

**Revista do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal da Bahia**
Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva



Nº 21 • Ano: 2010.2
Salvador – Bahia

ISSN 1516-6058

Capa: Carlos Rio Branco Batalha

Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Editor: Fredie Didier Jr.

Conselho Editorial Administrativo: Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, Edvaldo Pereira Brito, Fredie Didier Jr., Heron Santana, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora de A. Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Marília Muricy Machado Pinto, Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Ricardo Maurício Freire Soares, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Selma Pereira de Santana, Washington Luiz da Trindade, Wilson Alves de Souza.

Conselho Editorial Consultivo Nacional: Ada Pellegrini Grinover (USP), André Ramos Tavares (PUC/SP), Andreas Krell (UFAL), Araken de Assis (PUC/RS), Aury Lopes Jr. (PUC/RS), Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV-Law), Fábio Nusdeo (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Gilberto Bercovici (USP), Gisele Góes (UFPA), Humberto Ávila (UFRGS), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), Volnei Garrafa (UNB).

Conselho Editorial Consultivo Internacional: Antonio Gidi (Universidade de Houston, EUA), António Monteiro Fernandes (Universidade Lusíada do Porto, Portugal) Antoine Jeammaud (Universidade Lumière Lyon 2, França) Hartmut-Emanuel Kayser (Universidade Philipps de Marburg, Alemanha), John Vervaele (Universidade de Utrecht, Holanda), José Manuel Aroso Linhares (Universidade de Coimbra, Portugal), Juan Monroy Palácios (Universidade de Lima, Peru), Maria do Céu Patrão das Neves (Universidade de Açores), Michele Taruffo (Universidade de Pavia, Itália), Owen Fiss (Universidade de Yale, EUA), Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), Peter Gilles (Universidade de Freiburg, Alemanha), Robert Alexy (Universidade de Kiel, Alemanha).

Quadro do mestrado e doutorado até dezembro de 2010

COLEGIADO DO CURSO – 2010

01. *Coordenadora:*
Mônica Neves Aguiar da Silva
02. *Vice-Coordenador:*
Paulo Roberto Lyrio Pimenta
03. *Representantes Estudantis do Mestrado:*
Davi Castro Silva
04. *Representante Estudantil do Doutorado:*
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

PROFESSORES DO PROGRAMA – 2010

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Ana Paula Costa e Silva
(Universidade de Lisboa, professora colaboradora)
03. Celso Luiz Braga de Castro
04. Dirley da Cunha Júnior
05. Edilton Meireles
06. Edvaldo Pereira de Brito
07. Fredie Didier Jr.
08. Heron José de Santana
09. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
10. Manoel Jorge e Silva Neto
11. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
12. Marília Muricy Machado Pinto
13. Mário Figueiredo Barbosa
14. Mônica Neves Aguiar da Silva
15. Nelson Cerqueira
16. Paulo César Santos Bezerra
17. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
18. Ricardo Maurício Freire Soares
19. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
20. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
21. Saulo José Casali Bahia
22. Sebastian Borges de Albuquerque Mello
23. Selma Pereira de Santana
24. Washington Luiz Trindade
25. Wilson Alves de Souza

ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – 2010.2

01. Abelardo Sampaio Lopes Neto
02. Adriana Araujo Ramos
03. Adriana Maria Aureliano da Silva
04. Ailton Schramm de Rocha
05. Alessandra Matos Portella
06. Alexandre Montanha de Castro Setubal
07. Alina Mourato Eleotério
08. André Krull Arnaldo da Silva
09. Andréa Carvalho de Brito
10. Ariele Chagas Cruz Mattiello
11. Augusto Santos Mascarenhas
12. Bruno Nova Silva
13. Carlos Raul Brandão Tavares
14. Carlos Romeu Salles Correa
15. Charles Silva Barbosa
16. Ciro de Lopes E Barbuda
17. Cláudio Dias Lima Filho
18. Cynthia de Araújo Lima Lopes
19. Daniel Azevedo Lobo
20. Daniel Oitaven Pamponet Miguel
21. Daniela Carvalho Portugal
22. Daniela Pinto de Carvalho
23. Daniela Santos Bomfim
24. Danielli Faria Rabelo Leitão
25. Danilo Gonçalves Gaspar
26. Davi Castro Silva
27. Dejair dos Anjos Santana Júnior
28. Dilson Cavalcanti Batista Neto
29. Edson Sacramento Tiny Das Neves
30. Eduardo Cabral Moares Monteiro
31. Emanuel Lins Freire Vasconcellos
32. Fabiano Cavalcante Pimentel
33. Felipe Silva Noya
34. Felipe Ventin da Silva
35. Geovane de Mori Peixoto
36. Gilson Alves de Santana Jr.
37. Guilherme Guimarães Ludwig
38. Guilherme Levien Grillo
39. Henrique Luiz Lopes Quintanilha
40. Hugo Leonardo Cunha Roxo

41. Icaro de Souza Duarte
42. Ilana Martins Luz
43. Indaia Lima Mota
44. Ivan Mascarenhas Kertzman
45. Ivana de Oliveira Fraga
46. Jaylla Maruza R. de Souza e Silva
47. José Andrade Soares Neto
48. Jose Antonio Ferreira Garrido
49. Jose Ferreira Coelho Neto
50. Juliana Campos de Oliveira
51. Karin Almeida Weh de Medeiros
52. Laura Scalldaferrri Pessoa
53. Leonardo Dias da Silva Telles
54. Leonardo Sergio Pontes Gaudenzi
55. Leonardo Vinícius Santos de Souza
56. Liana Brandão de Oliva
57. Lilia Mesquita Teixeira Alves
58. Lizianni de Cerqueira Monteiro
59. Lorena Miranda Santos Barreiros
60. Lorena Moura Boente
61. Lucas Andrade Pereira de Oliveira
62. Lucas da Silva Santana
63. Lucas Hayne Dantas Barreto
64. Lucas Marques Luz da Ressureição
65. Lucas Nascimento Santos
66. Luciano de Oliveira Souza Tourinho
67. Luciano Roberto Bandeira Santos
68. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Junior
69. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
70. Marcelo Pinto da Silva
71. Marcelo Timbó Nilo
72. Marcos Sampaio de Souza
73. Maria Soledade Soares Cruzes
74. Marta Freire Mehmeri
75. Martha Carvalho Dias de Figueiredo
76. Miriam Coutinho de Faria Alves
77. Misael Neto Bispo da França
78. Naira Blanco Machado
79. Nirlana Fernandes Teixeira
80. Osvaldo Almeida Neto
81. Paulo Roberto Sampaio Santiago
82. Pedro Augusto Lopes Sabino
83. Pedro Camilo de Figueiredo Neto
84. Priscila Lima de Menezes
85. Raquel Tiago Bezerra

86. Rebeca Cerqueira Rocha
87. Reinaldo Santos de Moraes
88. Renata de Moura Miranda
89. Renata Oliveira da Rocha
90. Renato de Magalhães Dantas Neto
91. Renato Geraldo E. Salles Júnior
92. Renato M. Bonelli Borges Teixeira
93. Roberto José Caldas Freire Júnior
94. Roberto Mizuki Dias dos Santos
95. Rodrigo Andrade Almeida
96. Rodrigo Britto Pereira Lima
97. Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda
98. Tadeu Vilas Boas Magalhães
99. Taís Carvalho Silva
100. Talita Macedo Romeu
101. Társis Silva de Cerqueira
102. Tássio David de Araujo Campos
103. Tatiane Ribas Pinto
104. Thais Marques de Mendonça
105. Thaize de Carvalho Correia
106. Thiago Anton Alban
107. Thiago Pires Oliveira
108. Tiago Bockie de Almeida
109. Tiago Leal Ayres
110. Tiago Silva de Freitas
111. Ubaldino Marques da Silva Júnior
112. Zilan da Costa e Silva Moura

ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2010.2

01. Antonio Adonias Aguiar Bastos
02. Fabio Periandro de Almeida Hirsch
03. Jackson Chaves de Azevedo
04. João Glicério de Oliveira Filho
05. Karyna Batista Sposato
06. Leonardo Touchetto Pauperio
07. Maria da Graça Bellino de A. de Antunes Varela
08. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
09. Patricia da Costa Santana
10. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
11. Rafael Marcílio Xerez
12. Soraya Santos Lopes
13. Tarsis Barreto Oliveira

Sumário

Nota do editor	7
-----------------------------	---

Fredie Didier Jr.

Sobre a homenageada	9
----------------------------------	---

Maria Auxiliadora Minahim

Artigos de membros do Programa

MESTRADO

I O exercício da exceção de contrato não cumprido e a prescrição	15
---	----

Rafael Oliveira

DOUTORADO

II Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas	27
--	----

Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Varela

Artigos de convidados

NACIONAIS

III Laicidade e Ensino Religioso nas Escolas Públicas: o caso do Rio de Janeiro	69
--	----

Debora Diniz

IV O Case Management inglês: um sistema maduro?	83
--	----

Diogo Assumpção Rezende de Almeida

V “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”	131
---	-----

Humberto Ávila

VI O regime processual das causas repetitivas	151
--	-----

Leonardo José Carneiro da Cunha

VII A boa-fé objetiva, a equidade e o abuso de poder privado nas relações contratuais	187
--	-----

Paula Sarno Braga

INTERNACIONAIS

VIII Blame it on the states: A comparative analysis of the American and the European State Action Doctrines	213
--	-----

Eduardo Ferreira Jordão

IX Derecho de Superficie, ¿Ius in re aliena? Negocio superficiario publico – negocio superficiario privado en el derecho romano clásico.....	251
<i>Guillermo Suárez Blázquez</i>	

Texto clásico

X Institutos do direito comum no processo civil brasileiro.....	279
<i>Enrico Tullio Liebman</i>	
Dissertações defendidas (1980-2010.2).....	307
Teses de doutorado defendidas	323
Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.....	325

Nota do editor

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto III da Universidade Federal da Bahia.

O n. 21 da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (julho-dezembro de 2010) prossegue a nova fase na trajetória deste periódico, agora já “Qualis B5”.

Todos os ensaios deste volume passaram por uma dupla avaliação cega, conforme recomenda a CAPES. Além disso, os artigos versam sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa.

Optei pela publicação de um texto clássico, escrito por Enrico Tullio Liebman e traduzido pelo jovem acadêmico gaúcho Otávio Domit, a respeito da influência do direito comum no processo civil brasileiro.

Gostaria de agradecer aos avaliadores *ad hoc* que me ajudaram na edição deste volume: Robson Godinho (RJ), Daniel Mitidiero (RS), José Maria Tesheiner (RS), Marcos Ehrardt Jr. (AL), Elton Venturi (PR), Antônio do Passo Cabral (RJ), Lúcio Delfino (MG), Humberto Dalla (RJ), Rodrigo Mazzei (ES), Leonardo José Carneiro da Cunha (PE) e Mantovanni Colares (CE).

Um agradecimento especial também a Maitê Coelho e Carlos Batalha, que há anos ajudam a Revista do PPGD-UFBA.

Salvador, em janeiro de 2011.



Sobre a homenageada

Maria Auxiliadora Minahim

Professora da Universidade Federal da Bahia.

Homenageia-se, com a Revista n. 21, a Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, cuja trajetória na Academia, e fora dela, tem-lhe rendido o respeito e a admiração de muitos.

A homenageada, todavia é cuidadosa na exibição de seus predicados, quase como se se protegesse deles. De logo se percebe uma pessoa firme, segura e altaneira, uma professora comprometida, uma magistrada justa e respeitada. Os leitores vêem uma escritora instigante, séria, os colegas, uma pessoa amiga e sólida e seus amores, uma amante dedicada, inarredável.

Ocorre, porém que descrições, sob risco de perderem a essência do ser referido, devem apoiar-se em imagens e símbolos, já que não dispõem, como se propunha o cubismo, de recurso visual para a apreensão da terceira dimensão humana. Por isso, recorre-se nessa tentativa de apresentação da homenageada, a uma representação, a dos grandes navegadores, na medida em estes, como ela, simbolizam a vontade obstinada de vencer os caminhos e os imprevistos, tornando visível o desconhecido.

Ser navegador não se confunde com ser viajante, porque este já dispõe dos caminhos enquanto aquele só tem a meta. O navegador, como disse Fernando Pessoa, reconhece que o esforço é grande e o homem pequeno, mas que é necessário superar este padrão e ir para adiante, navegar. Quem navega conduz a embarcação em segurança, entre pontos determinados, mas tem que vencer ventos e tempestades, como se venciam as superstições medievais que povoavam os oceanos de monstros e abismos. Quem navega não pode, tão pouco, sucumbir ao “Mar Tenebroso”, como se refere Camões à região do cabo da Boa Esperança, e tem o dever de encontrar a coragem necessária para enfrentar tormentas, brumas, temporais e gigantes da terra. Para os navegadores, na verdade, era superar ou perecer, mas navegando sempre porque é contra seus próprios medos que eles triunfam.

Mônica é navegadora sempre em travessias. Nascida em Salvador, perdeu sua mãe em 1979, ano de sua formatura. Mas seguiu adiante, mesmo com a dor da perda sofrida para alcançar sua meta, com o apoio do pai, Francisco Aguiar da Silva.

Como ela mesma disse, certa vez em entrevista, procurou deste então, formar uma imagem-atributo que a identificasse como profissional séria e honrada e este

era o farol que lhe indicava a direção. Desde os tempos de estudante na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia tinha um percurso traçado e reunia os meios para percorrê-lo com objetividade. Assim, cruzou a Ordem dos Advogados da Bahia e a Secretaria de Trabalho e Bem Estar Social nos estágios que realizou nestes órgãos.

Como Promotora de Justiça, Mônica navegou por este sertão - que nunca virou mar – servindo em inúmeras comarcas. Nenhuma delas era o destino final, mas em cada uma, assim como os fenícios fizeram quando ordenados pelo faraó Neco II para descobrir a ligação entre os mares Mediterrâneo e Vermelho, ancorou, semeou a terra e partiu. Casa Nova, Brotas da Macaúba, Campo Formoso, Amargosa, Feira de Santana, Simões Filho, foram seus portos, transitórios, todavia, porque como todo navegante, teve que seguir a rota traçada para alcançar os mares desejados. Mas quem navega, como disse o poeta português Paulo Cunha Porto, tem um percurso atrás de si, de forma que a experiência da arte de marear não lhe permitirá perder suas referências.

Seguia para a Magistratura Federal, mas em 1990 aportou no Ministério do Trabalho quando foi aprovada no Concurso para o cargo de Procuradora. Não assumiu a função porque, assim como Cabral visava as Índias, e a chegada ao Brasil não constituía sua intenção manifesta, a homenageada já tinha estabelecido seu destino. Isso não a impedia de navegar, “por este mar de longo”, como escreveu Pêro Vaz de Caminha, quando a armada deixou a praia do Restelo em Lisboa, próxima da Ermida de Nossa Senhora de Belém. Mas, assim como nosso descobridor, cuidava para ter os meios de navegação e *a rota a seguir cuidadosamente assentes*, com estas incursões solidificava sua formação jurídica e a experiência para julgar. Tornava-se, tal como a esquadra portuguesa, poderosa em armas.

Os obstáculos, todavia também se sucediam. Na verdade, não haveria maior heroicidade na viagem de Ulisses ou nas de Vasco da Gama, se Homero e Camões não as preenchessem de ameaças e riscos, dificultando a concretização dos objetivos planejados pelos heróis.

São conhecidos os perigos que se interpõem nas trajetórias de Ulisses e de Vasco da Gama, transformando as expedições em verdadeiras histórias de sucumbência e de superação às provações que lhe eram interpostas. Por vezes, esses obstáculos assumem a forma de monstros destruidores, na medida em que representam a própria negação das necessidades e dos desejos humanos. Assim é que, nos *Lusíadas*, no momento mais temível da rota, surge o gigante Adamastor, encarnando todos os receios que o Tormentório representava para os portugueses, por causa de sua localização geográfica – extremo sul do continente africano – para onde confluíam ventos e correntes contrárias. Ao Gigante, através da sua terrífica caracterização, cumpre amedrontar os navegantes, detê-los, reduzindo-os à dimensão de seus medos.

Ulisses confronta com duas personagens monstruosas, Cila e Caribdes, a primeira possuindo seis cabeças, com longos pescoços, de goelas permanentemente insaciáveis, e a segunda, com uma enorme boca, sorvendo e tragando as ondas do mar, várias vezes, ao longo do dia. Perante estes seres, era impossível que os navegantes escapassem ilesos. O próprio Ulisses assistiu impotente ao massacre de alguns dos seus companheiros, abocanhados por Cila.

A superação desses obstáculos pelos dois personagens confere-lhes uma notabilidade que, dificilmente, é concedida na vida real, aos que desempenham os dramas cotidianos. Homero e Camões após lhes concederem, em suas respectivas obras, a imortalidade por seus feitos, devolvem-nos, a uma dimensão mortal. O trânsito da condição de herói para a de homens cansados, perdidos, enganados, navegando pelos mares das tormentas, representa, sem dúvida, uma analogia com a peregrinação humana.

Na rota para a magistratura Federal, Mônica também teve que se bater com obstáculos interpostos pela vida. Aprovada perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mesmo depois de nomeada, renunciou ao cargo para não viver distante da família. Nesta época, Marcelo, o filho dos seus sonhos, já ocupava um espaço central em sua vida, impondo que aportasse em Salvador para cuidar e amar.

Separar-se da família, estaria mais próximo do exílio do que da vitória. Assim como Ulisses, que a princípio, não pretendia afastar-se da família, mas é obrigado a partir com os seus companheiros, rumo a Tróia, na aprovação do Concurso do 1º TRF, a homenageada rumo para Belo Horizonte onde vive por sete meses. Atualmente, serve na Seção Judiciária da Bahia, o que poderia representar o fim de sua epopéia pessoal, porém, por pouco tempo, ficou ancorada, sendo convocada para missão do CNJ em São Paulo.

Do quanto me autoriza a relação de amizade estabelecida, tenho certeza de novas travessias mas, também, de um retorno à pátria, sempre exitoso como o foi o de Ulisses e o Vasco da Gama.

À função de comandante de navegação, uniu também a de escritã, deixando diversos registros de seus interesses: Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade em Colisão com Outros Direitos, livro que resultou de sua dissertação de mestrado, foi publicado pela Renovar no ano de 2007. Neste trabalho, a autora refere a estes como sendo expressão de direitos e garantias fundamentais e propõe o uso do princípio da proporcionalidade - atualmente tão evidenciado - como recurso para solucionar conflitos entre caso de choque entre os mesmos direitos.

As questões postas pela bioética levaram-na, posteriormente, para outras navegações em eventos e congressos nacionais e internacionais sobre o tema. Velas abertas, remos na mão, ou a bordo de naves espaciais, tenta chegar até Peter

Singer, Tristram Engelhardt, Maria do Céu Patrão Neves e outros doutrinadores da área. Recife, São Paulo, Porto, Brasília, Alemanha, Dubai foram pontos de parada para estudos. Em sua rota, vários seguidores que integram grupo de pesquisa no CNPQ, Aspectos Jurídicos da Bioética, agregando inúmeros alunos dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFBA e merecedor de respeito nacional.

São tempos de biotecnologia, fertilização assistida, células-tronco e clonagem. Há que se voar, então, para o futuro.

Da mesma forma que o capitão Kirk, Mônica vem comandando as jornadas de reflexão sobre os usos da biotecnologia com uma independência que conquista a lealdade e o respeito dos colegas. Como Spock, reúne a irretocável lógica vulcaniana e também intensos sentimentos humanos. Tal qual Janeway, a primeira comandante mulher de uma nave espacial, aporta em planetas desconhecidos com um profundo respeito pelo ambiente e as formas de vida nele encontradas.

Muitos episódios do seriado *Jornada nas Estrelas* reproduzem, na *Entreprise*, as dúvidas e inquietações da raça humana com relação ao futuro permitido pela tecnologia. Pode-se considerar que a grande marca da série é também um traço da homenageada: o respeito pelas diferenças e o compromisso com a aceitação da diversidade que caracteriza a existência. Em *Princípio da Dignidade Humana: A Desigualdade em Razão da Orientação Sexual*, capítulo publicado no livro *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, pela Fabris, no ano de 2008, a tese de autora é exatamente o direito à diferença que deve ser entendido como sub-princípio do princípio da dignidade humana e que, “deve ser assegurado judicialmente para que se possam cumprir os fundamentos do Estado Democrático de Direito”.

