. Esta Corte Superior tem o entendimento assente no sentido de que a "nulidade só alcança decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta, mormente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado" (REsp 437180/SP; 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 04.11.2002).
> 3. Agravo regimental não provido[64].

No mesmo sentido se manifesta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

> DIREITO CIVIL E DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INEXISTÊNCIA. 1. O acórdão do TST contém motivação suficiente e adequada para o deslinde da questão, o que afasta eventual pretensão da parte agravante de destrancar o recurso extraordinário e, por conseguinte, a aplicação do instituto da repercussão geral. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem o entendimento pacificado no sentido de que a Constituição exige, no inc. IX, do art. 93 que "o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada". 3. Agravo regimental a que se nega provimento[65].

Gustavo Badaró observa que há uma tendência jurisprudencial a maximizar os casos de motivação sucinta e minimizar os casos de ausência de motivação[66].

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDU) já decidiu que o dever de motivar concerne tão somente às questões controversas que apresentam caráter de essencialidade, sem que se possa considerar violado o art. 6º da Convenção Europeia de

[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgRg no Ag 1.407.985/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 18/10/2012, DJe 26/10/2012.
[65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI 816.457 AgR/MT, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/12/2010, DJe-026 de 09-02-2011.
[66] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 27.

Direitos Humanos, ainda que pontos secundários tenham sido negligenciados na motivação[67]. Da mesma forma, firmou entendimento no sentido de que é necessário que da motivação se deduza que os argumentos decisivos submetidos pela parte foram examinados, sem que se possa pretender uma resposta detalhada a cada argumentação[68]. Também já assentou que a amplitude, o detalhamento e os conteúdos específicos da motivação são de qualquer modo condicionados pela natureza e pelas circunstâncias de cada caso, bem como pelo tipo de provimento[69-70].

4.2. A motivação implícita

Há motivação implícita quando o exame de todos os pontos da decisão, ainda que não explicitamente feito, resulta implicitamente realizado, na análise da sentença como um todo, segundo regras lógicas, como *inclusio unius, exclusio alterius*; ou *quid dicit de uno, negat de altero*, etc. Para que tais regras de lógica possam ser validamente aplicadas, é preciso que haja entre as questões efetivamente resolvidas e as implicitamente solucionadas uma relação de implicação necessária, de modo que a aceitação de uma leve à exclusão de outra, ou vice-versa[71].

Michele Taruffo observa que a contraposição lógica entre duas asserções não é sempre de necessária alternatividade, pois é possível que uma delas não contenha em si as razões de exclusão da outra[72]. No mesmo sentido se manifesta Gustavo Badaró[73].

Gustavo Badaró nota que nem sempre as soluções possíveis de uma questão são somente duas, podendo o juiz escolher entre diversas possibilidades. E, mesmo nos casos em que só haja duas alternativas com um nexo de implicação entre a questão principal e a questão prejudicial, a motivação implícita apenas indicaria a própria decisão em si, isto é, o resultado da resolução da questão, mas não as respectivas

[67] CEDU, sentença Helle c. Finlândia, de 19.12.1997.
[68] CEDU, sentenza Ruiz Torija c.Espanha, de 9.12.1994; CEDU, sentença Van de Hurk c. Holanda, de 19.04.1994; e CEDU, sentença Gomez Cespon c. Suíça, de 5.10.2010.
[69] CEDU, sentença Ruiz Torija c. Espanha de 21.01.1994; CEDU, sentença Higgins c. Francia, de 19.02.1998; CEDU, sentença Helle c. Finlândia, de 19.12.1997.
[70] SANTANGELI, Fabio. *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della "motivazione breve" in Italia*. 2011. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em 05 abr. 2013.
[71] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 28.
[72] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[73] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 28.

justificações e razões. O importante não é conhecer o resultado, mas o desenvolvimento argumentativo de fato e de direito que levou àquele resultado. Em suma, a motivação implícita permite saber que a questão foi rejeitada, mas não permite conhecer o porquê. Sabe-se que o álibi do réu foi repelido, visto que ele foi condenado, mas a motivação implícita não fornece a razão por que este álibi não foi aceito. A mesma observação vale no tocante às questões preliminares. O fato de o juiz proferir um julgamento de mérito somente indica que a preliminar foi rejeitada, mas não fornece a razão específica pela qual esta não foi acolhida[74].

No mesmo sentido, Michele Taruffo aduz que muitas vezes a deficiência de motivação sobre questões relevantes suscitadas pelas partes é justificada com o argumento da motivação implícita, como se não existisse conexão entre a motivação e a garantia da defesa. O autor distingue entre as defesas que suscitam exceções em sentido próprio das meras argumentações defensivas. Neste último caso, pode considerar-se suficiente uma motivação referida à defesa da parte entendida globalmente. Mas a motivação implícita não pode significar a admissão de uma motivação omissa sobre uma parte do *thema decidendum*, mas apenas reputar válida a motivação logicamente consequente daquilo que o juiz explicitamente afirmou. Assim, por exemplo, o acolhimento do pedido principal pode justificar implicitamente a rejeição da questão prejudicial, mas não a motivação dessa rejeição (GRECO, 2007, p. 306-327).

O Projeto do Novo Código de Processo Civil[75] parece ter aderido às observações de Michele Taruffo e de Gustavo Badaró quanto à chamada "motivação implícita" ao estabelecer em seu art. 499, §1º, CPC que: "Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [...].".

Na vigência da Constituição Federal de 1946, que não previa expressamente o dever de fundamentação das decisões judiciais, o Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu a rejeição implícita da alegação de prescrição, quando o órgão julgador passa

[74] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 28.
[75] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Substitutivo do Relator Geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira, publicado no dia 20 mar. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em 15 abr. 2013.

diretamente ao exame do mérito, sem se manifestar expressamente a respeito da preliminar[76].

Já na vigência da Constituição Federal de 1988, que passou a prever expressamente o dever de fundamentação das decisões judiciais em seu art. 93, IX, o STF rejeitou a possibilidade de rejeição implícita de preliminar, decidindo que o "argumento da rejeição implícita da preliminar não pode ser levado em conta, uma vez que a sentença deve apreciar todas as questões suscitadas pelas partes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional[77].".

Mais recentemente, a jurisprudência do STF se orientou no sentido de que a chamada motivação implícita atende ao preceito inscrito no art. 93, IX, CF/1988, como demonstra o seguinte precedente:

> EMENTA Habeas corpus. Roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º, II). Pretensão de reconhecimento de nulidade em razão de alegada falta de análise específica do pedido de desclassificação para o crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) formulado pela defesa. Não ocorrência. Rejeição implícita. Alegada inexistência de provas das elementares do tipo de roubo. Necessidade de análise de fatos e provas. Inadequação da via do writ. Precedentes. Ordem denegada. 1. A conclusão da Corte Superior de Justiça não divergiu do entendimento desta Suprema Corte, preconizado no sentido de que "quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas" (HC nº 76.420/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Côrrea, DJ de 14/8/98)[78].

A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também adota o entendimento de que a chamada motivação implícita não viola o art. 93, IX, CF/1988, como demonstra o seguinte precedente:

> [..] 2. Depreende-se dos acórdãos proferidos pelo Tribunal a quo, que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na impetração, rechaçadas, direta ou indiretamente. [...]
> 3. Não se tem como omisso um acórdão que, embora não se referindo, expressamente, às teses defensivas, fundamenta a manutenção da sentença com base nos elementos probatórios reputados válidos para demonstrar o crime e sua autoria.

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE n.º 16110 embargos, Rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 08/06/1956, DJ 17-08-1950, p. 07495.
[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC n.º 66.987-5/SP, Rel. Min. Célio Borba, DJ 03-03-1989, p. 02516.
[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n.º 105.697/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/04/2012, Processo Eletrônico DJe-091 de 10/05/2012. No mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 76.420/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, DJ de 14/8/98.

> 4. Embora seja necessário que o Magistrado aprecie as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário[79].

4.3. A motivação *per relationem*

A motivação *per relationem* é aquela em que o magistrado não fornece as suas razões de decidir, limitando-se a invocar os fundamentos de uma outra decisão judicial ou a manifestação de uma das partes, acolhendo-os e tomando-os como sua razão de julgamento[80]. Michele Taruffo afirma que a motivação *per relationem* ocorre quando o juiz não elabora uma justificação autônoma ad hoc sobre determinado ponto da decisão, mas se serve do recurso à justificação contida em outra sentença[81]. Esse tipo de motivação não atende ao mandamento constitucional de motivação das decisões judiciais, inscrito no art. 93, IX, CF/1988, justamente por não explicitar as razões da decisão[82].

Michele Taruffo defende que a necessidade de reduzir possíveis ambiguidades, assim como de atender aos fins extraprocessuais da motivação exigem uma exclusão radical da motivação *per relationem*[83].

Michele Taruffo defende que tribunal de apelação tem o dever de fornecer uma justificação própria, autônoma e sobretudo modelada especificamente sobre o que foi decidido na instância recursal. Para mencionado professor, a eventual superposição de argumentos contidos na sentença de primeiro grau constituiria inconveniente irrelevante diante da exigência de que a sentença de apelação contenha integralmente a própria justificação lógica e jurídica[84].

Segundo Michele Taruffo, os precedentes, a jurisprudência e o argumento de autoridade podem ser usados no contexto do raciocínio justificativo, como expediente

[79] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 61.715/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 29/08/2007, DJ 08/10/2007, p. 325. No mesmo sentido, os seguintes precedentes do STJ: HC 152.415/ES, HC 192.326/SP e HC 75794/ES.
[80] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 29.
[81] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[82] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 29.
[83] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[84] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.

retórico-persuasivo de reforço, cumprindo o papel de mero *obter dictum*. A jurisprudência pode ainda ser usada quando for expressão sintética de princípios gerais do senso comum que vão ajudar a compor a justificação da decisão. Em todo caso, a citação do precedente não substitui a motivação, representando somente um dos seus elementos[85].

O uso de precedentes ou da jurisprudência ou o emprego retórico do argumento de autoridade não apresentam qualquer problema se tiverem, no contexto do raciocínio justificativo, o papel de mero *obter dictum*, como expediente retórico-persuasivo de reforço, ou quando a jurisprudência é a expressão sintética de princípios gerais acolhidos pela opinião geral que vão ajudar a compor a justificação da decisão. De qualquer modo, a citação do precedente não substitui a motivação, representando somente um dos seus elementos[86].

Quando a justificação de um ponto da decisão se reduz à invocação de uma máxima ou de um precedente, falta a necessária conexão lógica entre a decisão e os critérios com base nos quais foi formulada[87].

Leonardo Greco faz interessante crítica sobre a prática comum dos tribunais brasileiros de aplicar suas próprias súmulas ou aquelas dos Tribunais Superiores como se fossem normas genéricas e abstratas, totalmente desvinculadas dos fatos apreciados nos precedentes que lhes deram origem. Tal procedimento confere aos tribunais, na prática, o poder de criar leis. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 atribuiu este poder tão somente ao Congresso Nacional, cujos membros, ao contrário dos magistrados, são eleitos diretamente pelo povo. Embora a aplicação das súmulas tenha a vantagem de conferir tratamento isonômico aos jurisdicionados que estejam submetidos a uma mesma situação de fato, os tribunais devem sempre comparar os fatos apurados no processo com aqueles que serviram de base aos precedentes que deram origem à súmula, de modo a verificar se realmente há similitude fática. Assim se manifesta o mencionado doutrinador:

> [...] A jurisprudência é sempre a revelação de um comando normativo incidente sobre uma situação fática e valorativa pretérita. A sua aplicação às situações futuras não pode ser cristalizada em enunciados abstratos e genéricos, como eram os assentos portugueses ou são as súmulas brasileiras, mas deve resultar de uma rigorosa comparação dos casos, para assegurar que

[85] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[86] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[87] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.