Deve-se registrar sua tese de doutorado, defendida na PUC de São Paulo e aprovada com nota 10 por unanimidade, na qual defende um tratamento parental igualitário para as crianças geradas pelas técnicas de fertilização assistida, homenageando os laços sócio-afetivos entre aqueles que têm projeto de paternidade e a criança, em detrimento da verdade real. Na mesma obra, procura destruir a figura virtual do pré-embrião criada apenas para animar e pacificar a instrumentalização do homem, defendendo a criação de estatuto voltado para sua proteção.

São muitos os trabalhos já registrados no currículo Lattes, aos quais, com certeza, a alma de navegadora de Mônica somará outros tantos.

Merece ainda referência sua vida como Professora da Universidade Federal e hoje como Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito pautadas pela seriedade, respeito e admiração de colegas e alunos. Todo isto lhe faz navegadora, comandante de uma trajetória cujo destino é o lugar de origem porque afinal, viver é peregrinar com propósitos. Os seus são de plena realização humana. Por isto, o respeito e homenagens devidas.

Artigos de membros do Programa

MESTRADO

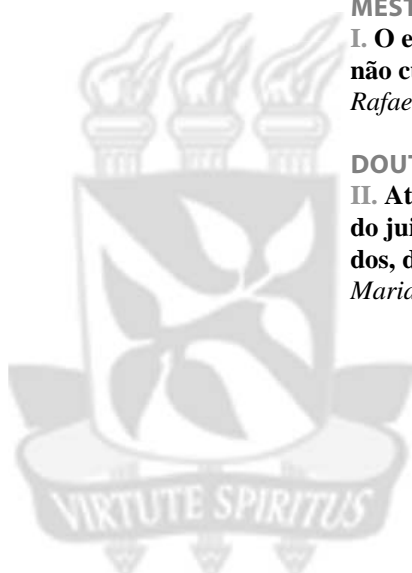
I. O exercício da exceção de contrato não cumprido e a prescrição

Rafael Oliveira

DOUTORADO

II. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas

Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Varela





I

O exercício da exceção de contrato não cumprido e a prescrição

Rafael Oliveira

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor da Faculdade Baiana de Direito e da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Curso JusPodivm. Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

Resumo: Este ensaio tem por objetivo definir a *exceptio non adimpleti contractus* e investigar se é possível falar em prescrição do exercício dessa exceção.

Palavras-chave: exceção de contrato não cumprido; prescrição.

Abstract: This essay aims to define the *exceptio non adimpleti contractus* and investigate if it's possible to talk about prescription of its exercise.

Keywords: exception of not fulfilled contract; prescription.

Sumário: 1 A exceção de contrato não cumprido. 2. Exercício da exceção de contrato não cumprido e prescrição. 3. Conclusão.

1. A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção de contrato não cumprido, ou simplesmente exceção de inadimplemento, é uma exceção substancial dilatória¹ por meio da qual o sujeito

1. Cf. CASSIN, René. *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques: exception non adimpleti contractus et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la resolution*. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 428 e seguintes; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXVI, p. 92; BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milão: Società Editrice Libreria, 1936, p. 140; ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 151 e seguintes; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 192. Entendendo tratar-se de meio de defesa processual, em que “não se debate o mérito do direito argüido”, ver: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 75.

contra quem se pede, seja judicial ou extrajudicialmente, o adimplemento de uma prestação fundada em vínculo sinalagmático, pode, legitimamente, recusar-se a cumpri-la, neutralizando, temporariamente, a eficácia da pretensão deduzida pelo outro sujeito, enquanto não lhe for satisfeita, ou pelo menos oferecida, a contraprestação devida.

Trata-se de argumento de defesa de que pode se valer o devedor com vistas à legitimação do seu estado de inadimplência e consequente suspensão da exigibilidade da prestação por ele devida².

Como enfatiza José João Abrantes, “o autor da acção tem direito à prestação, sendo esse um direito incondicionado, que não vê a sua existência condicionada à execução da obrigação assumida pelo seu titular”³. Ou seja, ao exercer a exceção de contrato não cumprido, o excipiente *não nega* o direito afirmado pelo autor: “o seu efeito é tornar ineficaz a pretensão deste outro contraente – *pretensão que vale por si só*”⁴.

Daí se percebe que a exceção de contrato não cumprido é um *contradireito*: é uma situação jurídica ativa que pode ser oposta, como reacção, a uma outra situação jurídica ativa, sem negá-la⁵.

Os contradireitos podem ser *extintivos* ou *neutralizantes*⁶: são *extintivos* se a situação jurídica ativa contraposta pelo demandado tem por objetivo extinguir o direito afirmado pelo demandante – como se dá, por exemplo, com a compensação (art. 368, CC⁷); são *neutralizantes* se não têm por objetivo extinguir o direito

2. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXVI, op. cit., p. 90.

3. ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, op. cit., 149.

4. *Ibidem*, loc. cit.

5. Entendendo tratar-se de um *contradireito*, ver: ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Revisão de Henrich Lehmann. Tradução e adaptação da 35 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950, v. I, p. 168. Em sentido contrário, reputando contraditório afirmar que o demandado dispõe de situação jurídica ativa contra o demandante, ver: PUGLIATTI, Salvatore. *Eccezione (teoria generale)*. *Enciclopedia del diritto*. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV, item 14. O autor italiano afirma que “la facoltà di sospendere l'adempimento della propria obbligazione, attiene alle contingenze del vincolo obbligatori o, alla influenza che esse possono esercitare sulla esecutività della prestazione: così come l'impossibilità sopravvenuta può estinguere l'obbligazione, altre circostanze possono temporaneamente sospendere l'esecutività”. Ou seja, na sua opinião, a faculdade de suspender o adimplemento da própria obrigação atende às circunstâncias do vínculo obrigatório ou à influência que esse vínculo pode exercer sobre a executividade da prestação. Para ele, assim como a impossibilidade superveniente pode extinguir a obrigação, outra circunstância pode temporariamente suspender a executividade.

6. A sistematização e a terminologia foram propostas por Fredie Didier Jr., em conversas particulares que travamos no decorrer desta pesquisa.

7. Art. 368. “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

afirmado pelo demandante, mas apenas *neutralizá-lo*, suspendendo os seus efeitos, seja provisória, seja definitivamente. Exemplo de contradireito neutralizante é a prescrição, que, uma vez acolhida, não gera a extinção do direito do autor, atingindo-lhe apenas a eficácia. Outro exemplo é o direito de retenção, por meio do qual não se pretende fulminar o direito do demandante de obter para si o bem que está em mãos do demandado, mas apenas sobrestar o seu exercício até que sejam indenizadas as benfeitorias implementadas.

Justamente porque o objetivo do exercício da exceção de contrato não cumprido não é extinguir o direito em que se funda a demanda da contraparte, mas apenas suspender temporariamente os seus efeitos, ela é um *contradireito neutralizante*.

Esse contradireito, que é a exceção, nasce a partir do momento em que, no contexto de uma relação jurídica sinalagmática, um sujeito deixa de cumprir a obrigação que lhe é atribuída e, nada obstante isso, demanda⁸ o cumprimento da obrigação atribuída ao outro sujeito. Surge, então, para esse outro sujeito, com quem o primeiro mantém o vínculo sinalagmático, o direito de recusar o cumprimento da própria obrigação. “Subjetivamente, êle diz: ‘*poderei* deixar de adimplir porque o outro não adimpliu’”⁹. Justamente porque passa a ter o direito de, se e quando for demandado, recusar o cumprimento, o devedor, que é titular da exceção, pode, vencida a obrigação e tornando-se exigível o seu objeto (a prestação), deixar de cumpri-la desde já.

A partir de então, se o devedor, titular do contradireito de *recusa do cumprimento* (exceção), for demandado, judicial ou extrajudicialmente, para adimplir a sua obrigação, poderá então exercer, concretamente, a sua exceção. Se a demanda por cumprimento for judicial, o exercício e acolhimento da exceção têm o condão de fazer com que o inadimplemento (recusa de cumprimento) do excipiente esteja, então, justificado e legitimado, de modo que poderá ele manter-se nesse estado até que o outro sujeito cumpra ou ofereça a sua própria prestação. Não a exercendo – o que é perfeitamente possível, já que a exceção se insere na esfera de disponibilidade do devedor –, o seu inadimplemento deixa de ser legítimo e o sujeito pode ser compelido a cumprir aquilo a que se obrigara, independentemente do cumprimento ou oferecimento da prestação atribuída à contraparte.

8. Os termos *demandar* e *demandar* serão utilizados, ao longo do texto, num sentido comum, querendo significar o ato de *reclamar*, *exigir* ou *requerer* algo. Não necessariamente serão utilizados num sentido técnico, de ação processual concretamente exercida. Isso porque as exceções de inadimplemento tanto podem ser exercidas no contexto de uma demanda judicial, como no contexto de uma demanda extrajudicial.

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXVI, op. cit., p. 102.

Tudo o que até aqui se disse é muito importante para que possamos precisar o que é e o que não é exceção de inadimplemento.

Por vezes, confunde-se o argumento “não cumpri porque você não cumpriu”, que integra o substrato fático cuja ocorrência faz nascer a exceção, com a exceção de inadimplemento em si – que é, como se vem dizendo, uma situação jurídica ativa (contradireito) prevista pelo ordenamento quando se consolida um determinado suporte fático.

Mas é necessário discernir as coisas.

Uma coisa é afirmar “não cumpri porque você não cumpriu”; outra é afirmar isso dentro de um determinado contexto fático e pleitear o reconhecimento de um contradireito, que é a exceção, de suspender o cumprimento da própria prestação, enquanto a contraprestação não for cumprida.

Afirmar “não cumpri porque você não cumpriu” não é, ainda, exercer a exceção de inadimplemento; trata-se, até então, de mera *justificativa* do descumprimento. Para que se tenha a exceção de inadimplemento é necessário ir além. O “não cumpri porque você não cumpriu”, além de servir como justificativa do descumprimento, serve também como *fundamento* para que se possa exercer o contradireito de recusa temporária do cumprimento da própria prestação. Somente então haverá, efetivamente, exercício da exceção de contrato não cumprido: quando o “não cumpri porque você não cumpriu” se fizer acompanhar de um “só cumpro a minha prestação se você cumprir a sua”.

Isso é exercer a exceção de contrato não cumprido.

Como se percebe, ao exercer a exceção, o excipiente faz mais do que simplesmente justificar o seu próprio inadimplemento. Ele afirma também o inadimplemento do outro, da contraparte, o que significa dizer que ele, excipiente, se diz titular de um direito de crédito em face do demandante/excepto. Assim, sem negar o direito do outro sujeito, visa a impedir, ao menos temporariamente, que esse outro sujeito veja satisfeito o seu direito sem ter prestado ou oferecido o que deve.

A fórmula de que se utiliza o excipiente – “não cumpri, nem devo cumprir agora, porque você não cumpriu”, seguida do “só cumpro se você cumprir” – revela, então, um outro campo de atuação da *exceptio*: sem deixar de ser, por excelência, um argumento de defesa, ela propicia ao demandado/excipiente uma ferramenta de coerção indireta, na medida em que, exercida e acolhida, suspende a exigibilidade da prestação devida pelo excipiente até que o demandante/excepto cumpra, ele próprio, a sua prestação.

Com isso, ela termina por funcionar, numa comparação feita por René Cassin, como uma espécie de multa coercitiva¹⁰, na medida em que, por meio de coerção psicológica, força o excepto ao cumprimento da sua obrigação¹¹. Desse modo, só poderá ter acesso ao bem da vida que almeja – satisfação do direito de que é titular em face do excipiente – se, em contrapartida, satisfizer o direito do próprio excipiente.

Analisada a exceção de inadimplemento sob essa perspectiva – de instrumento de coerção indireta –, vê-se que ela pode ser útil para que o demandado/excipiente tenha acesso ao direito de crédito em que se assenta o seu direito de recusa. A questão que surge, no entanto, é: e se a pretensão relativa a esse direito de crédito já estiver prescrita?

É o que abordaremos no próximo item.

2. EXERCÍCIO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO E PRESCRIÇÃO

Uma vez oposta a exceção, o demandante/excepto pode impugná-la ao argumento de que a pretensão relativa ao direito de crédito em que se funda a exceção está prescrita? Em outras palavras, se o excipiente disser “não cumpri porque você não cumpriu; só cumpro se você cumprir”, pode o excepto, por sua vez, redarguir “você já não me pode exigir, por demanda direta, o cumprimento da prestação, de modo que também não o pode por exceção”?

10. Naturalmente que a comparação deve ser vista em termos: a multa coercitiva e a *exceptio* são institutos jurídicos totalmente diferentes; nem convém, neste momento, traçar-lhes um paralelo. A aproximação restringe-se a um ponto, apenas: ambos terminam por, cada um a seu modo, *induzir psicologicamente* ao cumprimento de uma prestação. E só.

11. Nesse sentido, René Cassin afirma que a exceção de contrato não cumprido “est également un moyen de peser sur la volonté du demandeur, de l'obliger à exécuter ce qu'il a promis, mais elle n'agit pas par voie de contrainte matérielle et directe sur la personne du demandeur. [...] *L'exc. non adimpleti contractus* apparaît comme un moyen de contrainte très voisin de l'astreinte, car elle oblige le débiteur d'un service ou d'une abstention à se conformer à son engagement, poussé par la crainte de ne point obtenir la rémunération promise ou la restitution du bien que détient l'excipiens [...]” (CASSIN, René. *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques: exception non adimpleti contractus et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 406-407). Numa tradução livre: a exceção é também um meio de influenciar a vontade do requerente, obrigando-lhe a executar o que prometeu, mas sem atuar por meio de coerção direta sobre a sua pessoa. [...] Ela aparece como um meio coercitivo muito próximo das *astreintes*, porque obriga o devedor de um fazer ou de um não fazer a cumprir a sua prestação por receio de não obter a remuneração prometida ou a restituição do bem que está na posse do excipiente.

A questão relativa à prescritibilidade das exceções é e sempre foi polêmica¹².

Tratando dessa situação, Pontes de Miranda escreveu que “a prescrição da pretensão do demandado contra o demandante não obsta a que nasça e persista a exceção *non adimpleti contractus*”¹³. Assim o disse por entender que a exceção é elemento do conteúdo do crédito, restringindo o direito do demandante¹⁴. Em outro volume da sua obra, ele foi enfático: “a *exceptio non adimpleti contractus* não se extingue com a prescrição da pretensão”¹⁵.

René Cassin confessa ser partidário da regra *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt in excipiendum* – “o que é temporário, em se tratando de ações, é perpétuo no tocante às exceções”¹⁶. Em sua opinião, os interesses essenciais do excipiente não são afetados, uma vez que será possível, ao menos em linha de princípio, invocar a regra *quae temporalia*, que continua em vigor, após a prescrição da sua pretensão¹⁷.

Serpa Lopes, referindo-se à doutrina estrangeira, noticia que, em sua grande maioria, os juristas opinam pela aplicação da regra *quae temporalia*, admitindo a oposição da exceção ainda que prescrita a pretensão relativa ao direito de crédito subjacente¹⁸. Mas o autor, pessoalmente, entende que, “prescrito o débito da outra parte contratante, não lhe cabe mais, quando acionado pelo seu credor, opor a este a *exceptio non adimpleti contractus*”¹⁹. Por conta disso, cuida da prescrição no contexto dos modos terminativos da exceção²⁰.

O Código Civil brasileiro vigente inovou no particular. Visando aplacar as dúvidas que acozavam o espírito da doutrina nacional acerca da prescritibilidade

12. Conferir, com amplas considerações históricas: BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milão: Società Editrice Libreria, 1936, capítulo nono, p. 240 e seguintes. Ver também: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, op. cit., p. 340 e seguintes.

13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXVI, op. cit., p. 95.

14. Esse é, segundo Renzo Bolaffi, o argumento utilizado pela doutrina alemã que sustenta a imprescritibilidade da exceção de contrato não cumprido (Cf. BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, op. cit., p. 278). O autor italiano objeta, no entanto, que a *exceptio non adimpleti contractus* não é uma limitação intrínseca ao direito do credor, mas um poder jurídico que se atribui ao devedor de *impor* essa limitação, razão por que, diz ele, “non si esclude che questo potere giuridico sia soggetto alla prescrizione” (Ibidem, p. 279).

15. Idem. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 24.

16. Conforme tradução de CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: RT, 2008, p. 39-40.

17. No original: “les intérêts essentiels de l’excipiens ne sont nullement lésés puisqu’il lui sera possible, du moins en principe, d’invoquer la règle: *quae temporalia*, s’il est poursuivi en exécution après la prescription de son action” (CASSIN, René. *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques*, op. cit., p. 640; ver também p. 714 e seguintes).

18. Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, op. cit., p. 352.

19. Ibidem, p. 354.

20. Ibidem, p. 335 e seguintes.

ou imprescritibilidade da exceção, o art. 190 traz regra que lança uma luz sobre o problema. Diz ele que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”. Trata-se de dispositivo que não existia no Código Civil de 1916.

De acordo com Moreira Alves, que transcreve a justificativa contida no relatório da Comissão Revisora da Câmara dos Deputados, o que se quis com a sua inclusão foi evitar que, prescrita a ação, o direito com pretensão prescrita pudesse ser utilizado de modo perpétuo por meio de exceção. O exemplo invocado foi o da compensação: trata-se de contradireito que somente pode fundar-se em crédito ainda não prescrito²¹.

A doutrina cuidou de assentar que o aludido prazo prescricional somente se aplica às *exceções dependentes*; as *exceções independentes* não se sujeitam a prescrição alguma²². Eis a distinção, nas palavras de Pontes de Miranda:

Segundo a exceção vem contra o direito ou contra a pretensão, ou contra a ação, ou contra a exceção, em sua eficácia, a) baseada em direito que não é aquele em que ela se contém, ou b) só se apoia em si-mesma, no *ius exceptionis*, diz-se, respectivamente, não autônoma (dependente) ou autônoma (independente).²³

Em outras palavras, diz-se *dependente*, ou *não autônoma*,²⁴ a exceção que tem por fundamento um direito autônomo, o qual, por sua vez, é distinto dela mesma, exceção. A exceção de contrato não cumprido, por exemplo, é uma *exceção dependente*²⁵. Isso porque o direito de recusa em que ela consiste só tem existência na medida em que existe, como seu fundamento, um direito de crédito do excipiente em face do excepto. Também o é, pelo mesmo motivo, o direito de retenção: um sujeito pode negar a entrega de um determinado bem (direito de recusa), com fundamento no seu direito de crédito (por exemplo, indenização das benfeitorias que, de boa-fé, nele fizera).

21. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 152.

22. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. 2, p. 185. Compartilham esse pensamento, apesar de utilizarem nomes distintos para designar as exceções dependentes e as independentes: CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*, op. cit., p. 41; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I, p. 362. Mesmo à luz do Código Civil de 1916, que não continha regra expressa sobre o tema, Serpa Lopes já admitia a prescrição das exceções dependentes, ou não autônomas: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, op. cit., p. 348.

23. *Ibidem*, p. 12.

24. Andreas von Tuhr as chama de *exceções subordinadas* (VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1999, t. I, p. 20).

25. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 15.

Esse direito de crédito em que elas se assentam pode perfeitamente ser exercido por meio de demanda autônoma. Por exemplo: o sujeito que suscita a exceção de inadimplemento pode, perfeitamente, pleitear, por demanda autônoma, o cumprimento da obrigação que lhe é devida.

É importante, contudo, atentar para o seguinte: o contradireito em que consiste a exceção *não coincide* com o direito que lhe serve de fundamento e que pode ser exercitado por demanda autônoma.

O direito que lhe dá fundamento é a sua *causa*; a exceção, a *consequência jurídica*. Assim, por exemplo, *porque* Davi deixou de cumprir a própria prestação e, com isso, fez nascer para Bernardo um direito de crédito (*causa*), Bernardo pode, se demandado para cumprir a contraprestação, exercer a exceção/contradireito de recusá-la, enquanto não receber o que lhe é devido (*consequência*).

Nada impede que Bernardo formule demanda autônoma contra Davi buscando a certificação ou satisfação do direito de crédito que lhe serve de fundamento para a exceção. O *direito de recusa*, entretanto, somente poderá ser exercido por meio de exceção, até porque não se pode pensar em *recusa* sem uma prévia *demandada*.²⁶

A *exceção independente*, ou *autônoma*, por sua vez, é aquele contradireito que não se fundamenta em nenhum outro direito. A prescrição é um exemplo de exceção independente: o demandado tem o contradireito de obstar os efeitos da pretensão do demandante e essa situação jurídica ativa não tem por fundamento nenhum outro direito; baseia-se tão-somente na conjugação de certos pressupostos de fato – no caso específico, a inércia, durante certo lapso de tempo, do titular de um direito. Também o é o *beneficium excussionis personalis*, ou *benefício de ordem*, previsto no art. 596 do Código de Processo Civil e no art. 1.024 do Código Civil, segundo o qual “o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade” (art. 596, CPC).

Justamente porque são independentes, esses direitos de obstar a pretensão (prescrição) e de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade (benefício de ordem) somente podem ser exercidos como *reação* a uma determinada demanda. São, pois, situações jurídicas ativas que só podem ser exercidas como

26. Pontes de Miranda chega a dizer, em certo ponto da sua obra, “isso não quer dizer que não possa ser intentada ação declaratória positiva da relação jurídica do direito de exceção; ou a negativa” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. VI, op. cit., p. 23). Embora constitua uma situação jurídica ativa – o que, *em tese*, permitiria que sobre ela o sujeito titular pleiteasse, judicialmente, uma declaração positiva –, parece-nos que a exceção, ainda que seja ela dependente (tenha por fundamento um direito), somente pode ser exercitada como *reação* a uma demanda. O que se pode exercitar autonomamente é o direito que lhe dá fundamento, não o direito de recusa em que consiste a exceção.

contradireitos (exceções). É dizer: nada obstante *independentes* quanto à afirmação de outro direito, que lhes sirva de fundamento, elas são *dependentes* da pré-existência de uma demanda.

Ao afirmar que somente se pode falar em prescrição das exceções dependentes, os adeptos dessa doutrina partem do pressuposto de que o direito que serve de fundamento a tais exceções e que lhes dá existência pode ser exercido autonomamente. Em outras palavras, o seu titular não depende do ajuizamento de uma demanda para poder exercê-lo, como contradireito. Pode fazê-lo por meio de demanda autônoma. Isso, porém, não vale para as exceções independentes: considerando que elas somente se exercem se o outro sujeito formular a sua demanda, “o excipiente não poderia perder o direito à sua defesa antes de ter podido exercê-lo”²⁷.

Todas essas considerações seriam suficientes para fazer supor que, sendo a exceção de inadimplemento uma exceção dependente, e considerando que às exceções dependentes se aplica, a princípio, o quanto previsto no art. 190 do Código Civil brasileiro, a conclusão exata seria a de que o exercício da nossa *exceptio* está suscetível de ser obstado pela prescrição.

Mas não é bem assim.

Como já foi visto, uma coisa é o *direito de recusa* de uma prestação; outra coisa é o *direito de crédito* que lhe serve de fundamento. Ambas são situações jurídicas ativas que se conferem aos sujeitos de um vínculo sinalagmático, desde que satisfeitos seus respectivos pressupostos de fato. Nesse contexto, a prescrição atinge a pretensão relativa ao *direito de crédito* em que se funda o direito de recusa; não atinge, a princípio, o *direito de recusa*. Isso por dois motivos.

Primeiro, porque o direito de recusa depende, dentre outras coisas, de uma demanda para que possa existir. As exceções, mesmo as *dependentes*, são *exceções*, e não se podem exercer – falamos em exercício das *exceções*, não do direito em que se fundam – senão como *reação* a uma demanda. Por isso, ainda que o demandado tenha sido inerte quanto ao exercício do seu direito de crédito, isso não significa que também o seja quanto ao exercício da exceção, na medida em que “não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o *ius exceptionis*”²⁸.

Segundo, porque, a despeito de o objeto prestacional ter conteúdo negativo – direito de *não cumprir* uma obrigação –, a sua natureza jurídica, como contradireito

27. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. III, t. 2, op. cit., p. 185.

28. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. VI, op. cit., p. 24.

que é, é de direito potestativo, o qual não se submete a prazo prescricional, mas a prazo decadencial²⁹.

Há, porém, um outro lado, que precisa ser analisado.

Um dos pressupostos para que a exceção de contrato não cumprido exista é o de que haja inadimplemento, seja por parte do demandante, seja por parte do demandado³⁰. Para que se possa discutir sobre o adimplemento ou inadimplemento de uma obrigação, é necessário que essa obrigação já esteja vencida e, por conseguinte, seja exigível. Inadimplemento e exigibilidade do direito de prestação são coisas inconfundíveis. A exigibilidade é uma *situação jurídica*, o inadimplemento é um *fato*. Para que se diga *exigível*, o direito a uma prestação deve estar livre de qualquer condição ou termo que impeça a sua plena eficácia e, pois, o seu pleno exercício³¹. Inadimplemento é a inexecução, é o não pagamento, é o descumprimento de um dever jurídico.

Nada obstante se tratar de noções inconfundíveis, elas guardam, entre si, íntima relação, na medida em que o inadimplemento pressupõe a exigibilidade do crédito: somente quando o direito de prestação é exigível é que se pode falar em adimplemento ou inadimplemento. Desse modo, quando apontamos o *inadimplemento* como pressuposto da exceção de contrato não cumprido, deve-se subentender aí também, como pressuposto, a *exigibilidade* das obrigações³². Isso quer dizer que não há exceção se uma das obrigações for inexigível³³.

É exatamente aí que está a chave para resolvermos o problema.

A prescrição, como cediço, atinge a pretensão relativa a um determinado direito de prestação (art. 189, CC³⁴), encobrindo os seus efeitos. A pretensão, diz André

29. Segundo Agnelo Amorim Filho, “os direitos potestativos (que são, por definição, *direitos sem pretensão*, ou *direitos sem prestação*, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação) não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 86, v. 744, p. 736, out, 1997).

30. É o que Serpa Lopes chama de *dupla inadimplência* (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, op. cit., p. 282).

31. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 150.

32. Nesse sentido, María Cruz Moreno afirma que “el crédito del *excipiens* tiene que estar vencido, ser exigible” (MORENO, María Cruz. *La exceptio non adimpleti contractus*, op. cit., p. 58).

33. A menos que se trate de exceção de insegurança, que está prevista no art. 477 do Código Civil: “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”. Como se vê, ela não pressupõe o inadimplemento, mas apenas o *risco* de inadimplemento.

34. Art. 189. “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Fontes, “é o poder de exigir alguma prestação, [...] de exigir um comportamento”³⁵. Ou seja, “o conteúdo da pretensão é a própria exigibilidade”³⁶. A partir do momento em que ela extingue a pretensão vinculada a um direito, a prescrição lhe retira, ou neutraliza, a exigibilidade. A obrigação que lhe é correlata passa a ser, então, *inexigível*.

Considerando, pois, que o inadimplemento e, subentendido nele, a *exigibilidade* são pressupostos da exceção, necessário concluir, então, que, em casos tais, *não há exceção*.

Essa conclusão é importante. Não é verdade que *houve* exceção, mas ela se extinguiu, nem é verdade que *há* exceção, mas a arguição da prescrição a faz extinguir³⁷. A exceção nem sequer chega a nascer³⁸, a menos, é claro, que a prescrição ocorra no curto espaço de tempo que se coloca entre o conhecimento, pelo devedor, da demanda do credor e o exercício do contradireito, caso em que a exceção terá nascido, mas terá sido extinta pelo desaparecimento superveniente de um dos seus pressupostos.

3. CONCLUSÃO

Em suma, se a pretensão relativa ao direito de crédito que serve de fundamento ao excipiente já está prescrita, isso significa que *não há contradireito de recusa* e, por não havê-lo, a exceção, se exercida, deverá ser rejeitada.

Não é que há prescrição da exceção; ela, exceção, simplesmente não existe, porque um dos pressupostos de fato necessários para o surgimento desse contradireito – exigibilidade e consequente inadimplemento – não existe. Se o substrato fático não está completo, não se pode falar no surgimento da exceção, que é efeito jurídico.

Como se vê, o art. 190 do Código Civil brasileiro é irrelevante para a solução desse nosso caso específico. Tem ele o mérito de aplacar as dúvidas doutrinárias, viabilizando o consenso. Mas a conclusão acerca da inexistência da exceção – não da sua *prescrição*, como diz a lei – é solução a que se poderia chegar independentemente da existência do referido dispositivo legal.

35. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10-11.

36. *Ibidem*, p. 21.

37. Discordamos, pois, de Serpa Lopes: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, op. cit., p. 335 e seguintes.

38. Em sentido contrário, entendendo que a exceção nasce, a despeito da prescrição, e não se extingue por conta dela: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXVI, op. cit., p. 95.



II

Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas¹

Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Varela

Procuradora do Estado – janeiro de 1986 a maio de 1992. Juíza do Trabalho, titular da 28ª Vara do Trabalho de Salvador. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: Neste artigo, fruto da pesquisa realizada na matéria Teoria Geral do Processo, no Doutorado da Universidade Federal da Bahia, é feita uma abordagem a respeito do que pode ser entendido como ativismo judicial e sua relação com a existência ou não de discricionariedade na atuação do juiz no preenchimento dos termos indeterminados, na aplicação das cláusulas gerais e na solução de litígios não abrangidos por regra expressa no ordenamento jurídico, analisando os diversos entendimentos doutrinários em contraposição ao quanto defendido pela autora.

Palavras-chave: Ativismo judicial; separação dos poderes; discricionariedade judicial.

Termos indeterminados. Cláusulas gerais. Lacunas.

Abstract: In this paper is made an approach about what can be understood as judicial activism and its relationship with the existence or not of discretion in the performance of the judge in filling the indeterminate terms, in the application of general clauses and in the solution of litigations not covered by express rule in the legal system, analyzing the doctrinal understandings that are in contrast to what defended by the author.

Keywords: judicial activism; indeterminate terms; general clauses; discretion in the performance of the judge.

Sumário: 1. Ativismo judicial e o princípio da atuação harmônica dos poderes – 2. Termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Técnica legislativa – 3. O poder discricionário do juiz no preenchimento do sentido dos termos indeterminados e na aplicação das cláusulas gerais: 3.1 Não há exercício do poder discricionário e sim atividade interpretativa; 3.2 Atividade

1. Alguns esclarecimentos se impõem. Prefere-se o uso da expressão termos jurídicos indeterminados e não conceitos jurídicos indeterminados por se entender, tal como outros autores, a exemplo de Fredie Didier, que “conceito” se contrapõe a indeterminado por pressupor idéia definida. Se é indeterminado, não é preciso, nem tem a intenção de o ser.

discricionária e segurança jurídica; 3.3 Poder discricionário limitado aos casos difíceis; 3.4 Visão atual do poder discricionário: vinculação à finalidade do ato – 4 O poder discricionário do juiz no preenchimento da lacuna – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA ATUAÇÃO HARMÔNICA DOS PODERES

Ativismo judicial abrange alguns aspectos da atuação do juiz, caracterizando-se por revelar um afastamento da postura de neutralidade que tradicionalmente adotava ou lhe era cobrada. O que define efetivamente o que pode ser entendido como ativismo é a função do juiz no sentido de caber a ele o papel de também atuar e não de apenas assistir, o que implicava limitar-se a coordenar os atos das partes, sem ele próprio tomar a iniciativa do caminho que vislumbra ser o mais adequado ao alcance do fim do processo, que é o ato final – a decisão o mais justa possível, porque respaldada na verdade possível, naquela que mais se aproxima da verdade dos fatos, sem perder o foco do efeito da decisão na situação concreta e como precedente para situações similares. O juiz é um dos sujeitos do processo, sendo ele o sujeito obrigado na relação referente ao direito subjetivo público de ação, dever que somente é bem cumprido quando é proferida decisão nos parâmetros apontados. A consecução dessa finalidade depende do resultado de cada ato processual. O Estado é também interessado na pacificação, função que assumiu ao retirar de cada um o direito de auto-tutela dos seus interesses.

Esse ativismo em grande parte decorre da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais contemporâneos, inexistindo, portanto, razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa.²

Assim sendo, a iniciativa deixa de ser exclusiva das partes, passando a ser também do juiz, respeitados, logicamente, os parâmetros estabelecidos, incluindo os mecanismos de segurança jurídica, entre eles a preclusão, que também atinge a atuação do próprio magistrado. Ele não assume o papel de qualquer uma das partes e sim o seu próprio, na busca do que é imprescindível para alcançar o fim, a prestação jurisdicional adequada. Para tanto, cumpre o dever de colaboração com as partes, abrangendo o dever de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio. Ele

2. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Poderes do juízes e visão corporativa do processo*. IN: (<http://www.pge.rj.gov.br/Revista64/17-discricionariade%20%20Judicial%20uma%20analise%20critica.pdf>), acessado em 15.09.2010.

não tem que caminhar ao lado das partes, até porque estas, seguramente, não darão as mãos entre si, acantonadas como se encontram pelo confronto... Melhor será que siga, prudentemente, próximo dos oponentes de modo a que possa afastar os escolhos do percurso, ainda que semeados pelas próprias partes, não desistindo, criativamente, da procura da verdade judicial e mantendo o recuo ético bastante que salvguarde a sua autoridade de decisor último.³

Neste sentido, José Augusto Delgado, citando Carreira Alvim:

O ativismo judicial, de um lado, põe em realce a instrumentalidade do processo, possibilitando ao juiz chegar à verdade real em vez de contentar-se com verdade apenas formal, e, de outro, exorciza alguns mitos processuais como a neutralidade do juiz e o *quod non est in actis non est in mundo*. O ativismo judicial traduz também a posição do juiz no processo, tendente a suprir a desigualdade processual das partes, decorrente de omissões processuais de seus patronos, com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade material das armas.⁴

Há ativismo judicial não só na busca das provas, como também na visão de que o juiz participa, tem efetiva atuação no desenvolvimento da relação processual, ampliando-se a noção de contraditório.⁵ Há, ainda, ativismo judicial na função que o juiz exerce de complementação da atividade do legislador, omissa, propositadamente ou não, ou exercida com utilização das cláusulas gerais ou dos termos indeterminados.

Este aspecto da assunção da atividade legislativa ocorre na jurisdição constitucional, onde ele é revelado, principalmente, quando o Supremo Tribunal Federal enfrenta, de forma positiva, as situações de omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a exemplo da extensão da lei de greve aos servidores públicos celetistas e o acesso gratuito a creches escolares por crianças de até seis anos.

Elival da Silva Ramos, na obra “Ativismo Judicial” debruça-se sobre a questão do ativismo judicial no exercício da jurisdição constitucional, no âmbito do Direito Constitucional positivo, apresentando uma visão específica do que possa ser entendido como tal. Segundo o autor ele reflete uma disfunção da função jurisdicional, em detrimento, principalmente da função legislativa.⁶

Esclarece que

3. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, p. 79
4. DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial. O papel político do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (coords.). *Processo civil. Novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: DelRey, 2008, p.320
5. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61
6. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107

ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.⁷

Conforme aponta, “não se trata do exercício desabrido da legislação”, que pode até ser autorizado pelo texto constitucional, “e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.⁸

Define ativismo judicial como sendo

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe institucionalmente ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁹

Elival Ramos não vislumbra conflito de interesses ou direito subjetivo nas ações em que o cidadão busca fazer cumprir o que está assegurado no texto constitucional, atribuindo a ideia programática clássica aos dispositivos que estabelecem direitos a serem implementados gradativamente pelo legislador e pela administração pública. Tanto assim que considerou fruto desse ativismo a declaração do Supremo Tribunal Federal no sentido da eficácia plena e da aplicabilidade imediata da norma constitucional assecuratória do direito à educação infantil, em creche e pré-escola, entendendo que “não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não”.¹⁰

O óbice que coloca ao ativismo judicial como sendo uma atitude positiva, por refletir uma preocupação com a adoção das medidas constitucionalmente asseguradas, capazes de viabilizar a construção de um ser digno, é o princípio da separação dos poderes. Ora, este princípio, sem dúvida de atendimento necessário ao Estado Democrático de Direito, é instrumental e não um fim em si mesmo, não podendo ser obstáculo àquela finalidade maior. Hoje, não mais se fala em separação dos poderes e sim sua independência e harmonia.

O surgimento das constituições sociais, a função do Estado não mais restrita à defesa dos direitos individuais, mas ampliada para a promoção do bem-estar do

7. Id., *ibid.*, p. 116

8. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117

9. Id., *ibid.*, p. 308

10. Id., *ibid.*, p. 314

cidadão e o desenvolvimento da comunidade tornaram anacrônico esse sistema de absoluta independência no exercício das funções estatais, exigindo a colaboração entre os órgãos que as exercem, o controle mútuo e a co-responsabilidade política de todos no objetivo comum da realização da Constituição, em face da plena normatividade de seu texto.

Conforme esclarece José Afonso da Silva, atualmente, o princípio da separação dos poderes não apresenta mais “aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e entre esses e o judiciário”¹¹.

Também assim ressalta Fábio Corrêa Souza de Oliveira para quem “antes de se cogitar de uma estanque separação ou divisão é preferível vislumbrar uma certa combinação ou coordenação entre as funções estatais”¹².

Eduardo Guastini, citado por Oswaldo Palu, traz uma distinção entre o modelo de separação de poderes e o de balanceamento de poderes. Pelo primeiro, “os juízes não podem controlar a legalidade dos atos do executivo, nem anular ou privá-los de eficácia (o controle de legalidade sobre atos da administração é atribuído aos órgãos internos da própria administração”. Já pelo segundo, “os atos do executivo são sujeitos a controle jurisdicional de legalidade” podendo, se constatada a sua afronta à lei, ser anulados ou desaplicados pelo juiz¹³. Nessa perspectiva, poderíamos dizer que tornou-se necessário abandonar o modelo da separação de poderes e adotar o de seu balanceamento.

Para tanto, restou indispensável a redefinição do papel de cada órgão político dentro da realidade constitucional de cada sistema, da interdependência, do controle da atuação de cada um. Impõe-se, ainda, o reconhecimento de ações necessárias para suprir a omissão ou procedimento irregular de cada órgão no cumprimento da Constituição. Conforme ressalta Inocêncio Mártires Coelho

cumprir repensar a separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, enquanto princípio, dependerá da sua adequação, enquanto prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores,

11. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 109.
12. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 287.
13. GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 26. Apud PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 107.

intérpretes e realizadores da constituição [...] impõe-se re-interpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentares ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, politicamente engajadas no alargamento da cidadania e na realização dos direitos fundamentais.¹⁴

Parte-se, assim, da idéia de que o princípio da separação das funções do Poder Político implica separação e independência dos órgãos que as exercem. A concentração das funções em um só órgão, seja ele qual for, atenta contra o princípio democrático. Conforme alerta Andréas J. Krell, a concentração de poderes subverte “o princípio sobre o qual se baseia uma constituição democrática”, sendo necessária uma “certa independência entre os três poderes para que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais”¹⁵.

Também ressalta Ana Paula de Barcellos que o princípio “permanece absolutamente válido e valioso em sua essência. O poder concentrado continua sendo uma ameaça aos direitos individuais e, portanto, controlá-lo através da divisão de seu exercício permanece uma necessidade imperiosa”¹⁶. Enfatiza Inocêncio Mártires Coelho que o princípio surgiu como uma “exigência de natureza histórica e ideológica, mas que nem por isso jamais deixou de ser observado como referência para se conferir a dignidade de Estado constitucional às mais diversas comunidades políticas”¹⁷.