> se está diante das mesmas circunstâncias fáticas e axiológicas que justifiquem a extensão do enunciado anterior ao caso posterior. Por isso, no sistema do *stare decisis*, embora baste apenas um precedente para influenciar os julgamentos futuros, comparam-se rigorosamente todas circunstâncias do precedente e do novo caso para assegurar a absoluta identidade de situações a justificar a incidência da mesma regra. A jurisprudência não é cristalizada em um postulado abstrato, mas em um acórdão inteiro, com todas as suas particularidades, tal como o exigia o Supremo Tribunal Federal para a caracterização do dissídio jurisprudencial no antigo recurso extraordinário (Súmula 291), consoante a regra de comparação hoje inscrita no parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil. [...]
>
> Daí o anacronismo do sistema do assento ou da súmula, que extrai dos julgados em que se baseia um enunciado genérico e abstrato, que dificulta a comparação dos casos confrontados no momento da invocação dos precedentes e corre o risco de conferir a esse enunciado completa independência, vida própria, e eficácia normativa que não mais emana da lei, mas da própria súmula por si mesma, como fonte autônoma, e não mais simplesmente complementar, de direito.
>
> Para evitar esse risco, a edição da súmula é sempre acompanhada da referência aos julgados dos quais se originou e com esses julgados é que deve proceder-se a comparação dos casos futuros, para justificar a legítima invocação da súmula como fonte de doutrina legal.
>
> Daí considero lícito extrair uma conclusão: a súmula, cujo enunciado não corresponder rigorosamente às *rationes decidendi* dos precedentes de que decorreu a sua formulação, constitui um verdadeiro abuso de poder do tribunal que a edita e não pode ser imposta como critério de uniformização de jurisprudência ou de aplicação das regras privilegiantes acima enumeradas, sob pena de dar força normativa a uma simples decisão administrativa de um tribunal superior. Não é mais a jurisprudência a fonte da doutrina, mas a arbitrária prescrição normativa dos membros do Tribunal que redigiram a súmula. A doutrina e os juízes e tribunais inferiores aos quais competir dar aplicação à súmula deverão exercer a indispensável vigilância e o necessário controle do respeito a esses critérios e limites na sua elaboração , sob pena de transformarem-se os tribunais superiores em legisladores.
>
> Não é demais ressaltar a fragilidade da fundamentação das decisões dos tribunais superiores brasileiros como precedentes jurisprudenciais e fonte de doutrina, quando se sabe que os acórdãos não são mais conferidos colegiadamente, mas redigidos apenas pelo seu relator que, muitas vezes, sequer lê o seu voto perante os seus pares[88].

O Projeto do Novo Código de Processo Civil parece ter acatado a crítica do Prof. Leonardo Greco, ao dispor, em seu art. 499, §1º, que:

> § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: [...]
> V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;[89].

[88] GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança.* Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 05 abr. 2013.

[89] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010. Substitutivo do Relator Geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira, publicado no dia 20 mar. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em 15 abr. 2013.

De qualquer maneira, o Projeto do Novo CPC atribui grande importância aos precedentes e à jurisprudência como fontes do direito e como elementos da fundamentação das decisões judiciais, ao adotar os institutos da *distinguishing* e da *overruling*, pertencentes ao direito anglo-americano, em seu art. 499, §1º, VI. A *distinguishing* significa que o tribunal que adotou o precedente ou qualquer outro juízo ou tribunal inferior podem deixar de aplicá-lo se, cuidadosamente comparados o precedente e o novo caso, existir alguma circunstância fundamental que caracterize este último como um caso diverso do anterior. Já o *overruling* significa que o próprio Tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caso o considere desgastado pelo tempo, ou julgue que a sua incidência provocaria uma decisão manifestamente injusta[90]. Assim dispõe o art. 499, §1º, VI, do Projeto do Novo CPC:

> § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: [...] VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.[91].

Embora admita a motivação *per relationem,* Antônio Magalhães Gomes Filho aduz que o órgão jurisdicional não pode simplesmente fazer remissão, na motivação, às alegações de uma das partes, pois isso comprometeria a imparcialidade da decisão. Este doutrinador aceita tão somente a motivação *per relationem* que se refira a uma decisão judicial:

> [...] o terceiro requisito refere-se à legitimidade do autor do texto a que se faz referência para justificar a decisão judicial. Como salienta Amodio, não é possível admitir a *relatio* a atos processuais provenientes de sujeitos diversos do juiz ou juízes que tenham tomado parte na deliberação [...]. Quanto a esse aspecto, é preciso fazer uma referência destacada ao generalizado costume, sobretudo no juízo criminal, de se adotar como razões de decidir o conteúdo de pronunciamentos do órgão do Ministério Público. Essa prática, além de não atender à apontada exigência de legitimidade, transferindo o ônus de

[90] GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança.* Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 05 abr. 2013.
[91] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/2010). Substitutivo do Relator Geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira, publicado no dia 20 mar. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em: 15 abr. 2013.

> motivar a sujeito diverso, também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação que é apreciar a imparcialidade da decisão, pois não é certo que as próprias razões do provimento sejam dadas por uma das partes[92].

Segundo Gustavo Badaró, a motivação *per relationem* que se refere a um ato da parte não é fundamentação do juiz, mas fundamento de uma das partes. O referido autor considera que:

> [...] o juiz pode acolher integralmente os argumentos das partes, pouco ou nada tendo a acrescentar a um arrazoado bem fundamentado em que a parte o convença de seu direito. Todavia, isto não o desonera de explicitar as razões do seu convencimento, ainda que seja concordante com os invocados pela parte[93].

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal considera que a motivação *per relationem* cumpre o mandamento inscrito no art. 93, IX, CF/1988, ainda quando a decisão simplesmente remete ao parecer do Ministério Público ou à manifestação de uma das partes, sem transcrevê-la. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> [...] 4. A utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação per relationem, reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional e se mostra compatível com o que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte à anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir (AI n. 825.520-AgR-Ed, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 12.09.11) [...] [94].

> [...] Consoante pacificada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (*per relationem*). Precedentes. [...] [95].

5. Consequências da ausência de motivação ou da motivação deficiente

[92] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.
[93] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 29.
[94] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE n.º 614967 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/02/2013, processo eletrônico, DJe-052 de 19-03-2013.
[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, AI n.º 855829 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 20/11/2012, acórdão eletrônico DJe-241 de 10-12-2012.

A doutrina clássica aponta que a ausência de motivação ou a motivação deficiente têm como consequência a nulidade da sentença. Nesse sentido, se manifesta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro[96]. Michele Taruffo, entretanto, entende que determinados defeitos da motivação podem levar à inexistência da sentença. Segundo este doutrinador, a motivação possui um conteúdo mínimo essencial, denominado justificação de primeiro grau, sem o qual a sentença não existe. O conteúdo imprescindível da motivação compreenderia: a enunciação das escolhas feitas para identificar as normas aplicáveis, acertar os fatos, atribuir qualificação jurídica à fatispécie e daí extrair as conseqüências jurídicas; o conjunto dos nexos de implicação e coerência entre esses enunciados; a justificação de cada enunciado com base em critérios de julgamento segundo os quais as escolhas do juiz aparecem como racionalmente corretas. Esses vícios impedem que a motivação cumpra a sua função extraprocessual e geram, portanto, a sua inexistência. Ainda segundo o autor, existiriam vícios menos graves como certas omissões, insuficiências e contradições não abrangidas nas hipóteses anteriores, que constituem motivos de nulidade, pois não impedem a controlabilidade da decisão, tendo relevo apenas endoprocessual[97]. Apesar de muito interessante, a tese de Michele Taruffo não pode ser aplicada ao Brasil, já que o art. 93, IX, CF/1988 expressamente comina a sanção de nulidade para as decisões judiciais não motivadas ou com motivação deficiente[98]: "IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, *sob pena de nulidade* [...].".

6. A ideologia da eficiência e a motivação

Vigora hoje na Europa, no Brasil, e, em geral, em todo o mundo ocidental, uma concepção gerencial da Justiça que busca a eficiência como o objetivo mais importante de todos. Eficiência é um conceito econômico que denota produtividade, ou seja, a relação entre a quantidade ou valor produzido e a quantidade ou o valor dos insumos

[96] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada: sentença inconstitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 384, p. 229-241, 2006.
[97] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[98] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prueba e motivacion de la sentencia*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Org.) Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.108.

aplicados à produção. De acordo com a ideologia da eficiência, o Poder Judiciário deve resolver o maior número possível de processos, em um determinado espaço de tempo, com o mínimo gasto possível de recursos financeiros.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa criou, em 18 de setembro de 2002, por meio da resolução Res(2002)12, a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEEJ), cujos objetivos, estabelecidos pelo art.1º de seu estatuto, são:

a) melhorar a eficiência e o funcionamento dos sistemas judiciais dos Estados membros, com a visão de assegurar que cada pessoa seja capaz de fazer cumprir seus direitos legais de forma efetiva, dentro de sua jurisdição, e, através disso, gerar uma confiança crescente dos cidadãos no sistema judicial; e

b) permitir uma melhor implementação dos instrumentos internacionais legais do Conselho da Europa concernentes à eficiência e à justiça do sistema judicial[99].

A CEEJ elaborou um índice, denominado "taxa de descongestionamento" para medir a eficiência do Poder Judiciário de cada um dos Estados membros do Conselho da Europa. Da mesma forma, utilizou a taxa para fazer um *ranking* dos mencionados países. O índice, expresso em forma de percentual, é obtido quando o número de processos resolvidos em determinado período é dividido pelo número de processos ajuizados neste mesmo período e o resultado é multiplicado por cem[100]:

$$\text{Taxa de descongestionamento (\%)} = \frac{\text{N.º de processos resolvidos em um período}}{\text{N.º de processos ajuizados em um período}} \times 100$$

A ideologia da eficiência prega a redução do âmbito de incidência das garantias fundamentais do processo em prol de uma Justiça mais célere e eficiente. Nesse contexto, o professor Fabio Santangeli, da Universidade da Catânia, propõe uma alteração na legislação italiana no sentido de que as sentenças civis somente sejam motivadas quando houver pedido de uma das partes nesse sentido[101]. Embora tal sistema

[99] CONSELHO DA EUROPA. *Committee of Ministers. Resolution Res(2002)12, establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ)*. Disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(2002)12&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>. Acesso em: 14 abr. 2013.

[100] CONSELHO DA EUROPA. *Evaluation of judicial systems: 2012 Report*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp>. Acesso em: 14 abr. 2013.

[101] SANTANGELI, Fabio. *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della "motivazione breve" in Italia*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 14 abr. 2013.

possa contribuir para um aumento da eficiência da Justiça, pode tornar inviável o controle social sobre as razões da decisão judicial.

Embora seja permitido a partes capazes e que estejam em condições de igualdade abrir mão, voluntariamente, de certas garantias processuais que digam respeito, tão somente, a elas próprias, não lhes pode ser facultado dispor de uma garantia atinente a toda a coletividade. Assim as partes podem, de comum acordo, reduzir um prazo recursal ou mesmo abrir mão de um determinado recurso, por meio de um contrato de procedimento[102], mas não podem dispensar a motivação da sentença.

Condicionar a motivação da sentença ao pedido da parte pode comprometer, ainda, o controle da sentença pelas instâncias superiores. Se as partes deixarem de solicitar a motivação, a decisão não terá fundamentação, pelo que o Tribunal não terá como avaliar a adequação da sentença à Constituição e às demais normas jurídicas, o respeito do órgão prolator às garantias fundamentais do processo e, tampouco, a correção da apreciação das provas por parte deste órgão jurisdicional.

7. Conclusão

O raciocínio do juiz na fase decisória difere daquele adotado na elaboração da motivação. A fase em que o juiz forma no seu entendimento a decisão, incluindo os problemas complexos de natureza axiológica, não transparece, senão minimamente, no contexto da motivação. O raciocínio decisório do juiz é mais complexo do que a motivação, que não constitui uma historiografia da decisão. O primeiro é valorativo e deliberativo; a motivação é justificativa. É o discurso em torno das razões com base nas quais o juiz apresenta a decisão como aceitável. A motivação convalida, racionaliza e torna aceitável a decisão[103].

Apesar disso, a motivação apresenta indícios que permitem inferir o raciocínio decisório do juiz e os fatores políticos, ideológicos, filosóficos, econômicos, etc., que influenciaram a decisão[104].

[102] CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*. Civil Procedure Review, v.3, n.3, p.3-35, ago./dez. 2012. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 17 abr. 2013.
[103] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[104] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.

A fundamentação de todas as decisões judiciais, sejam estas sentenças ou decisões interlocutórias, é uma garantia fundamental do jurisdicionado e de toda a sociedade, inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal.

A motivação da sentença permite o controle sobre a adequação da decisão à Constituição Federal e às demais normas jurídicas aplicáveis ao conflito de interesses submetido a juízo.