Todavia, o princípio não é um valor em si mesmo ou um fim a ser buscado, como o é a dignidade da pessoa humana ou o direito à educação, à saúde, ao emprego, ao acesso à justiça, ao devido processo. Tem natureza instrumental, pelo que voltado para assegurar a realização dos princípios que são fins, finalidades, tarefas do Estado. Sua formulação, conforme já se ressaltou, “derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a

14. COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 99.

15. KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dê)s caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 89.

16. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 216.

17. COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 93.

ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa”¹⁸, razão pela qual, para preservar os direitos e liberdades dos indivíduos, tornou-se imperioso dividir o exercício do poder político. Por conseguinte, esse princípio não pode justificar a não viabilização, a não efetivação dos direitos e liberdades.

A sua concepção e significação são teoricamente universais – divisão dos poderes significa distribuição das funções do Poder Público por órgãos separados, específicos, adequados, havendo, portanto, uma especialização funcional, uma independência orgânica e um controle recíproco. Todavia, sendo um princípio de natureza instrumental ou uma técnica nuclear do cumprimento dos princípios fundamentais, a sua operacionalização não é universal e sim adequada a cada contexto constitucional. É, dessa forma, um princípio histórico. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando declarou que

o princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência de poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.¹⁹

No sistema constitucional brasileiro, o princípio é anunciado no art. 2º da Carta Magna, afirmando-se serem os poderes independentes e harmônicos entre si, além de ser vedada qualquer emenda constitucional que elimine ou tente afetar o conteúdo desse princípio. A forma de sua efetivação na ordem constitucional iniciada com a promulgação da Carta de 1988 deve ser definida com base na sua interpretação adequada e, portanto, global. A alegada crise do princípio em estudo resulta da insistência numa compreensão do princípio da separação dos poderes que implique impossibilidade de atuação de outro poder na omissão ou atendimento irregular por parte daquele a quem incumbia o cumprimento de um dever constitucional, ou seja, na negativa de divisão do poder político e responsabilidade pelo cumprimento dos objetivos definidos na Constituição Federal.

Devemos observar que é a Constituição Federal que estabelece a divisão dos poderes e que confere as atribuições de cada um deles, ou seja, as suas funções. Trata-se de questão de direito positivo constitucional. Por conseguinte, é ela, e somente ela, que pode romper com o conceito clássico da teoria apontada,

18. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 215.

19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIn 98-5 MT, DJ 31.10.1997, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, www.stf.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=98&CLASSE=ADI&cod_classe=504&ORIGEM=IT&RECURSO=07TIP_JULGAMENTO=M acessado em 12.08.2010

formulada para atender às exigências da burguesia em face do Estado absolutista. Nesse sentido

é preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes. Embora tenha se transformado em um princípio de fundamental importância para a organização do Estado moderno, a separação de poderes não é um valor em si mesmo. Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que as liberdades e os direitos dos indivíduos fossem preservados [...] impõe uma visão flexibilizadora dos dogmas construídos em torno da idéia de separação de poderes”.²⁰

Na verdade, não se pode ler o novo texto com base nos conceitos fixados anteriormente, pois o pretendido pelo constituinte foi exatamente corrigir os desvios antes verificados em razão da ausência de compromisso no cumprimento das tarefas constitucionais e da inexistência de mecanismos de sua efetivação, independentemente da atuação daquele a quem incumbia esse dever. Conforme ressalta Andréas J. Krell

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também a omissão estatal.²¹

Conforme ressalta Luis Roberto Barroso²² “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Essa postura se revela na aplicação direta da Constituição em situações nela não expressamente previstas e independentemente da participação do legislador (vinculação direta) e na imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, abrangendo as questões de políticas públicas.

Evidentemente que essa interferência na esfera de atuação dos demais poderes não constitui invasão, uma vez que ela somente ocorre quando eles deixam de agir, de cumprir o seu papel, se tornando injustificadamente omissos. Não há

20. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 215.

21. KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dê)s caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 88.

22. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática In: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

invasão. Há cumprimento do papel constitucional. Há suprimimento da vontade de quem deveria agir e se omitiu, repetimos, injustificadamente. Hoje o que há é divisão de responsabilidades pela função estatal, cabendo a cada um cumpri-la de forma o mais plena possível ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de omissão inconstitucional, hipótese em que caberá ao Judiciário suprir a omissão. Lembramos que o juiz deve agir em nome da constituição e não em nome de sua ideologia partidária.

2. TERMOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS. TÉCNICA LEGISLATIVA

A dinâmica das relações sociais acelerada pelo implemento de tecnologias de aproximação, que tornam vizinho e problema comum o que antes era até desconhecido, a evolução da ciência, a mudança acelerada dos parâmetros morais, a modificação do centro de interesses a ser valorizado, deixando de ser o coletivo, como massa, sem levar em conta o indivíduo, como contraposição ao individualismo que assolou no século XIX e início do século XX, e passando a considerar a pessoa e a vinculação de todos por cada um e de cada um pelo bem-estar de todos, exigem um sistema normativo capaz de absorver essas modificações sem perder a sua harmonia, a sua coerência.

O entendimento das regras como sendo capazes de tudo prever revelou-se incapaz de acompanhar essa nova era da história do homem. A prevalecer, tornar-se-iam não mais exceção as situações de lacuna de regras no sistema²³, obrigando a interpretação por extensão ou a aplicação analógica a fim de viabilizar a solução dos conflitos em número crescente de volume, de complexidade e de ineditismo. O juiz iria assumir a função do legislador, chegando algumas codificações, a exemplo do Código Civil da Suíça, em seu art. 1º, a já prever que ele assim atue quando diante de situação à parte da legislação codificada.

Tornou-se imprescindível que os códigos, as leis trouxessem em si próprias gatilhos de atualização, técnicas que permitissem ao intérprete ler o texto da lei de forma a trazê-lo para o contexto dos fatos. Precisava-se permitir a absorção dos novos valores aceitos socialmente, das novas necessidades, dos novos interesses, das novas divergências. Não dos modismos, mas do que foi surgindo e se tornando fato da vida a ser juridicizado porque fonte de conflitos a clamar a tutela jurisdicional, impondo-se a urgência de parâmetros para a regulação de comportamentos,

23. Entende-se que a lacuna é sempre da regra, pois o sistema, como conjunto de normas, envolvendo a regra, os princípios, expressos ou implícitos e a carga valorativa que envolvem, nunca é lacunoso.

seja das pessoas, seja dos órgãos, jurisdicionais ou não, chamados a oferecer uma solução justa às divergências surgidas

Essa técnica é exatamente a utilização de termos indeterminados e de cláusulas gerais. Os primeiros são expressões cujo significado varia ao longo do tempo e é conforme ao espaço geográfico, cultural e social, cabendo ao intérprete fazer a sua leitura de acordo com a percepção que tem dessas circunstâncias. São expressões como razoável, perigo iminente, risco acentuado, justo receio. Estabelecido o conteúdo atualizado do vocábulo, o aplicador da norma passa a verificar os efeitos a serem atribuídos aos fatos verificados, em face das previsões do ordenamento.

Por sua vez, as cláusulas gerais são dispositivos normativos que podem ter em seu texto termos indeterminados, sendo assim designadas por abrangerem inúmeras situações a serem descobertas pelo intérprete.

Essa idéia de técnica legislativa é confirmada por Karl Engisch, para quem o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside nesse domínio. Explica que

graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e provisoriamente dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais.²⁴

Eduardo Katemi Kataoka estabelece que cláusula geral é

a regra jurídica que recebe uma tessitura muito aberta, de forma a permitir que o intérprete tenha uma ampla dose de discricionariedade em sua aplicação. As cláusulas gerais conferem, pela sua estrutura semântica, uma grande flexibilidade para adaptar a regra aos casos concretos nos estritos limites da interpretação, sem necessidade de métodos hermenêuticos de superação do texto legal...²⁵

José Augusto Delgado afirma que cláusulas gerais “são regras móveis que, durante o transcorrer do tempo de sua aplicação, permitem, pela via de sua interpretação, o seu constante aperfeiçoamento”.²⁶

24. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 233

25. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.363

26. DELGADO, José Augusto. “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.395

Fredie Didier conceitua cláusula geral como

uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.²⁷

A diferença é exatamente esta. Quando o legislador deixa ao critério do juiz não apenas o preenchimento do sentido do termo indeterminado mas também os efeitos jurídicos dele decorrentes, tem-se uma cláusula geral.

Termos vagos ou indeterminados são considerados por Teresa Wambier como “expressões linguísticas cujos referenciais semânticos não são identificáveis facilmente no mundo empírico, por exemplo, *pai de família*, *interesse público* ou, ainda, *razoavelmente*”²⁸.

José Augusto Delgado define os termos indeterminados como “palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão vagos, imprecisos e genéricos”.²⁹ Estabelece que a diferença entre eles e as cláusulas gerais refere-se à finalidade e à eficácia,

pois aqueles (conceitos juridicamente indeterminados), uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução pré-estabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar a referida solução. Estas (cláusulas gerais), ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais do direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.³⁰

Como bem salienta Frederico do Valle Abreu, a utilização de um vocábulo ou expressão sem significado preciso, ou seja, vago, “não é uma imperfeição linguística, mas sim uma característica bastante pertinente em certas situações que fazem

27. DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 1 v. 12 ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 33

28. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.535

29. DELGADO, José Augusto. “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 399

30. DELGADO, José Augusto. “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 395

com que busque o intérprete maior perfeição na valoração significante-significado, o que gera certa atualização das normas”.³¹

Esclarece Teresa Wambier que as cláusulas gerais, que encampam princípios, são compostas em sua formulação verbal, por conceitos vagos ou indeterminados. Nesse mesmo sentido, Kataoka, confirmando que

normalmente, dentro da expressão semântica de uma cláusula geral, encontram-se um ou mais conceitos juridicamente indeterminados, que são simples pautas para o preenchimento do intérprete, por intermédio de um processo axiológico, com grande elasticidade de significados (semânticos) possíveis.³²

Aponda três funções das cláusulas gerais: regra de integração hermenêutica, fonte criativa de direitos e de deveres jurídicos e limite ao exercício de direitos subjetivos.

A seu ver, as cláusulas gerais, os princípios e os conceitos indeterminados funcionam como “poros que fazem com que o direito se comunique com a realidade”³³, alertando que o sistema deve ser preservado já que a função desses mecanismos de atualização do direito não é de destruí-lo, mas de amolda-lo, adequa-lo³⁴.

Segundo Kataoka a grande vantagem da cláusula geral é “permitir uma integração do sistema com elementos externos, peculiares a cada caso concreto, bem como tempo e lugar de sua aplicação, sem necessidade de superar o texto”.³⁵ Assim procedendo, mantém-se o texto original e viabiliza-se a interpretação adequada que, nos termos apontados por Eros Roberto Grau, deve levar ao seu significado válido que “é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente”.³⁶

Lembra Teresa Wambier que as cláusulas gerais trazem para o ordenamento jurídico “princípios, diretrizes e máximas de conduta originariamente estranhas ao

31. ABREU, Frederico do Valle . Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. In: http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/52/1552/DN_Poder_discricionario_do_magistrado_Mitos_e_desafios.doc

32. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.364

33. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.534

34.. Id., *ibid.*, p.540

35. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 363

36. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito*. São Paulo:Malheiros, 2002, p. 112

corpus codificado”³⁷. Viabilizam a abertura do sistema ao permitirem a entrada dos fatos novos, mediante juridicização pela interpretação e aplicação das cláusulas gerais e dos termos indeterminados.

Ambos, termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais autorizam a permanente atualização do texto normativo, sem necessidade de recorrer a técnicas interpretativas, pois é o próprio significado das expressões utilizadas pelo legislador que vai sendo atualizado em face das modificações sociais, da sedimentação do entendimento jurisprudencial e doutrinário em determinado sentido, do progresso do conhecimento científico, enfim, do contexto em que ocorrem os fatos da vida, de previsão impossível ao legislador originário. O que é razoável hoje, não é o mesmo que foi ontem nem igual ao que será amanhã. O mesmo ocorre com os demais exemplos de termos indeterminados.

Conclui José Augusto Delgado que

as cláusulas gerais inseridas no sistema, com os seus conceitos vagos e indeterminados, contribuem para que o juiz, ao aplica-las, ajuste-as a cada caso concreto, escolhendo, em face da situação vivenciada, a solução mais adequada para resolver o conflito.³⁸

São exemplos de cláusulas gerais a função social da propriedade que Teresa Wambier afirma que “pode ser vista, na verdade, como o inverso do abuso do exercício deste direito. Pode-se pensar em que o não uso ou a subutilização da propriedade estariam abrangidos por este abuso”³⁹.

Função social do contrato que a autora vê não como uma restrição à liberdade de contratar e sim como “integrante do desenho da liberdade de contratar”.⁴⁰

Boa fé objetiva caracterizada por um modelo de conduta social que teria um homem honesto, sem considerar a intenção do sujeito e cuja interpretação é essencialmente tópica, ou seja, na situação concreta.

37. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.535

38. DELGADO, José Augusto. “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p398

39. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.537

40. Id., *ibid.*, p.538

Observe-se que as cláusulas gerais podem conter em seu texto conceitos jurídicos indeterminados. A boa-fé é um deles, tal como perigo iminente, divisão cômoda etc.

Entre as cláusulas gerais processuais tem-se o devido processo legal, a cláusula geral executiva (art. 451, §5º do CPC), o poder geral de cautela (art. 798 do CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC), a boa fé processual (art. 14, II do CPC), etc. Termos indeterminados seriam prazo razoável, perigo iminente, e outros similares.

3. O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NO PREENCHIMENTO DO SENTIDO DOS TERMOS INDETERMINADOS E NA APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Partimos da indagação: há no exercício da atividade jurisdicional, diante de conceitos juridicamente indeterminados e das cláusulas gerais, campo discricionário na atuação do juiz ou ele atua sempre vinculado ao texto da lei ou ao sistema? Ainda que vinculado ao sistema, remanesce margem de discricionariedade? Na hipótese positiva, temos, nessa atuação, ativismo judicial?

O entendimento não é unânime e depende do que deve ser entendido como discricionariedade. Conforme salienta Nicola Tutungi Júnior “boa parte das discussões acerca de existir ou não uma discricionariedade judicial está no próprio conceito que se adote para a margem de escolha que legitimamente terá o julgador em determinados casos concretos”.⁴¹ Adotamos, aqui, o conceito apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.⁴²

Nicola Tutungi Junior chama a atenção para o fato de que não há mais a inserção dos conceitos de conveniência e oportunidade na definição do que seja

41. TUGUNGI JUNIOR, Nicola. IN: *Discricionariedade judicial: uma análise crítica*. (<http://www.pge.rj.gov.br/Revista64/17-Discricionariedade%20%20Judicial%20uma%20análise%20critica.pdf>), acessado em 15.09.2010.

42. BANDEIRA, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007, 2ª ed

discricionariedade. Acrescentamos que tal se deve ao fato de que hoje a finalidade do ato é o parâmetro a ser observado, conforme iremos ressaltando ao longo do trabalho.

3.1. Não há exercício do poder discricionário e sim atividade interpretativa

Começamos por analisar quem nega a discricionariedade na atuação do juiz. A opinião dos doutrinadores é, em grande maioria, pelo entendimento de não agir o juiz discricionariamente quando se depara com a necessidade de oferecer sentido aos termos vagos e de concretizar as cláusulas gerais.

Na visão de José Augusto Delgado, ao juiz, diante de conceitos juridicamente indeterminados, “vai caber a responsabilidade de, influenciado por valores éticos, morais, econômicos e jurídicos, transformá-los em conceitos legais determinados, preenchendo os claros deixados propositadamente pela lei, para solucionar casos concretos especiais”. Chama a atenção para conceitos juridicamente indeterminados que se “transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto”.⁴³

Gisele Santos Fernandes Goes, considerando o clássico conceito de discricionariedade administrativa como possibilidade de, diante de duas ou mais soluções justas, legais, o administrador, com base em juízo de conveniência e de oportunidade, poder escolher a que melhor lhe aprouver, descarta a possibilidade de juízo discricionário, afirmando que a tarefa é apenas de interpretação. A seu ver, somente nas hipóteses de permissão expressa do texto legal o juiz poderá atuar discricionariamente, tal como ocorre no §5º do art. 461.⁴⁴

Frederico do Valle Abreu também entende que não há discricionariedade na atuação do juiz. As situações em que ela é comumente apontada como existente

43. DELGADO, José Augusto. “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 400

44. GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudo em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.90

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial

não são de discricionariedade. Insistir em assim defender implica esvaziar o sentido do poder discricionário e considerar todo o poder como sendo vinculado.⁴⁵

Antes de adentrarmos a justificativa do autor, há que ressaltar que não existe hoje poder discricionário puro ou absoluto. Aliás, hoje, não existem direitos ou poderes absolutos. Todas as situações jurídicas ativas são vinculadas à sua função, via de regra, social, à sua finalidade. Mesmo no âmbito da administração pública, de onde vem o estudo mais profundo a respeito da distinção entre poder vinculado e poder discricionário, sabe-se que, ainda que não haja texto expresso de lei estabelecendo como deve agir o administrador público, ele atua de forma obrigatoriamente voltada para o cumprimento dos objetivos estabelecidos na Constituição Federal, aqui abrangida a definição de suas políticas, área em que poderia haver uma liberdade maior. As suas decisões devem ser todas motivadas e podem ser questionadas e até mesmo tornadas inválidas judicialmente, sem que isso implique invasão de Poder, conforme já esclarecemos neste artigo.

A partir desta constatação, percebe-se facilmente que o autor nega o poder discricionário em face da idéia, a nosso ver, distorcida ou anacrônica que mantém a respeito do que seja esse poder.

Admite Frederico Abreu que é o fim imposto pela lei e não a vontade do agente que domina toda a atuação da administração, pública ou judiciária, o que inclui o âmbito da discricionariedade. E qual é o fim do processo? Tal como inicialmente afirmado por ele próprio, citando Chiovenda, é proporcionar a quem tenha razão tudo aquilo e precisamente aquilo que se tem direito de conseguir. Afirma, também, Frederico Abreu que constatado o fato-causa, o juiz não pode deixar de atribuir o fato-efeito previsto no sistema jurídico.

Será que constatado um fato-causa sempre deverá ser aplicado o efeito, ainda que expressamente previsto em lei? E se essa aplicação no caso concreto gerar uma situação de inconstitucionalidade específica ou material? Conforme apontado adiante, existem situações em que a incidência ocorre, mas a norma não pode ser aplicada por ensejar uma situação que é inconstitucional, devendo o juiz afastar o efeito da regra, atribuir-lhe outro, apesar dos termos expressos do fato-efeito diante da presença do fato-causa.

Entende, ainda, Abreu que não existe poder discricionário do juiz e sim direito subjetivo público do jurisdicionado ao deferimento do seu pedido, sempre que

45. ABREU, Frederico do Valle . *Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado* In: (http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/52/1552/DN_Poder_discricionario_do_magistrado_Mitos_e_desafios.doc)

configurado o fato em que respalda o direito alegado. “O que existe antes de tudo é direito subjetivo público da parte de ver seu pedido deferido caso, definido o alcance daquele conceito indeterminado no caso concreto, estabeleça a norma um fato-efeito que otimize a situação jurídica do jurisdicionado”⁴⁶.

Não cremos ser correta a colocação feita pelo autor, pelo menos nos termos em que o fez. Primeiro, porque a parte pode acreditar que determinado fato gera um efeito jurídico que deseja e, na verdade, pode não ser essa a previsão normativa. Além do mais, o jurisdicionado pretende aquela decisão, mas o seu direito subjetivo público tem como objeto uma decisão e não determinada decisão. Ele tem direito à prestação jurisdicional, à decisão, mas não a determinado conteúdo. Não há que confundir objeto de sua ação de direito material com o objeto de sua ação processual. Aquele é o bem da vida que pretende. Aqui é a decisão.