A fundamentação permite aferir se o juiz respeitou as decisões do Poder Legislativo, inscritas na lei, sempre que estas decisões não se mostrarem em flagrante contradição com as normas constitucionais. O juiz tem o dever de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, na motivação, sempre que deixar de aplicá-la por considerar que esta vai de encontro à Constituição. Não pode simplesmente alegar a incidência direta de um princípio constitucional para afastar a aplicação de uma lei. Em outras palavras, é vedado ao órgão jurisdicional substituir-se ao Parlamento, eleito pelo povo, realizando suas próprias ponderações entre os princípios constitucionais, em detrimento daquelas previamente estabelecidas pela lei.

Por outro lado, a motivação da sentença permite aferir se o juiz respeitou a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

A motivação assegura a independência do juiz, principalmente em relação aos outros poderes do Estado. Da mesma forma, faz transparecer eventual parcialidade do órgão jurisdicional, garantindo, assim, a imparcialidade[105].

A fundamentação permite às partes controlar se as razões e provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão[106]. Assim, exerce uma função de garantia instrumental em relação ao direito de defesa[107]. O mesmo pode ser dito em relação a outros sujeitos processuais que não ostentam a condição de parte, tais como os representantes da sociedade e *experts* que participam de audiências públicas convocadas

[105] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[106] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.
[107] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.

pelo Judiciário, os assistentes simples e os *amici curiae*. Desta forma, a fundamentação permite aferir o respeito ao contraditório participativo.

A motivação da sentença permite aferir se o juiz observou o seu dever de cooperar com as partes, que inclui os deveres: de *esclarecer-se* junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo; de *prevenir* as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos; de *consultá-las*, sempre que pretenda conhecer de matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a oportunidade de se pronunciar; e de *auxiliar* as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais[108].

A motivação exerce uma função em relação às partes, caracterizada sobre três aspectos: persuadi-las da justiça da decisão; facilitar a caracterização dos defeitos da decisão que podem ensejar a sua impugnação através de recurso; e permitir a interpretação do dispositivo da sentença, definindo e individualizando o conteúdo e o alcance da decisão, com base nas afirmações do juiz[109].

A fundamentação tem a função de fornecer elementos para que os magistrados de instância superior possam avaliar se a sentença deve ou não ser reformada[110]. Assim, não pode ser condicionada ao pedido das partes, pois se os sujeitos parciais deixarem de solicitá-la, a decisão não terá fundamentação, pelo que a instância superior não poderá avaliar a correção da deliberação.

A motivação e a publicidade da sentença permitem, ainda, o controle de toda a sociedade sobre a decisão judicial, particularmente no que concerne à legalidade da decisão e à observância dos valores sociais na interpretação de dispositivos da Constituição ou da lei dotados de elevado grau de abstração. Também permite o controle da sociedade sobre o respeito do juízo às garantias fundamentais do processo, tais como o devido processo legal e o contraditório participativo[111]. Dessa forma, não pode ser condicionada ao pedido das partes por tratar-se de garantia de toda a sociedade.

[108] SOUZA. Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. Revista Forense, Rio de Janeiro, n.º 338, v. 93, p. 149-158, abr./jun. 1997.
[109] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[110] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[111] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.

A fundamentação ajuda a definir a correta interpretação da norma e a uniformizar a jurisprudência[112], já que os órgãos jurisdicionais inferiores estão, em algumas hipóteses, vinculados à *ratio decidendi* de decisões tomadas por tribunais hierarquicamente superiores. Isso ocorre, por exemplo, com as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do procedimento dos recursos repetitivos[113].

A fundamentação utiliza componentes estritamente lógicos (silogismo) para demonstrar os juízos de validade. Da mesma forma, faz uso de argumentos retóricos para justificar os juízos de valor. A retórica consiste no emprego de argumentos de senso comum (preconceitos e lugares-comuns) para obter a aceitação de um auditório universal[114].

Para cumprir adequadamente as suas funções, a motivação tem de ser redigida em linguagem clara e precisa[115].

A ausência ou a deficiência da motivação geram a nulidade da decisão judicial, tendo em vista o disposto no art. 93, IX, CF/1988.

A motivação pode e deve ser sucinta, mas tem de analisar todas as provas dos autos, todas as causas de pedir tempestivamente apresentadas pelo autor, bem como todas as defesas aduzidas a tempo pelo réu. Caso a parte venha a apresentar argumentos totalmente desconexos da lide discutida no processo, o juiz deve mencioná-los na motivação e indicar, ainda que sucintamente, as razões que o levaram a desprezar tais alegações[116].

Embora a motivação implícita permita saber que um determinado argumento foi rejeitado, por estar em contradição com a decisão, não permite conhecer o porquê da rejeição. Dessa forma, não atende ao mandamento do art. 93, IX, CF/1988, já que não realiza as funções da motivação.

[112] GRECO, Leonardo. Ibid., p. 306-327.
[113] Cf. artigos 543-B e 543-C, do CPC/1973.
[114] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.
[115] GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 274-275.
[116] GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 271.

A necessidade de reduzir possíveis ambiguidades, assim como de atender aos fins extraprocessuais da motivação exigem uma exclusão radical da motivação *per relationem*[117].

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 27.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prueba e motivación de la sentencia*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Org.) *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.* Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: avanços e retrocessos.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 13, mar./ mai. 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/2010). Substitutivo do Relator Geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira, publicado no dia 20 mar. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em 15 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDcl no REsp 1.261.020/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13/03/2013, DJe 02/04/2013.

[117] GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgRg no Ag 1.407.985/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 18/10/2012, DJe 26/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 61.715/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 29/08/2007, DJ 08/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na ADI n. 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/03/2013, DJe-059 de 02/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no RE 597.165/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2011, DJe-069 de 12/04/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no RE 595.964/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16/12/2010, DJe-031 de 16/02/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no RE n.º 586.224/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29/11/2012, DJe-239 de 06/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, AI n.º 855.829 AgR/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, j. 20/11/2012, acórdão eletrônico DJe-241 de 10-12-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n.º 105.697/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/04/2012, Processo Eletrônico DJe-091 de 10/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 76.420/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, DJ de 14/8/98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE n.º 614.967 AgR/AM, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26/02/2013, processo eletrônico, DJe-052 de 19-03-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI 816.457 AgR/ MT, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/12/2010, DJe-026 de 09-02-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE n.º 16.110 embargos, Rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 08/06/1956, DJ 17-08-1950, p. 07495.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC n.º 66.987-5/SP, Rel. Min. Célio Borba, DJ 03-03-1989, p. 02516.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/2000, DJ de 10/06/2005, p.4.

CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*. ***Civil Procedure Review***, v.3,

n.3, p.3-35, ago./dez. 2012. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 17 abr. 2013.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada: sentença inconstitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 384, p. 229-241, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 05 abr. 2013.

GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile*. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, p. 306-327, fev. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16-17.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo.* v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de código de processo civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. VI, p. 49-92, jul./ dez. 2010.

SANTANGELI, Fabio. *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della "motivazione breve" in Italia*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 14 abr. 2013.

SOUZA. Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.º 338, v. 93, p. 149-158, abr./jun. 1997.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005, p. 435.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae* no Anteprojeto do Novo CPC. In: FUX, Luiz. (Coord.) *O Novo Processo Civil Brasileiro Direito em expectativa (Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil).* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CONSELHO DA EUROPA. Committee of Ministers. Resolution Res(2002)12, establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ). Disponível em:
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(2002)12&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>. Acesso em: 14 abr. 2013.

CONSELHO DA EUROPA. ***Evaluation of judicial systems: 2012 Report***. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp>. Acesso em: 14 abr. 2013.

VIVAN, Gisele Tursen de Oliveira. *A utilização de embriões em pesquisas científicas sob a perspectiva dos direitos fundamentais*. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2011.

DO JULGAMENTO *PRIMA FACIE* COM BASE NO ARTIGO 285-A DO CPC: UM INSTRUMENTO CRIADO PARA PROPICIAR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO.

Tamires Maria Batista Andrade
Advogada em Juiz de Fora/MG.

Resumo: O texto busca examinar a aplicabilidade do artigo 285-A do CPC, frente aos preceitos de um processo justo. Analisa tal aplicabilidade através de pesquisa de campo, com dados reais, realizada em duas varas Cíveis da Comarca de Juiz de Fora, Minas Gerais: 3ª e 5ª varas, averiguando-se, dados quantitativos e dados qualitativos. Busca-se demonstrar que o princípio da celeridade processual diz respeito, sobretudo, às garantias constitucionais e a uma efetividade qualitativa, para ao final, proferirem-se decisões justas, em todos os seus sentidos: tempo e qualidade.

Palavras-chave – art. 285 A do CPC – aplicabilidade - processo justo – dados quantitativos e qualitativos – efetividade qualitativa.

Abstract: The text tries to examine the applicability of Article 285-A of the CPC, compared to the precepts of a fair trial. Applicability of such analyses through field research with real data, two jurisdiction held in Civil Jurisdiction in Juiz de Fora, Minas Gerais: 3rd and 5th jurisdiction, checking up quantitative and qualitative data. It is quite evident that the principle of celerity trial concerns especially the constitutional guarantees and a qualitative effectiveness; so, at the end, to utter the fair decisions, in all its senses: time and quality.

Key-words - art. 285 CPC – Applicability - fair process - a quantitative and qualitative data - qualitative effectiveness.

Sumário: Introdução; 1. Processo justo: garantia de um Estado Democrático de Direito; 2. Aplicação do art. 285-A do CPC a luz de um processo justo: contraditório, celeridade processual e efetividade qualitativa; 3. Da análise e conclusão dos dados: aspecto quantitativo e qualitativo; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

Introdução.

A tutela jurisdicional efetiva não é apenas uma garantia no Estado Democrático de Direito, mas, sim, um direito fundamental que deve ser resguardado pelo próprio Estado, através da construção e manutenção de uma sociedade democrática e justa, consubstanciada, principalmente, nas garantias constitucionais mais importantes, quais sejam, do acesso à justiça, do devido processo legal, do princípio do contraditório e à celeridade processual, todas esculpidas no artigo 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, e, diante disso, é que importante se faz analisar as mudanças legislativas criadas sob o discurso de uma tutela jurídica cada vez mais efetiva e, claro, constitucional.

E é na incessante busca por um processo mais célere e eficaz que inúmeras reformas legislativas vêm assolando o Código de Processo Civil, inclusive a reforma trazida pela Lei 11.277/2006, objeto deste estudo.

Com o fim de impingir celeridade processual à tutela jurisdicional, o legislador, dentre diversas reformas legislativas, introduziu ao Código de Processo Civil, livro I, o artigo 285-A[1], através da Lei 11.277 de 07.02.2006, para afirmar que, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação do réu e proferida sentença de mérito *initio litis*, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Há, contudo, uma indagação: será que a reforma legislativa proposta pela Lei 11.277/06, através do art. 285-A do CPC, atende de forma satisfatória aos propósitos para os quais foi criada? Será que a aplicação do referido dispositivo legal está, satisfatoriamente, impingindo a celeridade processual que tanto moveu a sua elaboração? Amolda-se aos conceitos trazidos em um processo justo? Efetivo qualitativamente?

[1] Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Estas serão perguntas que buscaremos responder com o presente estudo. Buscar-se-á demonstrar, com base nos fundamentos e garantias essenciais de um processo justo, efetivo qualitativamente, que o referido dispositivo, apesar de ser considerado por grande parte da doutrina em conformidade com as garantias essenciais, não atende a tais preceitos de uma forma satisfatória, nem ao menos proporciona uma celeridade processual, objetivo este que propôs com seu surgimento.

1. Processo justo: garantia de um Estado Democrático de Direito

Para Luigi Paolo Comoglio[2], um processo justo seria todo aquele que buscasse desfrutar as garantias fundamentais, as quais se dividem em: garantias fundamentais individuais e garantias fundamentais estruturais.

As primeiras, individuais, compreendem: *o acesso à justiça em sentido estrito*, direito de todas as pessoas naturais e jurídicas de se dirigirem ao Judiciário; a *imparcialidade do juiz*, equidistância que este deve manter das partes para examinar a postulação jurídica com o intuito de proteger os interesses daquele que tiver a razão; a *ampla defesa*, direito de apresentar todas as alegações; a *assistência judiciária gratuita aos pobres*, assegurando a estes o direito de ação e de defesa de seus direitos em iguais condições a quaisquer outros cidadãos; *o juiz natural*, entendido como um juiz instituído de competência para julgar a causa antes da ocorrência dos fatos narrados na demanda; *a inércia*, interferência do Judiciário na vida privada das partes e nas relações jurídicas somente quando provocado; *o contraditório*, ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que atingirão as partes envolvidas no processo*; a oralidade,* direito ao diálogo e, por fim, *a coisa julgada*, garantia de uma tutela jurídica efetiva e da segurança jurídica.

As segundas, isto é, as garantias estruturais, conforme entendimento exposado pelo referido autor, seriam as seguintes garantias: *impessoalidade da jurisdição,* o juiz não é tutor do interesse público, mas o guardião dos direitos

[2] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. "Lezioni sul Processo Civile".Vol. I. 4ª ed. Bologna: II Mulino, 2006, *ob. cit.*, apud GRECO, Leonardo. "Instituições de Processo Civil", Vol I, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 17-24.

reconhecidos no ordenamento jurídico; *permanência da jurisdição,* devendo a justiça estar sempre com suas portas abertas ao alcance do cidadão; a *independência dos juízes,* devendo estes gozarem de absoluta independência em relação á qualquer outra autoridade pública, inclusive, a judiciária; *a motivação das decisões,* no qual todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando suficiente justificação do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame de todas as alegações e provas; *a inexistência de obstáculos ilegítimos,* isto é, o acesso à justiça não pode ser limitado ou dificultado por obstáculos impostos por interesses alheios ou acessórios ao exercício da jurisdição; *a efetividade qualitativa*, entendida como dar a quem tem de direito tudo aquilo que faz jus consoante o ordenamento jurídico; *o procedimento legal que deve ser flexível e previsível,* devendo facultar ao juiz certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como possibilitar o cumprimento de todas as tarefas tecnicamente mais idôneas; *a publicidade,* entendida como o ato processual mais importante de um processo democrático, sendo o único instrumento capaz de controlar a atividade jurisdicional; *o prazo razoável*, que deve impedir que a demora no julgamento crie instabilidades na situação jurídica das partes; *o duplo grau de jurisdição,* que deve ser entendimento não só como uma garantia fundamental do processo penal, mas também o processo civil, se incorporando o acesso ao duplo grau de jurisdição ao direito á tutela jurisdicional efetiva e, finalmente, *a dignidade da pessoa humana*, direito de exigir do Estado o respeito às garantias fundamentais.

Seguidor desta teoria, Leonardo Greco [3] traz explicitamente as garantias individuais e estruturais, pontuando características de cada uma delas.

Traz o referido autor que o processo somente constituirá uma garantia de tutela efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem o direito tudo aquilo que faz jus frente ao ordenamento jurídico e acrescenta, ainda, que estas são as garantias básicas de um processo moderno, principalmente do Processo Civil:

[3] GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429, acesso em 09 set. 2011, às 9h54.

> Em busca de uma nova Teoria Geral, que o depreenda do racionalismo científico e do procedimento codificado para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado para a tutela de todos os demais direitos.[4]

Assim, essa nova Teoria Geral que propõe Leonardo Greco vem trazer ao nosso Processo Civil uma visão menos formalista e mais efetiva, mas efetiva no sentindo qualitativo e não quantitativo; este último, infelizmente[5], o desenvolvido em nosso ordenamento jurídico.

Conforme preleciona Michele Taruffo[6], podemos perceber duas perspectivas de eficiência no sistema processual: uma eficiência quantitativa e uma eficiência qualitativa. A primeira se define em velocidade dos procedimentos e redução dos custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior a eficiência alcançada, sendo o aspecto qualitativo do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Já a segunda perspectiva,

> Seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas

[4] *Idem*, pag. 40.
[5] Conforme diz Dierle Nunes: "Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma a trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isso ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar as estatísticas de casos 'resolvidos'." ("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", *in Revista de Processo,* vol. 199, Set/2011, p. 57)
[6] TARUFFO, Michele. Orality and writing as factory of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel. Oralidad y escritura em um processo civil eficiente. Valencia: Universidade di Valencia, , 2008, p. 185 et seq apud NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. ―Processo constitucional (...), *ob. cit., Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, vol IV,* acesso em 29 out 2011, às 9h, p.233.

> processuais adequadas, corretas, justas, equânimes, e completaríamos, democráticas, para a aplicação do direito[7].

Como explicita o próprio Michele Taruffo[8], ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem ser vistas como ideias contraditórias, já que um processo rápido e barato pode gerar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que uma decisão qualitativa (correta e legítima) pode exigir investimento, tempo e atividade comparticipada entre os sujeitos processuais e o juiz. Dessa forma, é comum – embora não seja desejável – que a adoção de uma das faces da eficiência exclua a outra.

Diante da explanação da teoria de um processo justo, ideal processual que devemos buscar para o nosso ordenamento jurídico, é que se buscará analisar se a aplicabilidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.277/2006 para trazer celeridade processual, atende, na prática, os preceitos de uma efetividade qualitativa.

2. Aplicação do art. 285-A do CPC a luz de um processo justo: contraditório, celeridade processual e efetividade qualitativa.

Da Garantia Individual do Contraditório.

Conforme exposto pela Teoria do Processo Justo de Luigi Paolo Comoglio, o contraditório consiste na ampla possibilidade de se influir, eficazmente, na formação das decisões que atingirão as partes envolvidas no processo, e não é isso que ocorre de plano quando da prolação da sentença com base no artigo 285-A do CPC.

Isso, pois, com o intuito de buscar celeridade na tramitação do processo, submeteu-se o autor ao exercício do direito ao contraditório mitigado, vez que este recebe do juiz uma decisão pronta sem poder contribuir eficazmente para o seu convencimento, bem como, a nosso ver, retirou-se do réu, *prima facie*, a possibilidade

[7] NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. ―Processo constitucional (...), *ob. cit., Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, vol IV,* acesso em 29 out 2011, às 9h, p.233, em alusão e complementação texto de Taruffo (op. ult. cit., p. 187-188).

[8] TARUFFO, Michele. Orality and writing as factory of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel. Oralidad y escritura em um processo civil eficiente. Valencia: Universidade di Valencia, 2008, p. 185 et seq *apud* NUNES, Dierle José Coelho, *Processualismo Constitucional Democrático ..., ob. cit., Revista de Processo,* vol. 199, p.57.

de se manifestar sobre o mérito da questão levada até o Judiciário pelo autor, nos casos em que o juiz verificar, de plano, que se trata de questão meramente de direito e já, sobre essa questão, houver proferido decisão no sentido de total improcedência em outros casos denominados pelo legislador de "idênticos". Em resumo, na sentença proferida com base no artigo 285-A do CPC não há a participação das partes e do juiz em contraditório capaz de influenciar no resultado final.

A petição inicial, em geral, traz a síntese dos argumentos que conduzem à pretensão do autor; porém, apenas diante dos contra-argumentos do réu e do contato direto com o juiz (por exemplo, na audiência preliminar) é possível vislumbrar toda a amplitude da questão debatida em juízo. Antes disso, qualquer solução, ainda que referente à matéria exclusivamente de direito e referente às outras questões que o juiz também possa apreciar de ofício, é abreviada porque não precedida do devido debate.

Para Daniel Mitidiero o fato de se exigir o pronunciamento jurisdicional das partes sobre os elementos nos quais tenham tido a oportunidade de se manifestar significa evitar a decisão surpresa no processo, e mais:

> Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, questões de direito e questões mistas, como que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever jurisdicional de consulta, e ao contraditório.[9]

Diante disso, o contraditório necessário para a realização de um processo justo é ofendido com a aplicação do artigo 285-A do CPC.

E isso se dá pelo fato de que o ato decisório, exarado pelo art. 285-A do CPC, tem como fundamento não as alegações dos envolvidos (aqueles que participaram em contraditório do procedimento de preparação do provimento); mas sim, de

[9] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil), v. 14, pág. 136/137.

argumentos suscitados pelo juiz, unilateralmente, sem que se possibilite com amplitude a influência do autor[10].

Guilherme César Pinheiro[11], em artigo publicado em 2011, explora a Teoria Fazzalariana e o princípio do contraditório. Para esta teoria, desenvolvida por Elio Fazzalari[12], o processo é visto como um gênero de procedimento, podendo dele ser distinguido por um elemento específico: o contraditório. Este é compreendido como a possibilidade dos destinatários do provimento participarem de modo a influenciar na construção do processo:

> O processo é, então, o procedimento em que os destinatários do provimento participam de forma especial, em contraditório, na preparação do ato do Estado, de caráter imperativo que produzirá efeitos nas esferas jurídicas de seus destinatários – aqueles que participam em contraditório de sua formação[13].

Resumindo: o processo é o procedimento com contraditório, este é o elemento caracterizador do processo para esta teoria.

Para a doutrina pátria, o processo é uma relação jurídica que ocorre entre as partes e o juiz, o que não se confunde com a relação jurídica de direito material, que se discute no processo. Para os seguidores dessa doutrina, exposta por Bülow em 1868[14], o processo é dividido em dois planos: i) de direito material, conforme mencionado anteriormente; ii) de direito processual, onde se coloca em discussão o direito material, se distinguindo desse por três aspectos: sujeitos (autor, réu, Estado-juiz); objeto (a

[10] A propósito, observa Teresa Arruda Alvim Wambier que "a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional ficaria seriamente comprometida se o autor tivesse o direito de submeter sua pretensão (=afirmação de direito) ao Judiciário, e uma série de razões em função das quais afirma ter este direito, e a este direito não correpondesse o dever do Judiciário no sentido de examinar todas elas. Por outro lado,também a garantia de defesa ficaria esvaziada se o juiz não tivesse o dever de levar em conta todas as alegações do réu, concretamente manifestadas. De pouco ou nada valeria garantir à parte o direito de defesa, se se concentisse ao juiz o poder de não levar em conta as alegações das partes". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, pág.384-385, ob cit, MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil), v. 14, pág.137/138.

[11] PINHEIRO, César Guilherme. Uma análise-crítica á 'sentença de plano' a partir da hermenêutica decisional no processo democrático. *Revista dos Tribunais*, vol. 196, Jun/2011, pág.315/333.

[12] FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Trad. Elaine Nassif Campinas: Bookseeller, 2006, pág. 118/121.

[13] GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

[14] Antes de Bülow outros autores já tinham atentado para a ideia de que no processo há uma relação entre as partes e o juiz que não se confunde com a relação de direito material, como por exemplo, em antigo texto do direito italiano (Búlgaro): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei.*

prestação jurisdicional) e pressupostos (os pressupostos processuais). Importante deixar claro que os adeptos a esta doutrina – processo como relação jurídica – não desprezam a teoria de Elio Fazzalari, processo como procedimento em contraditório, mas a completam trazendo que: "É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório"[15].

Se assim o é, verifica-se que a prolação da sentença com base no artigo 285-A do CPC fere o elemento caracterizador do processo: o contraditório, ao passo que permite ao juiz julgar e decidir sem ao menos analisar o esforço argumentativo das partes (autor e réu), uma vez que o contraditório deve ser o princípio da influência e não da surpresa. Nas palavras de Flaviane de Magalhães Barros:

> "(...) o contraditório não permite que o juiz, no processo jurisdicional, retire um coelho da cartola, como se fosse um mágico. Ou seja, a decisão não é produto somente do juiz, mas esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio de influência e da não surpresa[16]."

Dessa forma, o art. 285-A do CPC criou a possibilidade de o juiz proferir decisão, nos termos do §1º do art. 162[17] do CPC, sem a participação dos envolvidos, sendo fruto apenas do saber solitário do juiz e encontrando seus fundamentos unicamente em outra decisão judicial.

A Teoria Fazzalariana acrescenta, ainda, mais um entendimento importante acerca do contraditório: que este deve desenvolver-se entre as partes, que são as detentoras de interesse que serão atingidos pelo provimento, sendo assim, os contraditores do procedimento e, consequentemente, os legitimados para 'dizer e contradizer' ou até mesmo para nada dizer no sentido de construção do provimento, são aqueles que terão o seu *universum ius*[18] [19] afetado pelos efeitos da sentença. Disso se

[15] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo. Malheiros Editores Ltda., 25ª edição, 2009, pág.305.
[16] BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. *ob. cit*. PINHEIRO, César Guilherme. Uma análise-crítica á 'sentença de plano' a partir da hermenêutica decisional no processo democrático. *Revista dos Tribunais*, vol. 196, Jun/2011, pág. 320.
[17] Art.162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.
[18] Expressão utilizada por Aroldo Plínio Gonçalves. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 167.

extrai que o autor tem direito ao contraditório com o réu, de que pode decorrer, até mesmo, o reconhecimento da procedência do pedido. Antes disso, não há que se cogitar de uma solução pronta e precoce (prematura, no sentido da argumentação) pelo juiz.