Assim sendo, afirma Frederico Abreu no que se refere à atuação do juiz diante dos conceitos juridicamente indeterminados

a liberdade está apenas na interpretação da lei, na colheita dos elementos que definem o fato jurídico (fato-causa), não na escolha do melhor modo de atingir o resultado (fato-efeito), pois este é normativo e um só, além de existirem limitações dentro do sistema que fazem com que o juiz tenha que buscar o seu *modus operandi* dentro do próprio sistema.⁴⁷

De qualquer sorte, defende que a liberdade do juiz se restringe à interpretação, decorre de lhe ter sido atribuído o poder de interpretar, e, que, ainda aí, está “restringido pelo princípio do dispositivo e sua cognição deve sempre estar adstrita à demanda e à causa de pedir”.⁴⁸

O preenchimento dos conceitos vagos para aplicar a norma não se confunde com o poder discricionário, afirma o autor, já que é o mesmo que interpretá-la,

trazer balizas para fazer com que a norma aplicada exista em diferentes momentos históricos, sem que o legislador tenha que alterá-la com o natural desenvolvimento social, de modo a possibilitar a absorção da realidade de maneira eficaz. Criar aqui significa realizar o acertamento (averiguação da norma e do fato) e firmar a experiência jurídica do concreto.⁴⁹

46. ABREU, Frederico do Valle . Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. In: http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/52/1552/DN_Poder_discricionario_do_magistrado_Mitos_e_desafios.doc

47. Id., ibid., loc. cit.

48. Id., ibid., loc. cit.

49. Id., ibid., loc. cit.

Adiante, volta a explicar que o juiz, ao interpretar e aplicar a lei ao caso concreto,

preenche apenas aquela zona cinzenta, mas todas as conseqüências, uma vez preenchido o conceito vago, já estão pré-determinadas e não poderá o juiz se furtar a isto porquanto todos os requisitos para a validade e eficácia do ato já estão delineados na legislação.⁵⁰

Não disse Frederico Abreu como é que é feito esse preenchimento. Não é o juiz, considerando a sua compreensão dos fatos, a avaliação que faz dos valores vigentes na sociedade, a leitura que realiza do que seja mais adequado, que estabelece o que pode ser considerado boa-fé, razoável, perigo iminente? Evidentemente que ao preencher esses parâmetros não pode afrontar o que deve concretizar, ou seja, os princípios constitucionais. Por isso, atua dentro do sistema, considerando-se como tal todos os princípios, expressos e implícitos, e regras vigentes, além dos usos e costumes, jurisprudência e outros paradigmas valorativos ou axiológicos. Isto é discricionariedade, ato de vontade a ser dirigida a diversas soluções possíveis, visando a escolha daquela que mais se adéque a determinada situação em concreto.

Considera Frederico Abreu que na decisão dos casos difíceis o juiz exercita criatividade que não se confunde com discricionariedade

uma vez que, após preenchido o conceito por juízo valorativo racional buscado com os dados constatados na causa e a aplicação das regras encontradas no sistema jurídico, a decisão judicial estará vinculada aos efeitos da norma e ao próprio ordenamento jurídico.⁵¹

Parece que a resistência do autor em admitir o procedimento discricionário reside na convicção de não poder haver limites à discricionariedade o que não existe mais, nem sequer no âmbito da administração pública.

Conclui Frederico Abreu pela inexistência de exercício de discricionariedade no preenchimento dos conceitos juridicamente indeterminados, admitindo-o tão somente em alguns atos processuais, quando se fala em instrução probatória.

3.2. Atividade discricionária e segurança jurídica

Alguns Autores rejeitam ou acabam por admitir a presença de poder discricionário com redução de seus limites à decisão dos chamados casos difíceis em

50. Id., *ibid.*, loc. cit.

51. ABREU, Frederico do Valle . Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. In: http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/52/1552/DN_Poder_discricionario_do_magistrado_Mitos_e_desafios.doc

face do princípio da segurança jurídica, que tem como uma de suas formas de concretização a previsibilidade.

Na visão de Teresa Wambier, deve prevalecer a segurança jurídica, no sentido de previsibilidade, conferida pelo princípio da vinculação do juiz à legalidade, amoldado por meio da doutrina e da jurisprudência⁵². Há que “preservar o valor segurança, imprescindível para que se possa falar em Estado de Direito, no sentido de previsibilidade”.⁵³

Também Eduardo Takemi Kataoka menciona o princípio da segurança jurídica como um direito fundamental, asseverando que o seu não atendimento acaba por ensejar ofensa ao princípio da igualdade, em face da possibilidade de se atribuir tratamento jurídico diferente a situações que sejam análogas. Imprescindível, portanto, a

clareza em relação à aplicabilidade de uma norma jurídica – e consequentemente de seus efeitos jurídicos – a uma hipótese concreta que se repita na realidade social... Está-se tratando um caso análogo de modo diferente, o que viola uma das garantias maiores do ordenamento jurídico de um Estado que se pretenda justo”.⁵⁴

Essa segurança jurídica traz em si mesma a previsibilidade, ou seja, a possibilidade da pessoa saber antecipadamente o espaço em que pode conduzir-se de forma a estar em conformidade com o ordenamento jurídico. Fala-se, portanto, em “um direito fundamental à segurança, na medida em que é necessário para a justiça que uma pessoa conheça antecipadamente qual o seu âmbito de liberdade dentro do Estado de Direito”.⁵⁵

Esta segurança ou previsibilidade decorre da circunstância de ser a lei “a pauta de conduta mais visível e, portanto, tem o seu valor, bastante significativo, neste contexto em que se exige segurança”.⁵⁶

52. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.531

53. Id., *ibid.*, p.540

54. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.354

55. Id., *ibid.*, p.353

56. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.534

As cláusulas gerais, no entendimento de Eduardo Kataoka podem implicar ameaça grave à segurança jurídica.⁵⁷

Assim sendo, a doutrina vem estabelecendo limites à atividade do juiz em relação aos termos indeterminados e às cláusulas gerais. Ao invés de aguardar que o tempo e a repetição de situações venham a permitir que a doutrina e os tribunais acabem estabelecendo parâmetros de julgamento, classificando as hipóteses, e às análogas, atribuindo idêntica solução, a legislação mais moderna passou a incluir esses parâmetros no próprio texto onde constam as cláusulas gerais. Assegura-se uma maior previsibilidade e, conseqüentemente, atende-se ao direito a uma segurança jurídica.

Desta forma, nos termos apontados por Eduardo Kataoka, existem hoje dois tipos de cláusulas gerais. “Uma não tem parâmetros de preenchimento de sua vagueza semântica, ao passo que o segundo tipo tem uma série de dados que permitem acompanhar o raciocínio do legislador”.⁵⁸ O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990), em seu art. 51, já adotou essa nova sistemática.⁵⁹ Conforme defende Kataoka, ao contrário

57. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.357

58. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.371

59. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

do que lamentavelmente vem ocorrendo na prática judiciária, “dever-se-ia usar os incisos do art. 51 para a construção de uma teoria sistemática da abusividade, permitindo que os protagonistas das relações de consumo pudessem operar com um maior grau de segurança”.⁶⁰

Necessidade de se buscar um consenso para o significado da cláusula geral a fim de reduzir a possibilidade de insegurança jurídica, pela afronta aos princípios da legalidade e da isonomia⁶¹. A atuação do juiz fica limitada a esse consenso. O Código Civil de 2002, apesar de ter sido editado uma década depois do Código de Defesa do Consumidor, retomou o projeto de 1970, pelo que não adotou a nova sistemática da formulação das cláusulas gerais, preferindo o primeiro modelo indicado por Kataoka, ou seja, aquele que não oferece qualquer parâmetro de preenchimento. As cláusulas gerais, a exemplo da função social da propriedade, da função social do contrato, da boa fé objetiva não são acompanhadas de qualquer referência que possa não só orientar o intérprete, como também pautar o comportamento daqueles que figuram como sujeitos dessas relações jurídicas.

Salienta Teresa Wambier que as cláusulas gerais “não se consubstanciam em porta aberta para que o juiz exerça qualquer tipo de valoração de caráter subjetivo”. Há que respeitar o *ethos* dominante. Por isso, elas são consideradas “molduras que não podem ser preenchidas pela subjetividade do magistrado”⁶². Evita-se, assim, a surpresa criada pela jurisprudência. Refere-se à exceção de pré-executividade como sendo algo criado pela jurisprudência “não tendo nascido da cabeça dos juízes, surpreendendo a comunidade jurídica. Ao contrário, trata-se de criação fortemente alicerçada em princípios jurídicos, desde sempre tratados pelos processualistas”⁶³.

Adiante, volta a referir-se ao tema, afirmando que figuras como

a lesão, a *suppressio*, a teoria da imprevisão, criadas pela doutrina e pela jurisprudência, precisaram de tempo para integrar o sistema, tendo-se gerado consenso em

§ 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

60. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.371

61. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.536

62. Id., *ibid.*, p.539

63. Id., *ibid.*, p.533

torno deles, o que significa que representam o *ethos* dominante e, pois, decisões jurídicas tomadas com apoio nestas figuras não surpreendem o jurisdicionado”.⁶⁴

Ora, esquece a autora que todas essas figuras não previstas em lei, são hoje sedimentadas e aceitas, sem mais causarem surpresa, porque em algum momento da história do direito um juiz ou um doutrinador foi capaz de criar, de surpreender, justificando o seu entendimento em princípios ou em diretrizes ou em situações da vida. Motivou de tal maneira a sua posição que conquistou, gradativamente, a opinião de todos os que se debruçaram sobre questão similar. O que hoje é sedimentado e aceito foi um dia surpresa, causou espanto e rejeição. O jurisdicionado não é surpreendido. Basta que se assegure o contraditório, o debate das idéias, a possibilidade de recurso a fim de que outro órgão jurisdicional, colegiado, integrado por juízes mais experientes, possa verificar e, se for necessário, rever o quanto foi decidido. A idéia nova é hoje rejeitada, mas, se pautada no sistema, considerado aberto, vai, lentamente, ganhando espaço e adeptos até que se torne conteúdo da decisão da maioria, jurisprudência reiterada, precedente, súmula...

3.3. Poder discricionário limitado aos casos difíceis

Defendem alguns dos doutrinadores, entre eles Teresa Wambier, que a atividade discricionária dos juízes somente é admissível na decisão dos chamados casos difíceis.

É esse o entendimento de Elival Ramos quando admite a discricionariiedade na atuação do juiz. Segundo afirma “a repetição do julgamento de casos similares, com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariiedade judicial”.⁶⁵

Teresa Wambier afirma que a liberdade de criar só pode ser exercida pelo juiz na decisão dos casos difíceis⁶⁶. Nos casos fáceis ou rotineiros o juiz “não conta com espaço para exercer a sua criatividade”, situações em que não está autorizado a “afastando a incidência da norma ordinária lançar mão de princípios constitucionais para chegar à solução diferente daquela a que remete a lei, por meio da

64. Id., *ibid.*, p.540

65. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.125

66. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.532

aplicação, pura e simplesmente, do método subsuntivo clássico”.⁶⁷ Adiante volta a frisar que “a criatividade do juiz pode ter lugar quando está sob sua apreciação hipótese para a qual a lei não prevê solução”.⁶⁸ Já no final do seu texto volta a afirmar que “se o juiz afastou texto de lei para aplicar ao caso princípio jurídico ou cláusula geral, sua decisão desrespeita o princípio da legalidade e afronta o Estado de Direito”.⁶⁹ A seu ver há parcialidade nesse procedimento e aquele que pretende ser assim “deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico, assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento estão contidos”.⁷⁰

A nosso ver, não existem casos fáceis no sentido atribuído por Teresa Wambier. Exemplifica uma dessas situações: ação de despejo por falta de pagamento. Ora, indagamos: tratando-se de locatário idoso e doente, morador solitário, como será esse despejo? Pode ocorrer? Ou deverá dar-se preferência a uma solução que permita o pagamento dos valores devidos sem que se imponha o despejo? E sendo inviável essa solução, pode haver despejo sem que primeiro se solucione o problema da sua moradia? E o direito fundamental à moradia? É obrigação apenas do Estado ou, considerando o princípio da solidariedade e a vinculação dos particulares à concretização dos direitos fundamentais, também obriga o proprietário do imóvel destinado à locação?

A visão da autora no sentido de que não pode ser afastada regra expressa em nome de princípio a não ser em face da inconstitucionalidade do dispositivo está na contramão da visão, que acolhemos, de perceber a inconstitucionalidade específica ou material, ou seja, situações em que a aplicação da regra, que é constitucional, enseja efeitos que ferem o texto constitucional. Em tal ocorrendo, deve afastar-se, apenas naquela situação, a aplicação daquela regra, que permanece no ordenamento jurídico porque válida, consonante, em tese, com a Carta Magna. Nesse sentido Luis Roberto Barroso que, após trazer alguns exemplos de afastamento da regra por gerar situação inconstitucional, ressalta:

uma observação final. Alguns dos exemplos acima envolveram a não aplicação de determinadas regras porque importariam em contrariedade a um princípio

67. Id., *ibid.*, p.532. Conforme explica Eduardo Takemi Kataoba, subsunção é a adequação de um caso concreto à previsão abstrata da norma jurídica. Trata-se de um processo lógico silogístico, no qual a norma jurídica funciona como premissa maior, o acontecimento de fato premissa menor e a consequência jurídica a síntese. (*ob.cit.*, p. 357).

68. Id., *ibid.*, p.533

69. Id., *ibid.*, p.541

70. Id., *ibid.*, p.541

ou a um fim constitucional. Essa situação – aquela em que uma regra não é em si inconstitucional, mas em uma determinada incidência produz resultado inconstitucional – começa a despertar interesse da doutrina. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha.⁷¹

Nesse sentido já havíamos nos posicionado quando da defesa da dissertação no Mestrado em Direito, em 2005, analisando as dimensões objetiva e subjetiva do direito de moradia. Naquela oportunidade, afirmamos que não se pode desconsiderar a possibilidade de incidência da regra e de sua não aplicação, por gerar uma situação de inconstitucionalidade. A regra é válida, é constitucional em tese, opera-se a sua incidência, mas naquela hipótese específica gera uma situação que ofende a Carta Magna, sendo afastada a sua aplicação, sem que deva ser excluída do ordenamento jurídico por ser contrária à Constituição, ou seja, mantém-se inteiramente válida sem qualquer restrição. Ainda que se entenda que, na verdade, não foi a regra que deixou de ser aplicada e sim que foi afastado o princípio que a fundamenta, o que se verifica é a permanência da regra como válida no ordenamento jurídico. A tese da inconstitucionalidade material foi há muito defendida pelo Ministro Carlos Thompson Flores, no voto de relator, em recurso extraordinário interposto por segurado do então Instituto Nacional de Previdência Social contra essa autarquia, em que se discutia a constitucionalidade, ou não, da exigência feita pelo Decreto-Lei nº 893/69, no sentido de ser condição processual a prova da exaustão da via administrativa. A regra é mantida no ordenamento jurídico sem expressa cláusula de restrição, mas não é aplicada na situação concreta por ser factualmente inconstitucional ou ofensora de princípios.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, são exemplos de “incidências inválidas de regras válidas em abstrato”⁷². Situações como essa podem ser observadas nas hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família ou imóvel residencial. Assim sendo, “a conseqüência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra”⁷³.

71. BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. IN: *Direito Constitucional em evolução. Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 193

72. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2003. p. 92.

73. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.

Não se pode, assim, desprezar a possibilidade de prevalecerem os princípios em relação às regras ou de ser feita a ponderação de regras, por se tornarem conflitantes ao incidirem sobre determinado conjunto de fatos, hipótese em que uma delas deverá ser afastada sem que isso implique desobediência ao legislador e sem que haja necessidade de nela ser inserida cláusula de exceção – cujo caráter de definitividade e de universalidade não se coaduna com a transitoriedade e especificidade do caso concreto –, como condição de assegurar a sua validade e permanência no ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, em artigo conjunto, assim estabelecem a diferença entre regras e princípios:

“É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. Esses são fenômenos de percepção recente, que começam a despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático.⁷⁴

Kataoka, embora lamentando a sistemática adotada pelo legislador civil de 2002, entende que, em face da necessidade de atualização permanente da legislação, é positiva a inserção de cláusulas gerais, já que “a técnica legislativa tradicional não pode captar a riqueza da casuística de hoje”.⁷⁵ Acredita que “a insegurança passará. Com o tempo, as decisões jurisprudenciais acabarão por conferir densidade normativa à vagueza semântica de nossas cláusulas gerais”. A fim de que se evite a violação do direito fundamental à segurança jurídica, “a interpretação das cláusulas gerais deve ser objeto de um controle sério e racional... A fundamentação das decisões que se servem das cláusulas gerais ganha, neste contexto, maior relevo”.⁷⁶ Esses mecanismos de garantia da segurança jurídica não afetam a presença da discricionariedade na decisão judicial, como passamos a analisar em seguida.

74. BARROSO, Luís Roberto Barroso, BARCELLOS, Ana Paula. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2003. p. 343.

75. KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.365

76. Id., *ibid.*, p.372

3.4. Visão atual do poder discricionário: vinculação à finalidade do ato

Há, pois, que concluir. Para tanto, cumpre explicitar o que deve ser entendido como poder discricionário e a sua presença, ou não, na atuação do juiz, seja no preenchimento dos conceitos indeterminados, seja na aplicação das cláusulas gerais, analisando os entendimentos contrários.

A discricionariedade é inerente à atuação dos poderes políticos, tendo maior amplitude no âmbito da função legislativa. A existência de discricionariedade no sentido que defendemos, ou seja, como liberdade de ação nos limites do direito, tanto na função legislativa, quanto na função jurisdicional, já era acolhida até por Hans Kelsen, sendo apenas variável o campo de abrangência da referida liberdade. Dentro desse campo, podem atuar com certa liberdade, sempre vinculados, repito, à finalidade de cada ato. A discricionariedade administrativa, legislativa e judicial varia apenas de grau, sem perder a característica do que essencialmente é.⁷⁷

A idéia de discricionariedade absoluta, conforme já ressaltamos, vem sendo modificada, em face da necessidade de ser alcançado o fim e de estar a ele vinculada a autoridade, seja legislativa, administrativa ou judicial. Marcelo Caetano⁷⁸ já afirmava que não existem atos puramente discricionários e sim atos em relação aos quais a lei permite ao administrador público uma certa margem de liberdade. Assim sendo, o gestor público tem liberdade condicionada ao fim, para agir ou não agir e, optando por agir, pode escolher o momento adequado para fazê-lo, desde que observada a razoabilidade de sua priorização. A discricionariedade quanto à oportunidade é a tanto condicionada. Desta forma, hoje, nem essa discricionariedade é entendida como absoluta, podendo ser objeto de avaliação judicial, na hipótese de se tornar injustificado o adiamento de medida necessária à concretização de determinado direito, por exemplo.

Com a obrigatoriedade da aplicação imediata das medidas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais, essa liberdade do administrador passou a ser reduzida e passível de controle social.

Não temos dúvida, portanto, quanto à circunstância de que o ordenamento jurídico hoje não tolera mais a livre discricionariedade. Segundo Karl Engisch, essa discricionariedade surge quando há um reconhecimento de “um espaço ou domínio de liberdade de decisão própria, onde deve decidir-se segundo as

77. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, Tradução de João Batista Machado. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 368

78. CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 447 e seguintes. t. 1.

concepções próprias daquele a quem a competência é atribuída”. Excluída da sindicabilidade judicial, alcança-se o que é efetivamente a designada “essência do poder discricionário”. Ela “é atribuída pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade”. Assim é feito porque “se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio ponto de vista”⁷⁹.

Essas “genuínas atribuições de poder discricionário” não se confundem com “os espaços de livre apreciação” verificados na chamada “discricionariade vinculada”, nos termos esclarecidos pelo autor citado. Segundo ele

a discricionariade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto.⁸⁰

Sem dúvida que persiste uma margem de incerteza quanto a ter sido efetivamente justa a decisão. Seria o que o autor citado denomina “espaço residual [...] da subjetividade na apreciação do justo que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstâncias e que não pode ser totalmente eliminado”⁸¹.

É nesse sentido que Odete Medauar afirma que “a discricionariade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo”⁸². Esclarece, adiante, a mesma autora, que permanece uma “certa margem livre de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis. Daí a atividade discricionária caracterizar-se, em essência, por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas”⁸³.