Assim, diante da Teoria de um processo justo e diante da Teoria Fazzalariana, o art. 285-A do CPC não traz a possibilidade de contraditório para o réu e, para o autor, apenas o direito a um contraditório mitigado. Logo, não traz, nem ao menos, o contraditório necessário para a prolação da sentença proferida com base no dispositivo legal em comento, haja vista que a sentença é prolatada não com base no diálogo entre as partes que serão atingidas, de um modo ou de outro, pela decisão, mas sim com base o entendimento "sedimentado" pelo juízo *a quo*.

Para Dierle José Coelho Nunes, em artigo publicado em 2011[20], o contraditório é muito mais do que um dizer e contradizer, uma vez que não deve mais ser analisado como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sobretudo, como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação das decisões racionais, devendo ser, assim, inexistentes ou reduzidas as possibilidades de surpresa. E acrescenta:

> "Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial[21]."

Na concepção deste autor, entendimento este também seguido pela linha desta pesquisa, percebe-se no direito brasileiro um esvaziamento do contraditório dinâmico, de influência, em seu modo de exercício antecipado, assegurando-se, cada vez mais, o contraditório sucessivo mediante o sistema recursal. E é, este contraditório

---

[19] Com isso não se quer dizer, nesta sede, que o contraditório se limite às partes. Atualmente, é amplamente aceita a posição de que o juiz também deve dialogar com as partes. Porém, o que se quer enfatizar é que o autor tem direito a argumentar e contra-argumentar também com o réu.

[20] NUNES, Dierle José Coelho. "Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos", *in Revista dos Tribunais*, vol. 137, Jul/2006.

[21] Idem, p.174.

sucessivo, que está presente nas ações nas quais se aplica o artigo 285-A do CPC, introduzido pela Lei 11.277/06 em nosso Código de Processo Civil, reforma esta que nas palavras de Dierle Nunes:

> Trabalham basicamente sob um juízo de eficácia (busca de resultados práticos), dentro de um peculiar discurso de socialização do processo, mediante reforço dos poderes do juiz para a busca de maior celeridade, mas, sem maiores preocupações com a adequação ao modelo constitucional de processo[22].

E acrescenta:

> Ocorre que as duas alterações trazem questionamentos tanto numa perspectiva normativa (constitucionalidade) quanto pragmática (eficácia)[23].

Nosso estudo busca analisar o artigo 285-A do CPC também frente a uma perspectiva pragmática, a da eficácia em sua aplicação. Do ponto de vista teórico, concorda-se, de antemão, com os argumentos utilizados por Dierle José Coelho Nunes quanto à deficiência do dispositivo em estudo, destacando-se, nesta oportunidade, que o contraditório recursal não satisfaz à necessidade de prévio diálogo e possibilidade de influência, garantidas na Constituição Federal.

Dessa forma, ainda que se implemente uma discussão processual através do contraditório sucessivo ou diferido (via razões e contra razões de recurso), quando de eventual interposição de recurso de apelação pelo autor, devendo nesta hipótese o réu ser citado (§ 2º do art. 285-A do CPC) para se manifestar via contra-razões ao invés de se defender via contestação, no mesmo prazo, não terá havido efetiva discussão antes da decisão (contraditório antecipado), com a possibilidade do sucessivo julgamento. [24] Isso que gera, na prática, o que o autor denomina de potencialidade de duas atividades recursais[25], gerando, como será visto, uma quebra indiscutível da celeridade.

---

[22] *Idem*, pag.171. O autor neste trecho se refere à reforma trazida pela Lei 11.277/2006, bem como a reforma trazida pela Lei 11.276/2006 (súmula impeditiva de recurso).
[23] *Idem*, pag.171.
[24] Anotar que esse julgamento poderá, na maior parte dos casos, ser feito com celeridade, porquanto é possível que se aplique o art. 330 do CPC.
[25] Há no mínimo, duas possibilidades recursais: recurso de apelação em face da sentença proferida com base no artigo 285-A do CPC e recurso de apelação em face da sentença proferida após a descida dos autos e intimação do réu para apresentar contestação (rito comum).

Por fim, acrescentamos ainda como deficiência do referido dispositivo em relação ao contraditório a possibilidade de a sentença proferida com base no art. 285-A do CPC ser cassada pelo Tribunal e, no acórdão, haver argumentos no sentido de que a demanda proposta pelo autor possa sim ser procedente. Essa fundamentação, embora não vincule o juízo de primeiro grau, porque limitada a afastar a incidência do art. 285-A do CPC, é comprometedora no entendimento de permitir ao tribunal que tangencie o mérito da causa antes mesmo da contestação do réu. Isso acarreta em um imenso prejuízo ao réu, que por meio de um contraditório sucessivo, não poderá mais se defender da matéria antecipada, pois, ao ser intimado para contestar a presente ação, que terá seu curso normal após ter tramitado, tão cedo, no segundo grau de jurisdição, não terá armas suficientes para se insurgir sobre um acórdão transitado em julgado, o que poderá muito bem o autor, se valer, para fundamentar ainda mais as razões para que seu pedido seja julgado procedente.

Assim, a simples possibilidade de ocorrência de provimento do recurso de apelação interposto pelo autor para que o processo retorne ao juízo *a quo* para seu prosseguimento regular, com a qual, após intimação do réu para a contestação, abrir-se-á nova oportunidade recursal, já faz cair por terra a razoável duração do processo, a celeridade processual na qual o referido dispositivo legal se propôs a trazer com seu surgimento em nosso ordenamento jurídico, além dos prejuízos já mencionados com a aplicação de um contraditório sucessivo e não de influência, ocorrendo aqui, a não observância do contraditório de influência, não só em prejuízo do réu, mas também, em prejuízo do próprio autor da demanda.

Das Garantias Estruturais: motivação das decisões, efetividade qualitativa e o prazo razoável do processo.

Já mencionamos que o dispositivo legal em comento não traz, de forma satisfatória, a razoável duração do processo do ponto de vista da celeridade processual, pois possibilita, no mínimo, duas atividades recursais (apelação – apelação).

Assim, diante possibilidade de ocorrência de provimento do recurso de apelação interposto pelo autor, o processo retorna ao juízo *a quo* para seu prosseguimento regular, com o qual, após intimação do réu para a contestação e o

aperfeiçoamento do contraditório com possível réplica, tem-se, em geral, o julgamento antecipado da lide, ressalvados os casos em que se verifica que a questão demanda produção de provas anterior à sentença. De qualquer modo, após a nova sentença, abrir-se-á nova oportunidade recursal, o que já culmina na perda da celeridade processual proposta/esperada pelo art. 285-A do CPC. Além dessa duplicidade potencial de apelações, há casos de interposição de outros recursos por parte do autor, quando do não provimento da apelação que se insurgiu contra sentença fundamentada com base no art. 285-A do CPC (agravo, recurso especial, recurso extraordinário, respectivos embargos de declaração ou agravos internos etc), o que também contribui para a perda de potencial celeridade nos trâmites processuais.

Verifica-se, portanto, que o legislador pensou numa forma de desafogar o "Judiciário", este entendido como juízo de primeiro grau, não se preocupando, contudo, que a possibilidade de julgamento embasado no art. 285-A traria um afogamento do juízo de segundo grau de jurisdição, quiçá, do terceiro grau de jurisdição.

Diante desses argumentos, fica clara a visualização que a garantia estrutural de um processo justo, por meio de uma duração razoável do processo, pode até ter sido o objetivo da reforma trazida pela Lei 11.277/2006, mas não é satisfatoriamente alcançada, primeiro, que a celeridade proposta pode não ser efetiva na prática. Segundo, pois, conforme já mencionamos, ainda que houvesse celeridade outras garantias estruturais do processo justo são atingidas, tal como já asseverado quanto ao contraditório. Duração razoável deve ser entendida como tempo adequado para cada tipo de processo e não de maneira simplificada, confundida com celeridade a qualquer custo.

Ao lado dessas garantias, vislumbra-se também ofensa à motivação das decisões à efetividade qualitativa.

Quanto à garantia estrutural da motivação das decisões, verifica-se que a regra do artigo 285-A do Código de Processo Civil traz embutida uma perigosa autorização de que o juiz possa se valer de motivação *per relationem*. [26] Tal ocorre, no entendimento de Michele Taruffo[27], "quando sobre um ponto decidido, o juiz não

[26] SÁ, Djanira Maria Radamés; PIMENTA, Haroldo. "Reflexões Iniciais..., *ob. cit*., p. 139.

[27] Tradução livre retirada da obra de TARUFFO, Michele. La Motivación de La sentencia civil. traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Editorial Trotta. Tribunal Electoral Del Poder Judicial de La Federación, 2011.pág.372/373. Também faz referência á obra, na versão italiana (TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civille. Padova: Cedam,1975, p.422.) os autores:SÁ, Djanira Maria

elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão", o que na visão do referido autor não permite o controle da decisão proferida.

Dessa forma, podem-se catalogar duas hipóteses em que a aplicação do artigo 285-A do CPC configura violação ao art. 93, IX, da CF/88, quais sejam: i) a sentença limita-se a mencionar o processo no qual foi proferida outra decisão de "caso idêntico"; ii) a sentença limita-se a transcrever literalmente a fundamentação construída em outro processo. Para Djanira Maria Radamés Sá e Haroldo Pimenta: "nessas duas hipóteses, a motivação *per relationem* faz germinar na sentença vício insanável, para cuja expunção o próprio legislador constitucional destina sanção adequada: a nulidade"[28].

Assim, para a correta aplicação do art. 285-A do CPC torna-se imprescindível que o juiz explicite as razões pelas quais os casos confrontados são "idênticos", devendo expor pormenorizamente, na fundamentação da decisão, as semelhanças relevantes entre os casos, que tornem justificável a aplicação do dispositivo em estudo. [29] Caso contrário, haverá a ofensa à garantia estrutural da motivação das decisões e, consequentemente, o não enquadramento da sua aplicação às noções de um processo justo.

Já no que diz respeito à efetividade qualitativa, tem-se que para que esta seja realizada em sua plenitude, é necessário estabelecer meios e procedimentos adequados,

---

Radamés; PIMENTA, Haroldo. Reflexões Iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 133, mar/2006 p.139.

[28] SÁ, Djanira Maria Radamés; PIMENTA, Haroldo. Reflexões Iniciais..., ob. cit., p. 139.

29 Este é, sobretudo o entendimento pacificado na jurisprudência: veja, por exemplo, as seguintes decisões 1) REsp 1217828-RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data do Julgamento: 12/04/2011. Data da Publicação. DJe: 27/04/2011. (...) "Para utilizar-se da faculdade prevista no artigo 285-A do CPC, não está o julgador obrigado a transcrever na sentença mais de uma decisão paradigma, bastando apenas a reprodução de uma delas." 2) AgRg no REsp 1177368-RJ. Quinta Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 03/02/2011. Data da publicação/Fonte. DJe: 21/02/2011. "(...) O julgamento liminar de mérito previsto no art. 285-A do CPC é medida excepcional, admitida apenas quando presentes, concomitantemente, os requisitos elencados no referido dispositivo. A aplicação do aludido comando legal está adstrita às hipóteses em que a matéria controvertida for exclusivamente de direito e que no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos; ademais, não basta a mera menção às sentenças anteriormente prolatadas, sendo necessária a reprodução dos paradigmas. 4. A desatenção aos requisitos do art. 285-A do CPC impõe a cassação da sentença e a baixa dos autos para regular processamento da ação."
3) AgRg no Ag 1406083. Primeira Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 25/10/2011, Data da Publicação/Fonte. DJe:28/10/2011. (...) "Esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento de que a aplicação do artigo 285-A do CPC está adstrita às hipóteses em que a matéria controvertida for exclusivamente de direito e que no juízo já tenha sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos, não sendo bastante a mera menção às sentenças anteriormente prolatadas, pois necessária a sua reprodução."

de conformidade com as técnicas que melhor se presdipõem à realização dos direitos e, principalmente, das garantias jurisdicionais seguras e eficientes.

Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

> A efetividade qualitativa, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, no direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito adaptada á natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a 'necessidade da tutela' manifestada na demanda.[30].

E acrescenta:

> A aceleração do processo (uma das varáveis do valor da efetividade) implica sempre em risco ao resultado que se pretende alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade e, em contrapartida incrementar a efetividade pode comprometer a segurança[31].