Conclui Calmon de Passos que a discricionariade

79. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 221 e seguintes.

80. Id., *ibid.*, p. 220.

81. Id., *ibid.*, p. 220.

82. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.128.

83. Id., *ibid.*, p.129.

vem sendo progressivamente constricta, inclusive em termos de Poder Executivo, porque não se aceita que o Administrador tenha arbítrio, seja exclusivo juiz de sua valoração, dado que os valores postos legalmente e os freios legalmente formalizados para conte-lo operam como parâmetros limitativos dessa proclamada discricionariedade, irmã quase gêmea, e gêmea univitelina do arbítrio, da prepotência e da arrogância.⁸⁴

A discricionariedade não é um fim em si mesmo, um princípio a ser buscado, e sim um instrumento voltado para uma otimização da realização dos direitos. A margem de livre (mas controlável) atuação do administrador público tem como finalidade a busca da melhor forma de realização dos direitos.

Hoje, todos os Poderes, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário, são obrigados a justificar as suas decisões. “Motivação é a exposição, a divulgação dos motivos, a exteriorização das razões que justificam o ato”⁸⁵. É ela que permite verificar a validade de um ato legislativo, administrativo e judicial, e, portanto, que viabiliza o controle judicial do seu mérito. Apresentadas as razões do procedimento, será possível analisar se ele guarda “compatibilidade com a situação de fato e de direito que gerou a manifestação de vontade” e congruência “com o meio escolhido e o fim buscado (relação tríplice motivo-meio-fim)”⁸⁶. Assim sendo, mesmo no âmbito da Administração Pública, considerando os princípios definidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, todos os atos devem ser motivados “de maneira a se lhes poder apreender os conteúdos de adequação em face das normas constitucionais e divisar as diversas etapas de implementação das metas estipuladas pela plêiade de políticas públicas constitucionais”⁸⁷.

Ronaldo Cramer, partindo da idéia de que o resultado do ato discricionário não é passível de controle judicial, ou seja, é irrecurável, conclui que não existe poder discricionário judicial. Nega afirmando que “é difícil imaginar um ato judicial que, no processo civil contemporâneo, modelado por princípios constitucionais, não seja passível de recurso”.⁸⁸ Com certeza que é difícil, porque cremos mesmo não haver. Todas as questões podem vir a ser objeto de revisão pelo órgão julgador, mesmo aquelas que não sejam objeto de recurso específico, tal como

84. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas-data*. Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 51.

85. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.139.

86.. Id., *ibid.*, p. 141.

87. SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004. p. 128.

88. CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudo em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112

ocorre no processo do trabalho, em relação às decisões interlocutórias, na prática impugnadas por arguição de nulidade ou protesto, de função similar à do agravo retido do processo civil.

De qualquer sorte, no âmbito da administração pública também é difícil imaginar uma questão que não possa ser judicializada. Poder ser ou não objeto de revisão não está na essência da definição do que seja discricionário, nos termos já justificados.

Assim sendo, o poder discricionário é considerado como aquele em que a autoridade busca a solução que melhor se adéque à finalidade pretendida pelo ordenamento jurídico, utilizando na escolha feita avaliações que realiza, justificando-as na motivação da decisão adotada. Difere do poder exercido em atividade vinculada, quando não há, em princípio, qualquer margem para escolha por parte da autoridade pública. Especificamente, na atuação do juiz tem-se esta atividade quando se concede à parte prazo para manifestação já fixado em lei, por exemplo.

No campo específico de cada área de atuação do Estado, esse poder assume características próprias, mas que não se afastam daquela idéia geral. O exame de conveniência e oportunidade é sempre vinculado ao fim a ser alcançado. No Poder Judiciário, o fim é a decisão justa, adequada ao caso concreto. Ao preencher o conteúdo dos termos indeterminados ou ao decidir com base em cláusulas gerais, o juiz não pode fugir dos princípios, ponderando-os sempre que necessário, optando pela solução que entende ser a mais justa (na administração pública, a mais conveniente) para a solução do conflito que lhe foi levado pelas partes. A presença da discricionariedade não afasta a interpretação. Duas formas de agir que, na hipótese, são complementares, caminham juntas na consecução da finalidade do processo. Uma atividade não exclui a outra, ao contrário do que parece entender Maria Elizabeth de Castro Lopes quando afirma que

também não há confundir conceitos vagos com discricionariedade. A utilização de conceitos vagos pelo legislador constitui uma técnica que concede ao aplicador certo espaço para fixar o conteúdo da norma no caso concreto, atendendo às suas peculiaridades, mas sem abandonar os critérios jurídicos de interpretação.⁸⁹

Não esclarece a autora como será fixado o conteúdo dos espaços deixados propositadamente pelo legislador. Não há interpretação que não carregue consigo a pré-compreensão daquele que a realiza. Integra o denominado ciclo hermenêutico.

89. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudo em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95

No processo de preenchimento há escolha, há opção, vinculada, conforme já visto, aos parâmetros do sistema, tal como o administrador público deles não pode fugir.

Há, portanto, um ato de vontade, o que não significa arbitrariedade, conforme salienta Karl Engisch quando afirma:

de diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do direito, através do direito equitativo, através do *jus aequum* que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de valorações e decisões de vontade. Neste ponto, vimo-lo, ora mais subordinado a critérios objetivos (lei moral, valorações da camada dirigente), ora mais entregue à bússola da concepção individual. Mas justamente neste último caso ainda não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralegais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exatamente a decisão material, mas em todo o caso lhe dão um quadro lógico de suporte. Subsiste sempre, no entanto, a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão de vontade.⁹⁰

As cláusulas gerais, como aponta Didier, exigem concretização e não subsunção.⁹¹

Assim sendo, e diante do quanto foi exposto, principalmente em face dos inúmeros argumentos contrários ao que defendemos, não temos dúvida quanto ao poder discricionário judicial. No campo em estudo – termos indeterminados e cláusulas gerais - consideramos a discricionariedade como a possibilidade de escolha atribuída ao juiz no preenchimento dos termos indeterminados ou na aplicação de cláusulas gerais, vinculada ao próprio sistema, tal como ocorre hoje com o administrador público e com o legislador. Elial da Silva Ramos esclarece a respeito que o juiz nessas situações exerce a discricionariedade não vinculada a juízo de conveniência e oportunidade “e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir a consciência jurídica geral”.⁹²

Não apenas diante dessas duas situações há exercício do poder discricionário. Exemplo que aqui ocorre é o da decisão fixando o valor da indenização, seja por danos materiais, estéticos, morais.

90. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 249

91. DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 1 v. 12 ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 34

92. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125

Registramos, por fim, que a garantia contra a arbitrariedade reside no contraditório, no duplo grau de jurisdição e, principalmente, na obrigação de fundamentar a decisão. Aponta Robert Alexy que é através da argumentação que os juízes podem legitimar suas decisões, utilizando-se de critérios formais da qualidade de um sistema argumentativo, como a consistência e coerência. A teoria dos princípios surge como elemento necessário na aplicação da coerência, na medida em que a própria justificação dos valores morais que tangenciam os princípios é capaz de embasar os argumentos utilizados nas decisões judiciais⁹³. Todo o ato que é fundamentado, motivado, é passível de ser objeto de controle.

4. O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NO PREENCHIMENTO DA LACUNA

Ressaltamos, de logo, que a nosso ver o ordenamento, abrangendo as regras, princípios e valores, não tem lacunas. Todas as soluções devem ser pautadas nessas normas. O que pode ocorrer é a ausência de regra expressa ou a sua inadequação, seja ontológica, seja axiológica. É, portanto, nessa perspectiva que admitimos a possibilidade de lacuna.

Assim sendo, admitida a impossibilidade de ser *expressamente* completo o ordenamento jurídico, verificaram-se as técnicas necessárias ao atendimento de situações entendidas como de lacuna, a fim de ser preservado o sistema, como um todo, em face de sua universalidade. Simultaneamente, definiram-se as regras de eliminação das possíveis contradições, em defesa da consistência do ordenamento, ou seja, da sua harmonia, da sua unidade.

Afastada a possibilidade do juiz do direito alternativo, que julga livremente sem vinculação a qualquer parâmetro normativo, com base em seu crivo do que entende ser justo, a prestação jurisdicional não pode ser negada, ainda que não haja texto expresso oferecendo a solução para o conflito processualizado.

As lacunas podem ser intencionais ou não intencionais, conforme lembra Maria Helena Diniz. As primeiras, também designadas voluntárias

são as que o legislador, propositadamente, deixa em aberto, porque a matéria, por ser assaz complexa, exigiria normas excessivamente minuciosas ou porque, por não se sentir em condições adequadas, entende ser mais propício confiar ao juiz a missão de encontrar a norma mais específica.⁹⁴

93. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo* (Trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

94. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.86

Interessante a classificação que a autora apresenta das lacunas não intencionais, pois afasta o mito de se ter como lacuna apenas a ausência de norma expressa. Afirmar ela que as lacunas podem ser normativas, ontológicas e axiológicas. As primeiras ocorrem quando não houver norma sobre determinada situação. As segundas, ontológicas, “se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso tecnológico acarretarem o anquilosamento da norma positiva”. As últimas, axiológicas, são verificadas “no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas que, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta”.⁹⁵

Constatada a lacuna, cumpre decidir utilizando-se as técnicas para tanto estabelecidas ou no próprio sistema, hipótese em que os autores questionam a existência de efetiva omissão do legislador, já que a solução de preenchimento é oferecida, ou extra-sistema, com base nas máximas de experiência ou conhecimentos outros, desde que sempre haja a justificativa da decisão, a fim de ser aferida em grau de recurso, se assim o quiser qualquer uma das partes. Considerando os dois caminhos de integração do sistema, Maria Helena Diniz aponta que as técnicas podem ser de auto-integração e de hetero-integração. Na primeira, recorre-se à fonte primeira do sistema, ou seja, a lei, tendo como elemento típico a analogia. Pela segunda, buscam-se mecanismos diversos da lei, ou seja, os princípios e o costume. Entendo, no entanto, que, tratando-se de princípios de direito, a solução é de auto-integração.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁹⁶ distingue entre os instrumentos de preenchimento ou colmatação da lacuna os quase lógicos e os institucionais. Os primeiros diferenciam-se por exigirem alguma forma de procedimento analítico, aparentando um raciocínio formal. São a analogia, a indução amplificadora e a interpretação extensiva. Já os institucionais são os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade, que se apóiam na concepção de instituição, manifestando argumentos materiais.

Para o autor analogia ocorre quando uma norma estabelecida com e para determinada *facti species* é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança. Seria uma aplicação extensiva, designação que tem levado a muita confusão entre analogia e interpretação extensiva. Aplicação extensiva de princípios extraídos de uma lei a casos juridicamente semelhantes, ou seja, essencialmente iguais nos aspectos importantes e desiguais

95. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p95

96. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, p. 282 e seguintes

nos aspectos secundários, tendo em vista uma decisão. Ou, ainda, aplicação de disposições legais positivadas a casos não totalmente conformes e não regulados expressamente, mas que podem ser subsumidos às idéias fundamentais daquelas disposições.

Carlos Maximiliano afirma que “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. Essa técnica decorre da constatação de que “sempre haverá lacunas no texto, embora o espírito do mesmo abranja órbita mais vasta, todo o assunto inspirador do código, a universalidade da doutrina que o mesmo concretiza”.⁹⁷

Maria Helena Diniz noticia que a analogia

é um procedimento argumentativo, sob o prisma da lógica retórica, que teria por escopo transferir valores de uma estrutura para outra. Teria um caráter inventivo, uma vez que possibilita ampliar a estrutura de uma situação qualquer, incorporando-lhe uma situação nova, tendo por base o juízo de semelhança.⁹⁸

Esclarece Carlos Maximiliano que a analogia, ao contrário do que tradicionalmente se afirmava, não se funda na vontade presumida do legislador, e sim no princípio da igualdade jurídica, “o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes”.⁹⁹

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz, justificando a sua opção na circunstância de que

o processo analógico constitui um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude, fundando-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas, substancialmente, semelhantes, sem contudo ter por objetivo perscrutar o exato significado da norma, partindo, tão-somente, do pressuposto de que a questão *sub judice*, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão.¹⁰⁰

Larenz também defende que a transposição analógica funda-se na semelhança. “Ambas as hipóteses legais hão-de ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos para a valoração legal: quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual”.¹⁰¹

97. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.208

98. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 146

99. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.210

100. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157

101. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 541

Embora considerada destituída de utilidade científica por alguns autores, por se entender tratar-se de variante de uma mesma idéia, Maximiliano distingue analogia *legis* e analogia *júris*. A primeira ocorre quando falta apenas um dispositivo em determinada lei. A segunda, quando “não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie, nem sequer de modo indireto”.¹⁰² Nesta segunda situação, torna-se necessário construir a norma “pela combinação de muitas outras, que constituem visível aplicação de um princípio geral, embora não expresso; elabora-se preceito completamente novo, ou um instituto inteiro, segundo os princípios de todo o sistema em vigor”.¹⁰³

Karl Larenz adota a classificação apontada. Admite que “na maioria dos casos em que falamos em lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto”.¹⁰⁴

Cumprе ressaltar que semelhança não significa igualdade, pois se assim fosse não havia necessidade do recurso à analogia. Semelhante significa pontos em comum essenciais e pontos secundários diferentes e que a similitude é suficientemente forte para justificar a igualdade de tratamento jurídico.

O aplicador do direito, ao constatar a lacuna, verifica a possibilidade de analogia. Para tanto há que haver uma hipótese não prevista em lei ou em relação à qual a previsão está em desuso ou em contraposição aos princípios gerais, constitucionais ou específicos. Em seguida, verifica a existência ou não de semelhança nos pontos principais entre as duas situações, ou seja, entre a que está descrita no texto legal e a verificada na prática. Neste processo, deve utilizar inteligência, discernimento e rigor lógico, não cabendo papel de assistente ou simplesmente mecânico. Tem que justificar a escolha feita, o raciocínio que engendrou. A força persuasiva da decisão tomada depende da argumentação do intérprete no sentido de demonstrar que a semelhança entre as situações que compara é fundamentada no próprio sistema.

Conforme aponta Maria Helena Diniz “o juiz deverá investigar as normas que contemplem hipótese semelhante ao caso em tela, a realidade social, o sentido dos fatos, indagando dos valores que informam a ordem jurídica, passando de um subsistema a outro”.¹⁰⁵

102. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.210

103. Id., *ibid.*, loc. cit.

104. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p.528

105. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 147

Tércio Sampaio Ferraz Jr. cuida ainda da indução amplificadora e da interpretação extensiva. A primeira consiste em procedimento mais complexo do que a analogia. Além do juízo empírico da semelhança, do juízo de valor sobre o caráter mais significativo da coincidência para efeitos jurídicos, tem que se extrair da comparação e da valoração um princípio geral. A distância entre a norma e o caso omissis é maior. Cresce a liberdade do intérprete. A força persuasiva do procedimento depende de consenso menos evidente do que ocorre na analogia sobre a semelhança.¹⁰⁶

A interpretação extensiva, cuja função integradora pode ser questionada, já que não há, na verdade, lacuna no sistema, é tida pelo autor como procedimento em que se parte de uma norma e estende-se a casos que estão compreendidos implicitamente em sua letra ou explicitamente em seu espírito. Na analogia e na indução amplificadora o caso é omissis, tanto na letra, quanto no espírito de qualquer norma do ordenamento.

Para Carlos Maximiliano a interpretação extensiva e a analogia diferem em mais de um aspecto. Nesta

há um pensamento fundamental em dois casos concretos; na interpretação é uma idéia estendida, dilatada, desenvolvida, até compreender outro fato abrangido pela mesma implicitamente. Uma submete duas hipóteses práticas à mesma regra legal; a outra, a analogia, desdobra um preceito de modo que se confunda com outro que lhe fica próximo.¹⁰⁷

Adiante esclarece que a analogia é voltada para a lacuna do direito positivo em face das situações já analisadas de lacuna. Já a interpretação extensiva “completa a norma existente, trata de espécie já regulada pelo código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste”.¹⁰⁸

Segundo o autor, em um existe um dispositivo expresso, no outro não; analogia busca uma idéia geral também aplicável à situação não contemplada, enquanto a interpretação por extensão busca o sentido amplo, expresso e implícito, de um preceito já estabelecido. Enfim, a analogia revela uma norma nova, enquanto na interpretação extensiva apenas se esclarecem o verdadeiro sentido e abrangência da norma antiga.

Conclui Carlos Maximiliano que

106. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, p. 282 e seguintes

107. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.214

108. Id., *ibid.*, p.215

a interpretação revela o que a regra legal exprime, o que da mesma decorre diretamente, se a examinam com inteligência e espírito liberal; a analogia serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula preceito novo, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma.¹⁰⁹

Há que verificar se, na integração do sistema, ou seja, no preenchimento das lacunas, seja intencionais, seja não intencionais, o juiz atua de forma discricionária.

Conforme já ressaltamos, discricionariedade não significa inexistência de qualquer vinculação nem impossibilidade de controle judicial do ato. Discricionariedade ocorre sempre que a autoridade se depara com situação em que deverá, mediante valoração a ser processada por ele, emitir ato que entende ser o mais adequado e conveniente para atender a determinada finalidade. Esta é visão atual do que pode ser entendido como poder discricionário, que, no âmbito do Estado, nada mais é que um poder-dever de decidir, seja na área legislativa, seja na administrativa, seja na judicial. Esta noção, ao adentrar cada área específica, assume as características próprias de cada uma, sem perder a noção geral do que é.

Em face deste entendimento, não temos dúvida de que o juiz, em sua atuação no preenchimento das lacunas da lei, age com discricionariedade, embora vinculado aos parâmetros estabelecidos pelo sistema e obrigado a descrever o seu raciocínio e a justificar a sua conclusão, aliás, tal como o administrador público tem que escolher determinada medida e justificar a opção feita. Esta conclusão encontra respaldo no quanto afirma Maria Helena Diniz ao analisar a questão da ideologia no sistema jurídico. Afirma a referida autora:

O sistema jurídico está embebido de ideologia valorativa; seria, portanto, inútil e contraproducente embalsamar o direito numa mumificação lógica, imutável, estática, fechada e alheia à introdução de novos valores, provenientes da evolução dos tempos. De modo que o magistrado, ao integrar as lacunas, imbuído está de ideologia, pois está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, dentre várias soluções possíveis.¹¹⁰

Ao referir-se ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a autora afirma que ele, além de estabelecer critérios caracterizadores para a inclusão da norma de conduta latente no sistema, “confere ao magistrado o poder de criação da norma individual completante, permitindo assim o desenvolvimento judicial aberto”.¹¹¹

109. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.215

110. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 286

111. Id., *ibid.*, p.287

Há um poder autorizado em razão da finalidade da prestação jurisdicional, do fim do processo, poder esse que é limitado pelo próprio sistema. A decisão do juiz é norma, ainda que individual. Toda a norma, seja qual for a autoridade que a emana, decorre de uma decisão por um caminho entre muitos possíveis.¹¹²

Na atividade jurisdicional

conhecidos os fatos provados e as normas aplicáveis, surge o ato de vontade, que escolhe a norma a aplicar, dentre as suas possíveis soluções. Sendo assim, o ato de conhecimento é condição do volitivo. Se a norma geral tem várias significações, logicamente, possíveis, só uma decisão de vontade poderia, deveras, optar por uma delas. Assim sendo, a norma individual é tão somente uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.¹¹³

Essa liberdade na escolha, conforme já ressaltado mais de uma vez, não é desvinculada de qualquer parâmetro, de qualquer moldura. Há uma valoração do juiz, mas não há uma criação livre, sem parâmetros.

Discricionabilidade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.¹¹⁴

A conduta do magistrado é lícita “desde que não exceda estas finalidades tuteladas pelas disposições normativas”.¹¹⁵ Tal como ocorre com o administrador público. A sua conduta é permitida desde que não ultrapasse os limites impostos pela finalidade do ato e os parâmetros da ordem jurídica. O grau de liberdade, maior ou menor, não desvirtua a natureza do poder exercido, que é discricionário.