Pode-se dizer que o art. 285-A do CPC busca, na verdade, uma efetividade denominada de quantitativa[32], designação esta já mencionada neste trabalho, dada pelo autor Michele Taruffo[33]. Isso, pois, sua aplicação, através de uma leitura constitucional, e, sobretudo, em relação a um processo justo, suprime garantias essenciais do processo em prol de uma eficiência numérica, quantitativa.

Com o intuito de impingir celeridade processual aos trâmites judiciais, o art. 285-A do CPC veio trazer ao ordenamento jurídico brasileiro uma efetividade quantitativa, descartando, dessa forma, o outro lado da "moeda", qual seja a efetividade em seu aspecto qualitativo.

E é isso que ocorre com o dispositivo em comento: a aplicação do art. 285-A do CPC gera uma efetividade quantitativa e não qualitativa, pois, para isso, necessitaria de que esta aplicação não violasse as garantias individual e estrutural de um processo justo.

30 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Os direitos fundamentais à efetividade e á segurança em perspectiva dinâmica", in Revista de Processo, 2008, RePro, 155, pág. 20.
31 Idem, pág. 23.
32 Esta face da efetividade se define em velocidade dos procedimentos e redução dos custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior a eficiência alcançada, sendo o aspecto qualitativo do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância, como já mencionados na página 16 deste trabalho.
33 TARUFFO, Michele. Orality and writing ...ob. cit, p. 185 et seq apud NUNES, Dierle José Coelho, Processualismo Constitucional Democrático ..., ob. cit., Revista de Processo, vol. 199, p.57.

Há aqueles que sustentam que só por assegurar a efetividade, já está o art. 285-A inserindo na ótica de um processo justo, afinal, a efetividade faz parte deste conceito, alegando que, num dilema entre a efetividade e a segurança, deve a sociedade escolher aquela primeira[34]. Aqueles se esquecem, sobretudo, de que a busca de uma efetividade em virtude do suprimento da segurança pode trazer consequências sérias para o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, algumas delas, tais como decisões injustas, violação de princípios constitucionais, arbitrariedade do ente Estatal e outras e, se esquecem, ainda, de que, para um processo justo não basta uma eficácia por si só, mas uma efetividade que contemple também a garantia das demais garantias.

É por óbvio, que nem todas essas garantias poderão ser plenamente observadas durante todos os momentos do processo, mas é bom lembrar que a celeridade nos trâmites processuais da justiça brasileira só será alcançada quanto se começar a olhar para a efetividade dos trabalhos desenvolvidos dentro das varas, sob ambas as perspectivas já delineadas – qualitativa e quantitativa. O que se pretende demonstrar é que a demora na tramitação dos feitos não se resolverá por mera mudança legislativa, devendo o assunto ser analisado a fundo, de forma real e estatística à luz dos problemas enfrentados pela justiça do país. A partir daí será possível buscar minimizar o tempo gasto nas chamadas "etapas mortas"[35] geradas por acúmulo de demandas nas varas, pela falta de pessoal para trabalhar, pela falta de um planejamento e de uma administração da atividade jurisdicional e, também de consciência cultural dos operadores do direito que ajuízam demandas sem fundamentos, interpõem recursos meramente protelatórios.

3. Da análise e conclusão dos dados: aspecto quantitativo e qualitativo

Na 3ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, Minas Gerais, observa-se que não foi proferida nenhuma sentença de mérito fundamentada neste dispositivo legal dentro

34 PINTO, Fernanda Guedes. "As ações repetitivas e o novel art. 285-A do CPC (racionalização para as demandas em massa)", in Revista de Processo, 2007, RePro 150, pág.126.

35 A expressão é utilizada por Humberto Theodoro Júnior, inspirado pela expressão já cunhada por Giuseppe Tarzia, que se referia a "tempos mortos" (TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Ajuris*, 65/89 *apud* Humberto Theodoro Júnior. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma da Leis Processuais. Revista de Processo, vol.125, Jul/2005, pag.69.

do lapso temporal escolhido - sentenças de mérito publicadas de abril de 2010 a abril de 2012[36] para a coleta de dados.

Assim, restou-nos possível apenas analisar as sentenças da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, sob dois aspectos: quantitativos e qualitativos. Logo, mesmo diante de um universo pequeno[37] de sentenças proferidas com base no artigo 285-A do CPC e de um lapso temporal razoável (dois anos), o trabalho seguirá com a análise da amostragem obtida na 5ª Vara Cível.

As tabelas seguintes expressam o total de sentenças de mérito e o percentual de sentenças proferidas com base no art. 285-A (dados atualizados com a data de 07 de junho de 2012, período fechado para a exposição das conclusões finais da pesquisa):

Tabela 1

3ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora Período analisado: Sentenças de Mérito Publicadas de abril de 2010 a abril de 2012	
Nº TOTAL DE SENTENÇAS DE MÉRITO	PROFERIDAS COM BASE NO ART. 285-A DO CPC
3.893 (três mil oitocentos e noventa e três)	0 (zero)

Tabela 2

5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora Período analisado: Sentenças de Mérito Publicadas de abril de 2010 a abril de 2012	
Nº TOTAL DE SENTENÇAS DE MÉRITO	PROFERIDAS COM BASE NO ART. 285-A DO CPC
2.922 (duas mil novecentos e vinte e dois)	36 (trinta e seis) ou 1,23% (um vírgula vinte e três por cento)

Quanto ao aspecto quantitativo da pesquisa

36 Importante ressaltar que nesta vara, desde a promulgação do art. 285-A do CPC (em 2006) até o momento, data de fechamento da pesquisa deste trabalho (sentenças publicadas em abril de 2012) não houve nenhuma sentença de improcedência prima facie, conforme fomos informados pela assessoria da Juíza Titular.

37 Deixa-se claro, também, que na 5ª Vara Cível só se começaram a ser proferidas sentenças com base no 285-A do CPC a partir do ano de 2010, havendo, dessa forma sentenças de improcedência prima facie publicadas somente a partir de 2011. Logo, a regressão de um tempo maior de estudo em nada contribuiria para este trabalho, uma vez que o número de sentenças initio litis seria a mesma.

Tabela 2.1

Sentenças no art.285-A do CPC	Sentenças Irrecorridas com trânsito em julgado	Sentenças Retratadas	Sentenças Apeladas
36	0%	0%	97,22%

Verifica-se, do exame dos dados da Tabela 2.1, em conjunto com as informações apuradas no tópico precedente (Tabela 2), que das 2.922 sentenças de mérito, somente 36, 1,23%, foram proferidas com base no artigo 285-A do CPC, sendo recorrente a prolação das referidas sentenças, consoante mencionado em nota de rodapé acima, a partir de 2011, apesar de a Lei 11.277, que introduziu o artigo em estudo, datar-se do ano de 2006. E mais: não há esse tipo de sentença até o presente momento na 3ª Vara Cível. Por que isso?

Pode-se dizer que uma lei, quando introduzida no ordenamento jurídico, nem sempre terá imediata aplicação na prática. Um dos motivos possíveis para que isso tenha ocorrido, na presente amostragem, é a difícil aplicação do dispositivo em comento. Isso se dá pela existência de um visível óbice: nem todas as matérias tratadas, que são exclusivamente de direito, são pacificadas nos tribunais superiores, o que pode gerar uma insegurança jurídica diante da maior possibilidade da cassação da sentença por motivo de entendimento diverso por parte do tribunal superior. E parece ser por este motivo que, até o momento, achou o juízo da 3ª Vara cível, por bem, aplicar, nos casos que não necessitam de dilação probatória, o art. 330 do CPC (julgamento antecipado da lide) às sentenças, ao invés de aplicar o artigo 285-A do CPC. Isso não ocorreu na apreciação da amostragem obtida na 5ª Vara Cível, pois, este juízo utilizou-se, mesmo num pequeno percentual, do instrumento processual discutido, imagina-se, com o intuito de acelerar o trâmite dos processos em curso perante o referido juízo.

Outro dado curioso: nenhuma sentença irrecorrida transitou em julgado, isto é, de todas as sentenças, 100% (cem por cento) delas, sofreram algum tipo de recurso. Ou seja, o autor da demanda, não se conformando com a decisão proferida com base no

art. 285-A do CPC resolveu recorrer, apresentando um percentual de 97,22%[38] das sentenças com a interposição de Recurso de Apelação. Isso nos faz concluir que a celeridade que poderia ser alcançada pelo trânsito em julgado imediato das sentenças de improcedência *prima facie*, sentenças irrecorridas, neste caso, é nula, vez que todas foram alvo de algum recurso. E mais: nenhuma destas sentenças foi alvo de retratação por parte do juiz prolator. O juízo de retração excepcional pelo juiz da causa é, como se sabe, uma medida de economia processual que permite evitar a tramitação do recurso de apelação. A não utilização desse instrumento, em todos os casos analisados, indica, obviamente, que os autores e réus terão que aguardar o recurso de apelação.

Tabela A

Sentenças Apeladas	Apelações Julgadas definitivamente[39]	Apelações não julgadas e não julgadas definitivamente
35	65,71% (sessenta e cinco vírgula setenta e um por cento)	34,28% (trinta e quatro vírgula vinte e oito por cento)

Há também um elemento bem relevante: do universo de sentenças apeladas, apenas 65,71% foram apreciadas pelo Egrégio TJ/MG. As demais 34,28% ainda pendem de julgamento, e das apelações julgadas definitivamente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nota-se consoante tabela A' que em 78,26% (setenta e oito vírgula vinte e seis por cento) manteve-se a sentença, ao passo que, em 21,73% (vinte e um vírgula setenta e três por cento), reformou-se a sentença por motivos diversos. A nosso ver, há clara quebra de celeridade processual, num considerável número (21,73% das apelações julgadas) de processos, pois, o retorno dos autos para ao juízo *a quo*, após o processo já ter tramitado em segundo grau de jurisdição, através de recurso de apelação, aumenta consideravelmente o tempo da tramitação normal do referido feito, o que será visto mais adiante. Lembre-se, ainda, que este número refere-se às apelações já apreciadas cujos acórdãos tenham transitado em julgado, sendo de se ponderar que,

[38] Este percentual representa quase a totalidade das sentenças. Em um universo de 36 (trinta e seis) sentenças proferidas no art. 285-A do CPC, todas as 35 (trinta e cinco) foram alvo de Recurso de Apelação, restando somente 1 (uma) que por enquanto encontra-se apenas embargada (Embargos de Declaração).

[39] Por definitivamente julgadas quer-se designar as apelações cujos acórdãos já tenham transitado em julgado.

quanto às pendentes de julgamento e aquelas cujos acórdãos foram objeto de novos recursos há mera espera de um desfecho definitivo já prejudica a celeridade.

Tabela A' (subdivisão da Tabela A, perspectiva das Apelações Julgadas).

Apelações Julgadas Definitivamente	Sentenças Mantidas pelo TJ/MG	Sentenças Cassadas pelo TJ/MG
23	78,26% (setenta e oito vírgula vinte e seis por cento)	21,73% (vinte e um vírgula setenta e três por cento)

Tabela A'' (subdivisão da Tabela A, desdobramentos).

Sentenças Apeladas	**Apelações Julgadas definitivamente até 07 de junho de 2012** **23**		**Apelações não julgadas e acórdãos de apelação pendentes de recurso até 07 de junho de 2012** **12**		
35	Sentenças Mantidas pelo TJ/MG	Sentenças Cassadas pelo TJ/MG	Processos sobrestados em virtude de outros recursos	Sem decisões em virtude de conversão dos autos em diligência no juízo a quo	Autos ainda não remetidos ao TJ/MG.
	78,26% (setenta e oito vírgula vinte e seis por cento)	21,73% (vinte e um vírgula setenta e três por cento)	33,33% (trinta e três vírgula trinta e três por cento)	41,67% (quarenta e um vírgula sessenta e sete por cento)	25% (vinte e cinco por cento)

Para Dierle José Coelho Nunes, mesmo que a hipótese dos autos serem reenviados para o primeiro grau não seja considerada a única possível (no presente caso é igual a 21, 73% das sentenças apeladas), a simples potencialidade de ocorrência desta, já conduz, dentro de uma análise de eficácia, a não redução do tempo do processo, na prática. Nas palavras do autor:

> Ademais, veja-se que o tempo dificilmente será reduzido na prática, caso se aplique o novo art. 285-A do CPC (LGL 1973\5), uma vez que quase sempre o autor interporá seu recurso de apelação contra a sentença e em face disso o réu deverá ser citado (novo §2º do art. 285-A do CPC (LGL 1973\5)) para se defender via contra-razões, ao invés de defender via contestação, no mesmo prazo. Desse modo, não se entende porque não se implementar uma efetiva discussão antes da decisão (contraditório antecipado), com possibilidade de um sucessivo julgamento conforme o estado, ao contrário de se garantir tão somente um contraditório sucessivo (via razões e contra-razões de recurso), **que gerará na prática a potencialidade de duas atividades recursais e a quebra indiscutível da celeridade**[40]. (sem grifos no original)

À luz deste entendimento, e diante do considerável número de sentenças cassadas e do número de sentenças ainda pendentes de julgamento não se constata, de maneira global, a diminuição do tempo nos trâmites processuais propiciada com a aplicação do art. 285-A do CPC neste caso. Ou seja, não há redução significativa de tempo do processo na prática, *in casu*, diante da análise dos dados numéricos aqui levantados, uma vez que, com a cassação de 21, 73% (percentual este que poderá sofrer aumento) eleva-se o tempo de tramitação dos feitos que, devolvidos ao juízo *a quo*, serão submetidos ao seu rito procedimental comum.