5. CONCLUSÃO

O ativismo judicial tem como característica essencial o afastamento da postura de neutralidade tradicionalmente adotada ou cobrada do juiz. Ocorre, por exemplo, quando ele toma a iniciativa de determinar a realização de provas não requeridas pelas partes, quando ele complementa a atividade do legislador ou quando efetiva o cumprimento da Constituição diante da omissão do titular do dever constitucional ou do seu implemento irregular

112. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.289

113. Id., *ibid.*, p.293

114. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto

Alegre: Fabris, 1993

115. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.288

Em todas essas situações, há exercício de poder discricionário pelo Juiz. Discricionariedade não significa inexistência de qualquer vinculação nem impossibilidade de controle judicial do ato. Discricionariedade ocorre sempre que a autoridade se depara com situação em que deverá, mediante valoração a ser processada por ele, emitir ato que entende ser o mais adequado e conveniente para atender a determinada finalidade. Esta é a visão atual do que pode ser entendido como poder discricionário, que, no âmbito do Estado, nada mais é que um poder-dever de decidir, dentro dos parâmetros do sistema jurídico, seja na área legislativa, seja na administrativa, seja na judicial. Esta noção, ao adentrar cada área específica, assume as características próprias de cada uma, sem perder a sua característica essencial: poder de escolha, sempre vinculado à finalidade do ato e às normas vigentes, incluindo valores, princípios e regras.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Frederico do Valle . Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. In: [http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/52/1552/DN Poder discricionario do magistrado Mitos e desafios.doc](http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/52/1552/DN_Poder_discricionario_do_magistrado_Mitos_e_desafios.doc)
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo* (Trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 20
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2003
- _____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002
- BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. IN: *Direito Constitucional em evolução. Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005
- _____. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática In: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revisita/1235066670174218181901.pdf>
- BARROSO, Luís Roberto Barroso, BARCELLOS, Ana Paula. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2003

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? (Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) Porto Alegre: Fabris, 1993
- COELHO, Inocência Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002
- CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudo em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambie.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107-114
- DELGADO, José Augusto. “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 392-420
- DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 1 v. 12 ed. Salvador: Podivm, 2010
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas
- GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudo em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87-93
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002
- GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 26. Apud PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio

- (orgs.). *Direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984
- KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudo em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 94-98
- MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007, 2ª ed
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Poderes do juízes e visão corporativa do processo*. IN: (<http://www.pge.rj.gov.br/Revista64/17-discricionariedade%20%20Judicial%20uma%20analise%20critica.pdf>), acessado em 15.09.2010.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas-data*. Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de et al. (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Artigos de convidados

NACIONAIS

III. Laicidade e Ensino Religioso nas Escolas Públicas: o caso do Rio de Janeiro
Debora Diniz

IV. O Case Management inglês: um sistema maduro?
Diogo Assumpção Rezende de Almeida



V. “Neoconstitucionalismo”:
entre a “Ciência do Direito”
e o “Direito da Ciência”
Humberto Ávila

VI. O regime processual das causas repetitivas
Leonardo José Carneiro da Cunha

VII. A boa-fé objetiva, a equidade e o abuso de poder privado nas relações contratuais
Paula Sarno Braga

INTERNACIONAIS

VIII. Blame it on the states: A comparative analysis of the American and the European State Action Doctrines
Eduardo Ferreira Jordão

IX. Derecho de Superficie, ¿Ius in re aliena? Negocio superficiario publico – negocio superficiario privado en el derecho romano clásico
Guillermo Suárez Blázquez



III

Laicidade e Ensino Religioso nas Escolas Públicas: o caso do Rio de Janeiro

Debora Diniz

Antropóloga, doutora em antropologia e professora da Universidade de Brasília. Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Resumo: Este artigo discute a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.268, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação sobre ensino religioso. A ADIN contesta os artigos 1º, 2º e 3º da Lei Estadual n. 3.459, do Rio de Janeiro, que prevêem o ensino religioso confessional nas escolas públicas. O ensino religioso no Brasil é assegurado constitucionalmente e previsto nas escolas públicas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que atribui autonomia às instituições de ensino e religiosas quanto ao conteúdo a ser ministrado, vedando o proselitismo. Mas o Brasil é um Estado laico e, portanto, o ensino religioso nas escolas públicas deve ser secular. Os artigos 1º, 2º e 3º da Lei Estadual n. 3.459 devem ser considerados inconstitucionais, pois violam a liberdade de consciência e o direito à igualdade e à diversidade social.

Palavras-chave: Ensino Religioso; Laicidade; Igualdade; Justiça Religiosa; Brasil.

Abstract: This paper discusses the ethical and constitutional issues related to the Unconstitutionality Direct Action n. 3268, proposed by the National Education Trade Union about religious teaching at Brazilian public schools. The case argues against the first three articles of the Rio de Janeiro State Act (3459/2004), which allows confessional religious education at public schools. This paper supports the thesis that Brazil is a secular state; as a consequence, religious teaching at public schools must be secular. Religious teaching is protected by the Federal Constitution, but religious proselytism at public schools is forbidden by the Education National Act. The first three articles of the Rio de Janeiro State Act (3459/2004) are thus unconstitutional, as they confront the right to equal representation and pluralism, and the individual freedom of conscience.

Keywords: Religious education; Secular State; Equality; Religious Fairness; Brazil.

Sumário: 1. Ensino religioso no Brasil: 1.1. Constituição Federal de 1988 e Lei do estado do Rio de Janeiro; 1.2. Lei de diretrizes e bases da educação – 2. Fundamentos do ensino religioso nas escolas públicas: 2.1. Laicidade, ensino religioso e escolas públicas; 2.2. Ensino religioso nas escolas públicas – cenário internacional – 3. Proselitismo religioso e justiça religiosa: 3.1. Igualdade religiosa e justiça religiosa; 3.2. Proibição do proselitismo religioso – 4. Conclusões.

1. ENSINO RELIGIOSO NO BRASIL

1.1. Constituição Federal de 1988 e lei do estado do Rio de Janeiro

A educação é um bem público no Brasil. Por meio da educação se promovem princípios e valores centrais à democracia, tais como a liberdade de pensamento e crença, a cidadania e a igualdade. A escola pública é um dos espaços privilegiados para a plena vigência da laicidade do Estado, dada a centralidade da educação para a cidadania. O ensino religioso nas escolas públicas é previsto no Brasil desde a Constituição Federal de 1934, apesar de a separação entre a ordem legal e religiosa ter sido instituída na Constituição de 1891, quando teve início o ensino secular nas escolas públicas.¹ Atualmente, o ensino religioso é previsto pelo artigo 210 da Constituição Federal de 1988.²

No Brasil, a presença do ensino religioso nas escolas públicas não é objeto de consenso democrático. Seja como um reconhecimento do humanismo pluriconfessional ou da autoridade católica na ordem política brasileira, o atual marco jurídico prevê o ensino religioso na grade da educação básica das escolas públicas: uma disciplina de oferta obrigatória, mas com matrícula facultativa a cada estudante.³ Segundo a Constituição Federal, o ensino religioso, assim como qualquer outra disciplina, deve ser regulado por conteúdos mínimos para a formação básica comum dos estudantes.

1. CURY, Carlos Roberto Jamil. Ensino religioso na escola pública: o retorno de uma polêmica recorrente. *Revista Brasileira de Educação*, n. 27, p. 183-191, 2004; COSTA, Maria Emília Corrêa da. Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97-116; GIUMBELLI, Emerson. Religião, Estado, modernidade: notas a propósito de fatos provisórios. *Estudos Avançados*, v. 18, p. 47-62, 2004; PAULY, Evaldo Luis. O dilema epistemológico do ensino religioso. *Revista Brasileira de Educação*, n. 27, p. 172-182, 2004.
2. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 210. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2009.
3. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 210, § 1º. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2009. O Brasil assinou recentemente uma concordata com a Santa Sé, em que o tema do ensino religioso foi objeto de discussão. Diversos intelectuais, ativistas e representantes de outras religiões têm se manifestado contrariamente à concordata, sob o argumento de que o acordo fere o princípio da laicidade ao propor relação formal entre o Estado e a Igreja Católica (CUNHA, Luiz Antônio. A educação na concordata Brasil-Vaticano. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 30, n. 106, 2009; FISCHMANN, Roseli. A proposta de concordata com a Santa Sé e o debate na Câmara Federal. *Educação & Sociedade*, v. 30, n. 107, p. 563-583, 2009). A discordância em relação a essa iniciativa não se refere a uma postura avessa à religiosidade, mas justamente à reafirmação da laicidade e dos princípios constitucionais da igualdade e liberdade. O reconhecimento da diversidade de crenças e confissões religiosas como valor social é fundamental à justiça religiosa.

Apesar da constitucionalidade do ensino religioso no Brasil, a legitimidade do ensino público religioso em um país laico é objeto de contestação. O principal argumento é o de que, ao abrir espaço para o ensino religioso nas instituições públicas de educação, o Estado se compromete com o reconhecimento de que a religiosidade haveria de ser um dado incontornável da boa vida. Esse reconhecimento instaura, equivocadamente, o fenômeno religioso como fundamental à formação da cidadania. Além disso, a escola pode se transformar em um espaço proselitista para algumas religiões, como é o caso das tradições cristãs, ou de invisibilidade para as tradições minoritárias, como é o caso das religiões afro-brasileiras, orientais ou indígenas.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.268, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), contesta a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei Estadual n. 3.459, de 14 de setembro de 2000, do estado do Rio de Janeiro. O Rio de Janeiro foi o primeiro estado a regular o ensino religioso por marco legal no país, pois grande parte dos estados optou por resoluções dos Conselhos Estaduais de Educação.⁴ A legislação do estado do Rio de Janeiro foi também a primeira a oferecer concurso público para o provimento de cargos de professor de ensino religioso para as escolas públicas – o ensino deve ser confessional e a habilitação do professor necessita ser avalizada por uma liderança religiosa. Dada a impossibilidade de se garantir a diversidade religiosa da sociedade brasileira no concurso, optou-se por representar as religiões hegemônicas, um sinal das forças políticas mais atuantes nesse campo no país. O pertencimento do professor à comunidade religiosa deveria ser atestado por liderança religiosa reconhecida, ou seja, além da aprovação no concurso público, o candidato deveria ser indicado por uma comunidade religiosa.

A exigência dessa dupla competência responde à expectativa de que, além do *conhecimento adquirido*, aquele passível de ser avaliado por concurso público, o futuro professor deteria também o *conhecimento iniciático*, aquele somente atestado pela autoridade religiosa. A tese da CNTE é a de que os artigos supramencionados da Lei Estadual n. 3.459 violam a separação entre a ordem normativa e a religiosa, em particular os artigos 5º e 19 da Constituição Federal, pois o Estado estaria subvencionando as religiões para ações de proselitismo religioso e somente a partir das ideias de algumas confissões religiosas. Este artigo está de

4. DINIZ, Debora; CARRIÃO, Vanessa. Ensino religioso nas escolas públicas brasileiras. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís. (Org.). *Democracia, Estado laico e direitos humanos*. São Paulo: Comissão de Cidadania e Reprodução. No prelo. Em uma matriz confessional semelhante à lei do Rio de Janeiro, a lei do estado da Bahia e a resolução do Conselho de Educação do Ceará poderiam ser objeto de contestação legal.

acordo com a interpretação da CNTE e oferece novos argumentos para a tese da inconstitucionalidade da Lei n. 3.459 do estado do Rio de Janeiro.

1.2. Lei de Diretrizes e Bases da Educação

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi o ponto de partida para o debate contemporâneo sobre o ensino religioso nas escolas públicas.⁵ O texto original do artigo 33 da LDB previa que o ensino religioso poderia ser oferecido nas modalidades *confessional* e *interconfessional*, dois conceitos que ainda estão presentes no campo do ensino religioso no Brasil.⁶ O ensino confessional seria aquele oferecido por professores ou orientadores religiosos credenciados por igrejas ou entidades religiosas. Nessa definição, *ensino religioso confessional* se confundiria com educação religiosa, semelhante àquela oferecida pelas comunidades religiosas para a formação de membros de um determinado grupo. Já o *ensino religioso interconfessional* seria fruto de um acordo entre diferentes denominações religiosas para a definição do conteúdo a ser oferecido nas escolas.

A diferença entre o ensino confessional e o interconfessional é que o primeiro não previa o acordo inter-religioso, ao passo que o segundo seria o resultado de consensos entre as religiões. Há, entretanto, uma ambiguidade conceitual na fronteira entre essas duas modalidades de ensino religioso, pois todo ensino interconfessional é também confessional em seus fundamentos. A diferença entre os dois tipos de ensino estaria na abrangência da confessionalidade: o ensino confessional estaria circunscrito a uma comunidade religiosa específica, ao passo que o interconfessional partiria de consensos entre as religiões, uma estratégia educacional mais facilmente posta em prática pelas religiões cristãs, em detrimento de outras religiões, tais como as afro-brasileiras ou indígenas.⁷

Mesmo com essa explícita abertura confessional ao ensino religioso nas escolas públicas, o que favoreceria aos interesses dos grupos religiosos, a LDB foi alvo

5. DICKIE, Maria Amélia Schmidt; LUI, Janayna de Alencar. O ensino religioso e a interpretação da lei. *Horizontes Antropológicos*, v. 13, p. 237-252, 2007.

6. BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da [República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Seção 1, p. 27.833. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?i deNorma=362578&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>>>. Acesso em: 28 jun. 2007.

7. Uma das previsões da LDB é que se estabeleçam entidades civis para garantir a oferta do ensino religioso. A tese de que seria inconstitucional a exigência de formação de entidades da sociedade civil para o provimento do ensino religioso nas escolas públicas não foi ainda superada (BORJA, Célio. O ensino religioso e o artigo 33, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998).

de discussões políticas.⁸ A principal mudança no texto foi a retirada dos tipos de ensino religioso (não há mais menção ao ensino confessional ou interconfessional), a proibição da prática do proselitismo religioso e a delegação aos sistemas de ensino da tarefa de definir conteúdos e formas de habilitação de professores de ensino religioso.⁹

Apesar de não haver Parâmetro Curricular para o ensino religioso, a LDB reafirma o seu caráter facultativo, determinando que o conteúdo deve respeitar a diversidade cultural e religiosa do Brasil, sendo, por isso, vedado o proselitismo. O artigo 33 da LDB determina que os sistemas de ensino estabelecerão o conteúdo e as formas de habilitação e admissão dos professores para o ensino religioso, em contraste com o artigo 9º da LDB, onde se prevê que as diretrizes para a educação básica serão estabelecidas pela União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A ideia de que o ensino básico deve garantir uma base comum nacional é novamente reafirmada no artigo 26 da LDB. Na mesma linha argumentativa, a Câmara de Educação Básica, pela Resolução n. 2/1998, estabeleceu as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental, que ditam princípios e fundamentos para a educação fundamental de forma a garantir a base comum.¹⁰ Ou seja, um conjunto de artigos da LDB e de dispositivos da Câmara de Educação Básica reafirma a necessidade de diretrizes comuns para a educação básica, uma estratégia de planejamento e controle dos conteúdos a serem ofertados nas escolas.

2. FUNDAMENTOS DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS

2.1. Laicidade, ensino religioso e escolas públicas

Laicidade e secularidade são dois conceitos-chave para analisar a relação dos Estados com as religiões. A depender das tradições políticas e culturais dos países, é possível que uma sociedade seja secular, porém não normativamente laica; ou que haja a separação normativa entre Estado e religiões, apesar de pouco secularizada. Poucos países explicitaram a condição de laicidade em suas constituições,

8. LUI, Janayna de Alencar. Entre crentes e pagãos: ensino religioso em São Paulo. *Cadernos de Pesquisa*, n. 37, p. 333-349, 2007; PAULY, op. cit.

9. BRASIL. Lei n. 9.475, de 22 de julho de 1997. Dá nova redação ao artigo 33 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da [República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Seção I. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1997/9475.htm>> Acesso em: 4 jun. 2009.

10. BRASIL. Ministério da Educação. Câmara de Educação Básica. *Resolução CEB n. 2*, de 7 de abril de 1998. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <<http://federacaoescolawaldorf.org.br/Juridico/legislacao/legislacao.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

como é o caso da França ou da Turquia.¹¹ A grande maioria assume o dispositivo da laicidade em consequência de outros princípios constitucionais e acordos internacionais de direitos humanos firmados por seus governantes, como ocorre no Uruguai ou no Canadá.¹² Alguns países enfrentam reformas constitucionais a fim de nomear o princípio da laicidade em suas constituições, como é o caso do México.¹³ Há ainda países que, apesar de distantes dos movimentos políticos que deram origem à laicidade ou à secularização das sociedades de tradição cristã, enfrentam o tema da diversidade religiosa por meio de outras estratégias políticas, como é o caso da Índia ou do Japão.¹⁴

O Brasil é um país laico. A laicidade deve ser entendida como um dispositivo político que organiza as instituições básicas do Estado, tais como as cortes, os hospitais e as escolas públicas, e regula seus funcionamentos quanto à separação entre a ordem secular e os valores religiosos.¹⁵ Não há religião oficial no Brasil, e as liberdades de consciência e de crença são garantias constitucionais, o que protege o direito de expressão tanto dos crentes religiosos como dos não religiosos. Não é permitido ao Estado estabelecer vínculos com grupos religiosos, uma exigência que estimula a neutralidade, a igualdade e a não discriminação no funcionamento das instituições básicas.¹⁶ O dispositivo jurídico da laicidade está presente em nosso ordenamento constitucional, além de ser periodicamente reafirmado pelos acordos

11. AKBULUT, Olgun; USAL, Zeynep. O. Parental religious rights vs. compulsory religious education in Turkey. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 15, n. 4, p. 433-455, 2008; BAUBÉROT, Jean. Cultural transfer and national identity in French laicity. *Diogenes*, v. 55, n. 2, p. 17-25, 2008; DAVISON, Andrew. Turkey, a 'secular' State? The challenge of description. *South Atlantic Quarterly*, v. 102, n. 2/3, p. 333-350, 2003.

A Constituição russa anuncia o caráter secular do Estado. Apenas para fins de precisão argumentativa, a referência exclusiva à França e à Turquia deve-se à presença do conceito de "laico" ou "laicidade" (CODEVILLA, Giovanni. Relations between church and State in Russia today. *Religion, State and Society*, v. 36, n. 2, p. 113-138, 2008). No entanto, "laico" e "secular" vêm sendo utilizados como sinônimos no léxico ativo do russo.

12. GUIGOU, Lélío Nicolas. *A nação laica: religião civil e mito-práxis no Uruguai*. 200f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000; KOUSSENS, David. Neutrality of the State and regulation of religious symbols in schools in Quebec and France. *Social Compass*, v. 56, n. 2, p. 202-213, 2009.

13. Na Constituição mexicana de 1917, apesar de reafirmado o princípio de separação entre o Estado e as igrejas, o termo "laico" só aparece no artigo 3º, onde é assegurada a educação laica.

14. BALAGANGADHARA, S. N.; DE ROOVER, Jakob. The secular State and religious conflict: liberal neutrality and the Indian case of pluralism. *Journal of Political Philosophy*, v. 15, n. 1, p. 67-92, 2007; FUJIWARA, Satoko. Problems of teaching about religion in Japan: another textbook controversy against peace? *British Journal of Religious Education*, v. 29, n. 1, p. 45-61, 2007; SHIOSE, Yuki. Japanese paradox: secular State, religious society. *Social Compass*, v. 47, n. 3, p. 317-328, 2000.

15. MILLOT, Micheline. *Laïcité dans le nouveau monde: le cas du Québec*. Québec: Brepols, 2002. 177 p.

16. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 19. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2009.

internacionais dos quais o Brasil é signatário, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino; e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

A escola pública é um dos espaços em que se atualiza a controvérsia sobre os conteúdos da laicidade. Os temas do ensino religioso e da liberdade religiosa provocam os sentidos da laicidade em cortes nacionais e internacionais.¹⁷ Discute-se desde o caráter compulsório do ensino religioso até a definição de conteúdos e materiais didáticos, além das fronteiras do direito individual à expressão religiosa, tais como o uso de adornos corporais por estudantes ou professores. Dada a repetição dos litígios e decisões, algumas tendências de julgamento começam a ser desenhadas pelos fóruns internacionais, em particular pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.¹⁸ A mais significativa delas é a proibição do proselitismo religioso nas escolas.