Mais um dado relevante da Tabela A'': 41,67% (quarenta e um vírgula sessenta e sete por cento) das apelações não julgadas definitivamente assim estão pois os autos foram convertidos em diligência no juízo *a quo*, tendo em vista a ausência de

40 NUNES, Dierle José Coelho. "Comentários acerca da súmula impeditiva de ..., ob. cit,, pág. 143.

citação do réu para apresentar contrarrazões. Trata-se de processos onde ocorreu violação do que preceitua o §2º do art. 285-A do CPC[41] e, consequentemente, violação ao princípio do contraditório, violação já mencionada neste estudo e que será analisada mais tarde.

Nos tópicos subsequentes (Tabelas B' e B'') – análise dos dados referentes à média de tempo de tramitação dos recursos.

Tabela B'

5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora Objeto Analisado: Apelações interpostas contra as sentenças de Mérito publicadas, com base no art. 285-A, de abril de 2010 a abril de 2012 julgadas até 07 de junho de 2012. ASPECTO AVALIADO: TEMPO	
Número total de apelações julgadas definitivamente até 07 de junho de 2012.	Média: Tempo para julgamento apelação, desde a data da distribuição do recurso.
23	6,13 meses

Tabela B''

Número de recursos de apelação julgados com trânsito em julgado dos respectivos acórdãos	Média, tempo global (ajuizamento da ação até baixa dos autos ao primeiro grau).
23	10,30 meses

Dentro do lapso temporal utilizado na pesquisa, somente 23 apelações foram julgadas definitivamente até o fechamento desta análise (07 de junho de 2012). Observa-se, consoante Tabela B' que, em média, o tempo para o julgamento do Recurso de Apelação é de, aproximadamente, 6 (seis) meses.

Diante da análise numérica e temporal, temos a possível conclusão: o processo com sentença proferida no art.285-A do CPC e cassada através do provimento do recurso de apelação, ao ser remetido 1º grau de jurisdição para seu regular processamento, poderá demorar mais de 1 (um) ano (a média de tempo para o retorno dos autos é de 10, 3 meses) para a sua conclusão. Pior: nos casos em que a apelação

[41] "§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso".

tenha sido provida poderá ocorrer a hipótese de duas atividades recursais (duas apelações)[42] ou de outros recursos interpostos; nestes casos, a tramitação do processo demorará ainda mais.

Além disso, se a tramitação somente do recurso de apelação demorou, em média, na análise feita sobre os recursos julgados definitivamente, 6 (seis) meses, teremos pelo menos o dobro do tempo quanto da possibilidade da existência de outras atividades recursais.

Deve-se ponderar, outrossim, que os recursos de apelação julgados de maneira não definitiva, porque sobrestados em virtude da interposição de outros recursos (embargos de declaração, agravo de instrumento, recurso extraordinário etc), ultrapassarão, por razões óbvias, a média de 6 (seis) meses constatada nas hipóteses em que o acórdão de apelação transitou em julgado sem qualquer outro recurso.

A questão da celeridade no caso de aplicação do art. 285-A do CPC é intrigante pela análise dos dados numéricos, pois, como desafogar o Poder Judiciário: i) se das sentenças apeladas somente 65,71% foram dos recursos foram julgados definitivamente e, destes, 21,73% resultaram na reforma da sentença? ii) só para julgar a apelação da sentença proferida com base no art. 285-A do CPC leva-se, em média 6 (seis) meses nos casos em que o acórdão da apelação fica irrecorrido; e ocorrendo a hipótese de duas atividades recursais ou mais, que surge dos casos em que a sentença é cassada, poderá demorar pelo menos o dobro do tempo? iii) se de todas as sentenças proferidas com base no art.285-A do que foram alvo de recurso de apelação nenhuma foi objeto de retratação? Diante deste quadro, está-se, sem dúvidas, transferindo a sobrecarga dos juízos de primeiro grau para os tribunais hierarquicamente superiores, contribuindo principalmente para o "afogamento" do juízo de 2º grau.

Quanto ao aspecto qualitativo da pesquisa

[42] Há no mínimo, duas possibilidades recursais: recurso de apelação em face da sentença proferida com base no artigo 285-A do CPC e recurso de apelação em face da sentença proferida após a descida dos autos e intimação do réu para apresentar contestação (rito comum). Este é entendimento retirado do texto de NUNES, Dierle José Coelho. "Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos", *in Revista dos Tribunais*, vol. 137, Jul/2006, pág. 177.

Nesta parte de nosso exame, buscar-se-á, através de exemplos encontrados dentro da pesquisa de campo realizada, demonstrar os possíveis perigos que a aplicação do artigo em estudo pode trazer ao processo de um Estado Democrático de Direito.

Conforme a Tabela A', apresentada em linhas acima, do total de sentenças proferidas com base no art. 285-A do CPC e apeladas - 35 sentenças -, até o momento, 21, 73% (vinte e um vírgula setenta e três por cento) foram cassadas. É importante lembrar que, como nem todos os recursos de apelação foram apreciados até o fechamento desse trabalho, há chances de aumento deste percentual.

Em vista disso, afirma-se o seguinte: o percentual de sentenças cassadas poderá viabilizar a ocorrência de novas possibilidades recursais (como por exemplo, apelações, embargos de declaração, recurso extraordinário, agravos, tanto no rito estabelecido pelo art. 285-A do CPC como pelo rito comum, isto é, após o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau)- gerando significativa quebra da celeridade, proposta maior trazida com o artigo 285-A do CPC.

E do percentual de sentenças cassadas, destaca-se, ainda: 1) 60% das cassações[43] foram motivadas pela declinação de ofício, a competência, com a remessa dos autos para a Justiça do Trabalho; 2) 20%[44] fundaram-se no entendimento do que o Tribunal de Justiça já de que o tema da ação em questão não pode ser julgado com base no artigo 285-A do CPC e, por fim, 3) os outros 20%[45] embasaram-se no entendimento de que, para a devida motivação da sentença firmada no art. 285-A, CPC, não basta mencionar as outras ações julgadas em casos idênticos, mas, sobretudo, a reprodução pelo juízo da sentença anteriormente prolatada, demonstrando a existência de precedente e a identidade dos casos, dados a serem visualizados na Tabela 3.

Tabela 3

Sentenças Cassadas 21,73% das apelações julgadas definitivamente Acórdãos: ANÁLISE QUALITATIVA		
60% declinaram de ofício, a competência, remetendo os autos para a Justiça do	20% cassou a sentença reconhecendo que o Tribunal de Justiça possui	20% cassou a sentença por entender que para a devida motivação deve haver a

43 Apelação Cível Nº 1.0145.11.010414-1/001; Agravo 1.0145.11.010709-4/002 0107094-40.2011.8.13.0145 (1) e Agravo 1.0145.11.011634-3/002 0116343-15.2011.8.13.0145 (1)
44 Apelação Cível 1.0145.11.012484-2/001 0124842-85.2011.8.13.0145 (2)
45 Apelação Cível 1.0145.11.011975-0/001

Trabalho.	entendimento de que o tema da ação em questão não pode ser julgado com base no artigo 285-A do CPC	reprodução da sentença paradigma, demonstrando a identidade entre os casos.

Das sentenças cassadas, com exceção de uma, todas tratam de relações jurídicas semelhantes, quais sejam, ações de cobrança em desfavor do Banco X e Previdência S/A[46] requerendo o autor, bancário inativo, participação nos lucros ou resultados, alegando a incorporação da referida parcela no salário dos bancários da ativa e, consequentemente, a incorporação desta parcela na aposentadoria dos inativos.

Da análise dos acórdãos de cassação extraem-se muitos questionamentos, ainda não solucionados pela jurisprudência: a questão da parcela "participação nos lucros e resultados – PRL" dos bancários inativos é questão somente de direito ou precisa de dilação probatória? É de competência da justiça estadual ou da justiça do trabalho? Como deve ser a fundamentação da sentença embasada no art.285-A do CPC?

Se nem o Tribunal de Justiça, juízo de segundo grau, pacificou seu posicionamento quanto à aplicabilidade do art. 285-A do CPC à matéria tratada nas sentenças, como então permitir sua aplicação pelo juízo de primeiro grau, sendo que a possibilidade de reforma é imensa, a celeridade processual é insatisfatória e a segurança jurídica é praticamente nula? Esses são alguns riscos da aplicabilidade deste dispositivo legal (art. 285-A do CPC).

De acordo com Alexandre Freitas Câmara[47], para que a aplicação imediata do citado artigo não gere uma surpresa para o demandante, deverá o juízo de primeiro grau, antes da aplicação do disposto no art. 285-A do CPC, determinar a intimação do demandante, para no prazo de dez dias (aplicação analógica do art. 284[48] do CPC) manifestar-se se é ou não caso de aplicação da norma processual posta aqui em exame. Pensa-se, contudo, que esse procedimento não resguarda suficientemente o princípio do

[46] Optou-se por resguardar a identidade das partes envolvidas nos processos aqui mencionados.

47 CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. Lições de Direito Processual Civil, volume I, 21ª edição, RJ, Ed. Lumen Juris, 2011.

[48] Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

contraditório, que pressupõe, conforme já salientado nesse trabalho, a oportunidade do autor de rebater os argumentos meritórios contrários a serem opostos pelo réu. Ao mesmo tempo, não se evita a surpresa ao demandante, nem há a concretização da promessa de celeridade processual, função maior que impulsionou a criação do referido dispositivo legal.

Na verdade, a não surpresa ao demandante não poderá ser eficazmente atingida com a simples intimação do demandado para discutir ou não a aplicabilidade do art. 285-A do CPC. Essa não surpresa vai além da aplicabilidade deste artigo, indo ao encontro da necessidade de divulgação de como aplicar as reformas processuais a luz de uma perspectiva constitucional.

Nas palavras do autor Humberto Theodoro Júnior:

> Necessitamos ampliar o debate em torno das questões processuais não nos preocupando prioritariamente com as mudanças da legislação, mas, concomitantemente, com a divulgação de como aplicá-las em perspectiva constitucional, ao lado do delineamento de uma política pública de democratização processual (acesso à justiça) que conte com a comparticipação ampla de todas as instituições envolvidas (IBDP, OAB, Judiciário, Ministério Público, Universidades), sem sobreposição de ideias de competição entre entidades e profissões, como é corriqueiro no discurso jurídico brasileiro.
>
> Enfim, a obtenção de um paradigma processual constitucionalmente adequado não resultará tão-somente de iniciativas pontuais e desgarradas de uma intervenção macro-estrutural.[49] (...)

Diante da análise qualitativa dos dados acima expostos, verificamos que a aplicabilidade do art. 285-A do CPC não é tão simples, podendo ser perigosa e gerar insegurança jurídica aos jurisdicionados, ao passo que as matérias denominadas ‘exclusivamente de direito’ e os chamados ‘casos idênticos’ não estão, na exemplificação acima colocada, pacificadas entre o 1º e 2º grau de jurisdição.

49 JÚNIOR, Humberto Theodoro. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”, in Revista dos Tribunais, vol. 168, Fev/2009, pág. 119.

Passa-se, agora, a análise da Tabela 4 (ênfase às apelações não julgadas e seus respectivos desdobramentos).

Tabela 4

5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora

Objeto de análise: Sentenças de Mérito Publicadas, com base no art. 285-A, de abril de 2010 a abril de 2012.

ASPECTO QUALITATIVO

Total de Sentenças Proferidas no art. 285-A do CPC e que foram apeladas definitivamente	**Total de Apelações Julgadas definitivamente**	**Total de Apelações não Julgadas definitivamente 12**		
		Processos sobrestados em virtude de outros recursos	Sem decisões em virtude de conversão dos autos em diligência no juízo *a quo*	Autos ainda não remetidos ao TJ/MG.
35	**23**	33,33% (trinta e três vírgula trinta e três)	41,67% (quarenta e um vírgula sessenta e sete por)	25% (vinte e cinco por cento)

Dado pertinente explícito na Tabela 4 é o de que dos processos sentenciados com base no art. 285-A do CPC que foram apelados, 41,67%[50] (quarenta e um vírgula sessenta e sete por cento) destes processos foram baixados em diligência do juízo de segundo grau para o primeiro grau por não haver, nestes, citação do Réu para apresentar contrarrazões. Ora, isso além de ser violação do requisito estabelecido pelo próprio artigo em comento em seu §2º, configura-se numa clara violação ao princípio do contraditório. Aqueles autores[51] que dizem que o art. 285-A do CPC não fere o

[50] São os seguintes processos: 0258293-12.2011.8.13.0145; 0120105-39.2011.8.13.0145; 0120709-97.2011.8.13.0145; 0120063-87.2011.8.13.0145, 0613240-40.2011.8.13.0145.

[51] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual ..., ob, cit,*, pág. 368.

contraditório, pois permite o réu contrarrazoar a apelação, nesta situação, creia-se que entenderiam o contrário: fere o princípio do contraditório.

Neste caso, a ausência de citação do réu para apresentar contrarrazões configuraria não só uma decisão de 1º grau com argumentos suscitados somente pelo juiz, de forma unilateral, sem a influência do autor e do réu com a consequente violação ao princípio do contraditório, mas algo ainda mais grave: uma decisão de 2º grau exarada depois da supressão da participação postergada do réu (neste caso equivalente a 41,67% das apelações não julgadas), posta como requisito de aplicação do próprio art. 285- A do CPC em seu parágrafo segundo. Ou seja, a configuração de uma decisão nula, haja vista a inobservância do requisito legal em questão, para não dizer, numa decisão injusta, pois, inobserva não só o requisito estabelecido no §2º do art. 285-A do CPC, mas um dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio do contraditório.

Por fim, nesta análise qualitativa, menciona-se novamente a existência de processos sobrestados no TJ/MG em virtude da interposição de outros recursos contra o acórdão de apelação, o que dá ensejo ao seguinte questionamento: se na maioria esmagadora dos casos a matéria de direito é a mesma, porque somente alguns dos acórdãos de apelação foram alvos de recurso? É possível afirmar que o trânsito em julgado dos demais acórdãos decorreu da ausência de condições técnicas e financeiras das partes e procuradores de recorrer aos tribunais superiores? Se a resposta a esta última indagação for afirmativa – e nos parece razoável afirmá-lo, porque cabíveis os recursos excepcionais para rediscutir a aplicabilidade do art. 285-A[52] -, pode-se concluir que a improcedência *prima facie* mantida pelos tribunais de segundo grau muitas vezes fica irrecorrida em virtude de óbices sociais ao acesso à justiça.

Os entendimentos acima expostos só corroboram com a linha de raciocínio desenvolvida ao logo deste trabalho: a aplicabilidade do art. 285-A do CPC, na prática não traz, satisfatoriamente, a celeridade que se propôs com o seu surgimento, não está

"A multiplicação de ações repetitivas desacredita o Poder Judiciário, expondo a racionalidade do sistema judicial. Portanto, é lamentável que se chegue a pensar na inconstitucionalidade do artigo 285-A. Somente muita desatenção pode permitir imaginar que esta norma fere o direito de defesa", MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. "Ações Repetitivas e Julgamento Liminar", *in*. *Revista dos Tribunais*, vol.858, abril 2007, pág.12.

[52] Nos casos analisados, como já se relatou, todos os acórdãos trataram de questões de direito afetas à incidência do art. 285-A, de modo que seria potencialmente cabível, no mínimo, o recurso especial. Podendo-se cogitar, ainda, do cabimento de recurso extraordinário, quanto à discussão a respeito da competência da Justiça do Trabalho.

paralela com os ideais de um processo justo, nem ao menos com uma efetividade qualitativa, podendo, ainda, ao final, ser alvo de criação de decisões injustas, como se buscou demonstrar.

4. Conclusão

Apesar das opiniões que pesam em favor da constitucionalidade do art. 285-A do CPC, entende-se neste trabalho que a aplicabilidade do art. 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.277/2006, é perigosa quando não realizada à luz de um processo constitucional, e mais: à luz de um processo justo.

Buscou-se evidenciar com a pesquisa bibliográfica que os argumentos contra a referida norma não são em vão, sobretudo no que diz respeito ao princípio do contraditório, motivação das decisões e efetividade qualitativa, enfim, a um processo justo no seu mais amplo sentido. E, com a pesquisa de campo, mesmo que sem parâmetros de outra Vara Cível para comparação, perseguiu-se em revelar que a tão sonhada celeridade processual não é satisfatoriamente alcançada, em virtude das próprias brechas que o dispositivo legal em comento traz para a sua aplicação e mais: que sua aplicação não é eficazmente feita pelo juízo de primeiro grau e nem, ao menos, pelo juízo de segundo grau, que se divide na interpretação e cobrança diversa quanto aos requisitos de aplicabilidade do dispositivo ora analisado, mesmo em se tratando de "casos idênticos".

Chega-se, ainda, à conclusão de que com o uso destemido deste artigo, estar-se-á gerando decisões diversas e injustas, ao passo que não se evita, de qualquer modo, o elemento surpresa para o demandante e, ao mesmo tempo, proporciona ao demandado um falso contraditório a nosso ver, que alguns denominam de contraditório postergado, que pode, contudo, trazer consequências sérias ao réu no que diz respeito ao seu direito de se defender.

Assim, na tentativa de "queimar etapas do processo", a aplicabilidade do art. 285-A do CPC gera muito mais que esta "queima de etapas", mas a possibilidade, não remota, de perda de celeridade no trâmite processual, quando da possibilidade de um processo demorar o dobro do tempo no qual precisaria para ser resolvido (apelação-apelação); violação ao contraditório de influência, ao princípio da motivação das decisões, levando a caracterização de uma efetividade quantitativa e não qualitativa. Aquela, por sua vez, não tão significante em números, conforme restou confirmada por

pesquisa de campo realizada, ao ponto de se colocar em risco outros preceitos constitucionais.

Enfim, não serão as simples reformas das leis de procedimento que irão tornar realidade as garantias fundamentais do acesso à justiça e da efetividade processual, pois o tão almejado processo justo depende de sim de reformas, mais não somente de reformas de leis processuais, mas, sobretudo, e melhor dizendo, de reformas da Justiça como um todo.

5. Referências Bibliográficas.

ARAÚJO, Alexandre Costa de. *O inconstitucional artigo 285-A do Código de Processo Civil.* Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 03 set. 2011, às 9h00, p. 1-11.

AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à Constituição. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.177.

BRASIL. Código de Processo Civil (Lei n.5869, de 11 de janeiro de 1973). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, acessado em 02 nov. 2011, às 8h30.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>. Acesso em 04 de Nov 2011, às 10h15.

_____*Jurisprudência.* Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=ordem%20dos%20advogados%20do%20brasil&processo=3695, acesso em 14 de maio de 2012.

_____*Jurisprudência*. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=335580

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/default.htm>. Acesso em 04 de Nov 2011, às 10h34.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. Lições de Direito Processual Civil, volume I, 21ª edição,RJ, Ed. Lumen Juris, 2011.

CAMBI, Eduardo. "Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC", *in Revista* dos Tribunais, DTR\2006\730, vol. 854, p.52, dez/2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed.Coimbra: Almedina, ANO, p.486-487

CHEHADE, Michael Nedeff. *A celeridade como nova fase da evolução do processo.* Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 03 set. 2011, às 11h40, p. 1-20.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo.São Paulo. Malheiros Editores Ltda., 25ª edição, 2009, pág.46/51; 295/313.

COMOGLIO, Luigi Paola; FERRI, Conrrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, secunda edizione, pag.57/59.

FARIA, Márcio Carvalho. "A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo", *in Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 6.* Disponível em www.redp.com.br, acesso em 11 set. 2011, às 20h15, p.475-493.

_____. FARIA Márcio Carvalho. "O Julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º, CPC e o contraditório", *in Revista* da Faculdade de Direito (UFBA), v. 17, p. 239-274, 2008.

FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Trad. Elaine Nassif Campinas: Bookseeller, 2006, pág. 118/121.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. "Julgamento de Mérito Conforme o Estado Inicial do Processo". Disponível em www.joelfigueira.com, acesso em 14 maio 2012, às 19h39.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429, acesso em 09 set. 2011, às 9h54.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil*.Vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. p.80 e ss, vol.2, 20ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, ob. cit " O inconstitucional artigo 285-A do Código de Processo Civil", ARAÚJO, Alexandre Costa de. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 03 set. 2011, às 9h00, p. 1-11.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II: Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUEDES, Clarissa Diniz – Resumo feito aos alunos da Universidade Federal de Juiz de Fora: "Apontamentos – Petição Inicial", p.60-74, cedido pela autora.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Intervenção do IBDP na qualidade de *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.695/DF. Disponível

em<http://ead05.virtual.pucminas.br/conteudo/csa/s2c0009a/03_orient_conteudo_4/centro_recursos/documentos/intervl_CentroUnid1.pdf>, Acesso em 22 de abril de 2012, às 17h49.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. "Ações Repetitivas e Julgamento Liminar", *in Revista* dos Tribunais, DTR\2007\748, vol.858, p. 11, abril 2007.

MELLO, Gustavo de Medeiros. "O julgamento liminar de improcedência. Uma leitura sistemática da Lei 11.277/2006", *in Revista de Processo*, RePro 165, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos; prefácio Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil), v. 14, pág. 136/137.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. "Primeiras aplicações do art. 285-A do CPC", *in Revista de Processo*, RePro 157, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. "Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito", *in Revista Eletrônica de Direito Processual.v. 4.* Disponível em www.redp.com.br, acesso em 29 out. 2011, às 9h, p.223-249.

_____. "Eficiência Processual: algumas questões", *in Revista de Processo*, DTR\2009\191, vol. 169, p. 116. Mar\2009.

NUNES, Dierle José Coelho, "Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos", *in Revista dos Tribunais*, DTR\2011\1530, vol. 137, p.171, Jul/2006.

_____."Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e tendências "não compreendidas" de padronização decisória", *in Revista de Processo*, DTR\2011\2442, vol.199, p.41, Set/2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. "Os direitos fundamentais à efetividade e á segurança em perspectiva dinâmica", *in Revista de Processo*, 2008, RePro, 155.
OLIVEIRA, Manuel Gaspar. *Comentários ao artigo 285-A do CPC*. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 03 set. 2011, às 10h25, p. 1-14.

PIMENTA, Haroldo. "Reflexões Iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil", *in Revista de Processo*, vol. 133, mar/2006, pág.140.

PINHEIRO, César Guilherme. "Uma análise-crítica á "sentença de plano" a partir da hermenêutica decisional no processo democrático", *in Revista dos Tribunais*, DTR\2011\1618, vol. 196, p.315, Jun/2011.

PINTO, Fernanda Guedes Pinto, "As ações repetitivas e o novel art. 285-A do CPC (racionalização para as demandas em massa)", *in Revista de Processo*, 2007, RePro 150, pág.126.

ROQUE, André Vasconcelos. "A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução", *in Revista Eletrônica de Direito Processual.v. 7.* Disponível em www.redp.com.br, acesso em 9 set. 2011, às 15h48, p.237-263.

SÁ, Djanira Maria Radamés; PIMENTA, Haroldo. "Reflexões Iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil", in Revista de Processo, DTR\2006\188, vol. 133, p.136, mar/2006.

SANTO, Bruno Vianna Espírito. "Análise constitucional do julgamento liminar de improcedência", *in Revista* de Processo, DTR\2010\379, vol.187, p.141, set. 2010.

THEODORO JR., Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processual*. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 18 set. 2011, às 17h00, p. 1-22.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil (LGL 1973\5).* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52ª. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011, pág. 368.

_____. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual", *in Revista dos Tribunais*, DTR\2009\156, vol. 168, p.119, Fev/2009.

_____. "Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória". *in Revista de Processo,*DTR\2010\882, vol.189, p.9, Nov/2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e OUTROS. "Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)". Disponível em www.tex.pro.br, acesso em 14 de maio de 2012, às 19h48.