2.2. Ensino religioso nas escolas públicas – cenário internacional

Vários países enfrentam a questão da laicidade tendo a escola pública como ponto de partida das reflexões, dado seu papel para a formação da cidadania.¹⁹ A França é um país onde a questão religiosa nas escolas públicas é central à noção de laicidade como neutralidade confessional da república.²⁰ A posição francesa é, ao mesmo tempo, considerada um caso-limite e um caso-modelo sobre como o diálogo religião e sociedade pode ser travado politicamente. Há mesmo quem sustente que o próprio conceito de laicidade deve ser considerado uma “exceção francesa”, não havendo sentidos correlatos em outros países.²¹

Há autores que entendem a posição francesa como de desrespeito à diversidade e à liberdade religiosa, por impedir que estudantes compareçam à escola portando símbolos religiosos, tais como vestimentas ou adornos corporais ostensivos.²²

17. AKBULUT; USAL, op. cit.; GEDICKS, Frederick Mark. Religious exemptions, formal neutrality, and laïcité. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 13, n. 2, p. 473-492, 2006.

18. AKBULUT; USAL, op. cit.

19. AKBULUT; USAL, op. cit.; KOUSSSENS, op. cit.

20. BAUBÉROT, Jean. *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*. Paris: Seuil, 2004. 288 p.; ESTIVALEZES, Mireille. Le contexte sociohistorique du débat. In: _____. *Les religions dans l'enseignement laïque*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005. p. 9-76; PENA-RUIZ, Henri. *Qu'est-ce que la laïcité?* Paris: Gallimard, 2003. 347 p.

21. BAUBÉROT, 2008, op. cit.

22. Não há ensino religioso nas escolas públicas francesas, exceto na região da Alsácia-Mosele, onde o ensino religioso é compulsório e tenta cobrir quatro grupos de estudantes (católicos, luteranos, calvinistas e

Nessa linha argumentativa, a França deveria ser entendida como um caso-limite onde a laicidade como neutralidade pode, ao invés de facilitar a convivência plural, aumentar as distâncias culturais e sociais pela política de assimilação coercitiva, em particular quando os conflitos são com as tradições islâmicas. Em nome da neutralidade, o Estado francês imporá limites à liberdade religiosa na esfera pública, um espaço de monopólio político estatal.²³ Para os autores que entendem a posição francesa como caso-modelo, um Estado laico deve ser neutro em matéria religiosa, o que significa a separação radical entre religião e instituições básicas do Estado.²⁴ Como a educação é um bem público e religião é matéria de ética privada, crenças e valores religiosos deveriam ficar restritos às comunidades morais de que participam os cidadãos, portanto, ausentes das escolas públicas.²⁵

A estratégia francesa é a de não reconhecer caráter primordial ou fundador à vida social no fato religioso, mas ao mesmo tempo em que o identificá-lo como um tema propício a conflitos morais. Na compreensão republicana francesa, o fato religioso deve ser entendido como qualquer outro fato social: não há caráter especial na sua expressão simbólica. Na busca por garantir um espaço público que possibilite *a priori* a liberdade de opinião e de pensamento, o fato religioso não compõe o currículo de escolas e universidades financiadas pelo Estado.²⁶ O debate em torno do uso do lenço ou do véu por estudantes muçulmanas, do solidéu por estudantes judeus e de cruzes por estudantes cristãos, bem como a decisão de proibi-los nas escolas públicas, é, certamente, o exemplo mais recente da política francesa sobre a separação entre educação e religiões.²⁷ A tese francesa é que a

judeus). Os estudantes que não desejam participar das aulas de ensino religioso têm aulas de moral. Após o *affair foulard* (questão do lenço) nos anos 2000, a Comissão Stasi sugeriu a inclusão do islamismo no programa de ensino religioso. Grande parte das estudantes expulsas pelo uso do lenço era da região de Mosele (SCOTT, Joan W. Symptomatic politics: the banning of Islamic head scarves in French public schools. *French Politics, Culture and Society*, v. 23, p. 106-127, 2005; HANCOCK, Claire. Spatialities of the secular: geographies of the veil in France and Turkey. *European Journal of Women's Studies*, v. 15, n. 3, p. 165-179, 2008; KANH, Pierre. *La laïcité*. Paris: Le Cavalier Bleu, 2003. 123 p.; NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience: in defense of America's tradition of religious equality*. New York: Basic Books, 2008. 412 p.

23. CHELINI-PONT, Blandine. Religion in the public sphere: challenges and opportunities. *Brigham Young University Law Review*, p. 611-628, 2005.

24. BAUBÉROT, 2008, op. cit.

25. KANH, 2003, op. cit.

26. KINTZLER, Catherine. *Tolerancia y laicismo*. Buenos Aires: Del Signo, 2005. 64 p.

27. Na França o *affair foulard* foi certamente o de maior impacto internacional. Há, no entanto, casos judicializados semelhantes em diversos países, sendo que a Suíça, a Alemanha e a Turquia assumiram posições semelhantes proibindo o uso de símbolos religiosos nas escolas públicas. FRANÇA. Loi n. 2004-228, du 15 mars 2004. Encadre, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. *Journal Officiel de la République Française [J.O.]*, 17 mars 2004. p. 5190, JCP G 2004, n. 13, Actu. 168. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf? numjo= MENX0400001.L>>. Acesso em: 10 de março de

escola pública é um espaço de promoção da cidadania e, portanto, não pode ser disputada por crenças privadas.

A Turquia oferece um novo sentido à concepção de laicidade. Sendo esse um dos poucos países em que a laicidade é explicitada na Constituição, tal dispositivo somente recentemente foi confrontado na escola pública. Historicamente, a laicidade na Turquia foi uma expressão de identidade, de pertencimento de classe e de constituição de nação, em particular com as reformas religiosas.²⁸ Diferentemente da França, o ensino religioso é compulsório na Turquia, havendo exceções para os estudantes não muçulmanos. No entanto, as aulas de ensino religioso, além de inspiradas no islamismo sunita, ignoram a diversidade religiosa. Se, na França, a laicidade é um dispositivo que se projeta como anterior ao pacto político, garantindo o funcionamento das instituições básicas pela neutralidade do Estado, na Turquia a laicidade institui a subordinação das religiões ao Estado.

Mesmo nos países europeus de tradição cristã, a laicização não se deu de forma homogênea. A experiência belga se distingue da francesa pelo compromisso estabelecido entre católicos e seculares na garantia do direito constitucional à liberdade de expressão, uma brecha para religiosos levarem seus pontos de vista aos debates e às instituições públicas.²⁹ A Bélgica estabeleceu um Pacto Escolar, garantindo o ensino religioso nas escolas públicas, além da oferta do ensino opcional do que denomina “moral não confessional ou laica”. Houve um deslocamento processual do debate sobre laicidade de uma militância anticlerical para uma situação de pluralismo.³⁰

A Espanha e a Itália instituíram a separação entre o Estado e a Igreja em 1978 e 1984, respectivamente. Nesses países, as disputas morais entre católicos e seculares são mais acirradas, decorrendo em leis que tratam da inexistência de deus, na Espanha, e da tipificação da blasfêmia como delito, na Itália.³¹ A laicização deve ser compreendida como um processo, havendo situações em que Estados laicos mantêm legislações avessas às liberdades seculares, como é o caso do Chile, que, apesar de ter instituído a separação entre o Estado e as religiões

2010; ROY, Olivier. *La laïcité face à l'islam*. Paris: Stock, 2005. 171 p.; WEREBE, Maria José Garcia. A laicidade do ensino público na França. *Revista Brasileira de Educação*, n. 27, p. 192-197, 2004.

28. DAVISON, 2003, op. cit.; GULALP, Haldun. Whatever happened to secularization? The multiple Islams in Turkey. *The South Atlantic Quarterly*, v. 102, n. 2/3, p. 381-395, 2003.

29. HAARSCHER, Guy. *La laïcité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. 126 p.

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

desde a Constituição de 1925, teve a lei do divórcio aprovada apenas em 2004.³² No Brasil, ocorrem processos semelhantes, por exemplo, a resistência política à aprovação de leis que confrontem a moral católica, tal como a descriminalização do aborto, a criminalização da homofobia ou o direito à constituição de casamento por pessoas não heterossexuais.

Nas Américas de tradição cristã, o caso do México é significativo. A sociedade mexicana teve, por meio da laicização do Estado a garantia de liberdades que antes não existiam no país, tais como o direito ao registro civil, anteriormente condicionado ao batismo, o direito ao casamento civil e também o de ser enterrado nos cemitérios públicos independentemente da confissão católica.³³ Até o início do século XIX, a Constituição mexicana, de 1824, legitimava o catolicismo como religião oficial e proibia o exercício de outras confissões. Foi apenas com o posicionamento contrário da Santa Sé à independência do México que as Constituições passaram a assumir um caráter laico, sobretudo pela omissão de privilégios à Igreja Católica nas redações constitucionais. Em 1857, a Constituição do México estendeu o direito ao casamento e ao enterro a todos os cidadãos mexicanos, independente de serem católicos. Esse processo, em 1917, culminou no fim do patrocínio estatal à Igreja Católica, na proibição da atividade política a ministros de culto religiosos e no veto a partidos políticos com referenciais religiosos.³⁴ Neste momento, o México enfrenta uma proposta de reforma constitucional para a inclusão da expressão “república laica” na Constituição Federal.

Com uma experiência muito diversa da dos países liberais de tradição cristã, a Índia enfrenta a questão da separação entre Estado e religiões, muito embora não no campo educacional.³⁵ O principal desafio à convivência pacífica entre as religiões na Índia é sobre como definir o fenômeno religioso para fins de organização política da sociedade. O crescimento de religiões semitas, em particular do catolicismo e do islamismo, provocou a pergunta de se os direitos à conversão religiosa e ao proselitismo religioso seriam direitos fundamentais dos indivíduos, tais como propostos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ou se seriam ameaças à convivência pacífica entre os grupos religiosos. Como a possibilidade da conversão inexistente no hinduísmo, principal grupo religioso indiano, o desafio imposto pela noção de

32. BLANCARTE, R. J. El porqué de un Estado laico. In: _____. *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*. México: El Colégio de México, 2008. p. 29-46.

33. Ibid.

34. Ibid. Para uma análise da situação das Américas, vide: ORO, A; URETA, M. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horizontes Antropológicos*, v. 13, n. 27, p. 281-310, 2007.

35. BALAGANGADHARA; ROOVER, 2007, op. cit.

uma verdade única no campo religioso foi provocado pelas religiões monoteístas, em particular pelo catolicismo e islamismo. Há quem sustente que, em um contexto de grandes diferenças entre as religiões, uma posição de neutralidade do Estado indiano em matéria religiosa pode favorecer a desarmonia entre os grupos religiosos, ao invés de promover a tolerância.³⁶

3. PROSELITISMO RELIGIOSO E JUSTIÇA RELIGIOSA

3.1. Igualdade religiosa e justiça religiosa

A liberdade religiosa se associa aos direitos constitucionais de liberdade de consciência, de crença e de expressão. Qualquer instituição religiosa razoável tem o direito de professar sua fé e de transmitir a sua doutrina. A liberdade religiosa, associada ao princípio da igualdade e ao reconhecimento da diversidade social e cultural, se atualiza em um cenário social heterogêneo, marcado por disputas morais entre diferentes grupos e instituições, todos imbuídos do direito à liberdade de crença e de expressão. Nesse sentido, cabe diferenciar *liberdade religiosa* de *igualdade religiosa*, dado que é responsabilidade do Estado brasileiro estabelecer condições de organização do espaço público de modo a não privilegiar uma posição religiosa em relação às demais.

A noção de justiça religiosa visa resgatar a pluralidade, a igualdade e a liberdade de consciência como direitos fundamentais e anteriores ao direito à educação religiosa, dado o risco do proselitismo no ensino religioso oferecido pelas escolas públicas estatais. O ensino religioso no Brasil requer a justiça religiosa, a despeito de as diferentes confissões religiosas poderem ser qualificadas como majoritárias ou minoritárias de acordo com a realidade nacional. O ensino religioso em um Estado laico não deve contribuir para a compulsoriedade do exercício de qualquer confissão religiosa, sendo tão importante quanto apresentar a diversidade das religiões também sinalizar para a existência de pessoas que não professam religião alguma, sem ônus moral para a significação social desses grupos. Esse risco não se verifica com a mesma intensidade no ensino religioso oferecido pelas escolas privadas com determinada “orientação confessional”, conforme a LDB, artigo 20, inciso III. Nesse último caso, a preferência da família ou do estudante pela matrícula em escola privada confessional caracteriza-se como um exercício individual e particular de liberdade religiosa.

36. Ibid.

Nesse sentido, o ensino religioso em escola pública de um Estado laico não pode ser confessional, tal como exigido pela Lei Estadual n. 3.459, do Rio de Janeiro, pois essa é uma identidade moral que viola a igualdade religiosa e a justiça religiosa, isto é, o igual direito à representação das religiões na educação pública. Tão claramente houve violação da igualdade religiosa nessa lei que somente duas matrizes religiosas (católica e evangélica) foram especificadas no Edital para Concurso Público para Professor Docente I para o Ensino Religioso.³⁷ Somente o ensino religioso secular garantiria a justiça religiosa, dada a total impossibilidade de representação confessional de todos os credos existentes na sociedade brasileira.

A definição de uma entidade como grupo religioso é dada pelos próprios membros fundadores das religiões, ou seja, trata-se de uma definição estatutária da entidade registrada em sua missão e seus objetivos institucionais. Assim, a exigência de representação da diversidade religiosa para a oferta do ensino religioso nas escolas públicas pressupõe um paradoxo, dado o caráter permanentemente mutável e criativo de emergência de novas entidades com estatuto de comunidade religiosa dotada do direito a pleitear representação no conteúdo de ensino religioso.

O ensino religioso secular é o que atenderia às exigências constitucionais nas escolas públicas, mas também o que garantiria a proteção e a liberdade de crença, consciência e religião. Por ensino religioso secular, deve-se entender a apresentação do fenômeno religioso como um objeto de conhecimento compartilhado, submetido à dúvida acadêmica e passível de contestação por especialistas leigos ou religiosos. Assim como qualquer outro conteúdo a ser ministrado nas escolas públicas, o ensino religioso secular deve ser avaliado por órgãos do Ministério da Educação para a definição de conteúdos mínimos, livros didáticos e qualificação dos docentes.

3.2. Proibição do proselitismo religioso

Como não há definição de proselitismo religioso em nenhum documento federal, deve-se entender por proselitismo religioso expressões de dogmatismo que resultam em discriminação social, cultural ou religiosa e que ameaçam a igualdade e o reconhecimento entre as religiões.³⁸ O proselitismo parte da certeza de uma

37. RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Educação. *Edital*. Concurso público para professor docente para ministrar a disciplina ensino religioso. Rio de Janeiro: Secretaria de Educação, 2003.

38. O conceito de discriminação adotado foi o do artigo I da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). Ratificada pelo Brasil em 1967, a convenção estabelece que: “O termo discriminação abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por

verdade única no campo religioso e ignora a diversidade. É, portanto, uma ameaça à justiça religiosa e ao igual direito de representação das religiões nos espaços legitimados pelo Estado, como é o caso do ensino religioso.

A afirmação da LDB, ao proibir o proselitismo religioso, é que *ensino religioso* não se confunde com *educação religiosa*, não sendo razoável o ensino religioso confessional nas escolas públicas. A confessionalidade ameaça a justiça religiosa, não promove a diversidade, não garante a igualdade entre os grupos religiosos e invisibiliza a realidade social de indivíduos que não professam nenhuma religião. A confessionalidade é a expressão autêntica de um ato de fé, garantida pelo princípio constitucional da liberdade de pensamento. Os templos, os terreiros ou as igrejas são alguns dos espaços legítimos para sua demonstração em um Estado laico. As escolas públicas são os espaços de promoção de um bem público que é a educação, portanto, devem ser espaços protegidos de interesses particulares, sejam eles religiosos ou não. Por isso, a entrada das religiões nas escolas públicas deve ser feita a partir da transição do *conhecimento iniciático* para o *conhecimento compartilhado*, isto é, somente após o afastamento da fé como verdade absoluta e universal e a submissão do conhecimento religioso ao pacto político.

A Lei Estadual n. 3.459 e o Edital para Concurso Público para Professor Docente I para o Ensino Religioso confundem ensino religioso com educação religiosa, por isso determinam que o ensino religioso deve ser confessional e de acordo com as matrizes religiosas especificadas no Edital do Concurso. Além disso, pressupõem, equivocadamente, que somente professores iniciados em uma fé estejam capacitados para o ensino religioso em uma escola pública de um Estado laico. Como qualquer outro conteúdo da formação básica de crianças e adolescentes, o ensino religioso deve ser oferecido por profissionais capacitados por critérios acadêmicos a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação e não por comunidades religiosas.

Um Estado laico, que assegura igualdade de direitos, de representação, de crença e liberdades individuais, não deve atribuir anterioridade ao fato religioso. Cabe ao Estado reconhecer a religiosidade como um fato social, mas não como campo de determinação das próprias condições de sociabilidade. Em relação à regulação do ensino religioso, a suposta anterioridade do fato religioso sobre os demais fatos sociais delegou superioridade às autoridades religiosas e seus representantes que assumem cargos públicos na definição do modo como o ensino religioso seria operacionalizado, sendo exatamente esse o caso da legislação do

objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino” (UNESCO. *Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino*. Paris: Unesco, 1960 [2003]).

estado do Rio de Janeiro. A confissão ou o conhecimento iniciático em determinada doutrina não deve ser o parâmetro para a qualificação do ensino religioso nas escolas públicas, pois o fundamental em um Estado democrático e laico é que os atos normativos e legais reflitam não princípios doutrinários relativos a religiões, mas os princípios éticos constitucionais. A liberdade religiosa e de crença é facultada a todos os cidadãos, mas a decisão sobre os critérios a partir dos quais o ensino religioso será oferecido às crianças e aos adolescentes não deve se pautar na especificidade das confissões, sob o risco de discriminação e uso do espaço público para o exercício do proselitismo.

4. CONCLUSÕES

A Constituição Federal de 1988 atesta o fundamento laico de nossa organização social e política. Apesar de não haver um artigo que enuncie diretamente o caráter laico do Estado, o texto constitucional assegura a liberdade de consciência e crença, bem como estabelece a não interferência e dependência do Estado em relação às igrejas. Nesse sentido, não haveria religião oficial adotada pelo Estado brasileiro, e a diversidade de confissões deve ter o mesmo espaço de representação no espaço público, sem privilégio de uma doutrina religiosa específica sobre as demais crenças.

A laicidade é um dispositivo jurídico e sociológico. A justiça religiosa é o que irá fortalecer o dispositivo da laicidade nas instituições básicas do Estado, mas também o que promoverá o direito à igualdade de representação entre as religiões no campo do ensino público. A laicidade diz respeito não apenas ao direito de professar ou não uma religião e o dever de neutralidade do Estado em matéria religiosa, mas também a como garantir o igual direito de representação pelas comunidades religiosas nos espaços públicos do Estado. A justiça religiosa é um dos princípios básicos para a promoção da cultura dos direitos humanos em nações cuja laicidade se expressa pela pluriconfessionalidade.

O ensino religioso no Brasil é assegurado constitucionalmente, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação prevê o ensino religioso nas escolas públicas, atribuindo autonomia às instituições de ensino e às instituições religiosas quanto ao conteúdo a ser ministrado, vedando, no entanto, o proselitismo religioso. Por proselitismo religioso, deve-se entender a sobreposição entre ensino religioso e educação religiosa. Nesse sentido, os artigos 1º, 2º e 3º da Lei Estadual n. 3.459, do estado do Rio de Janeiro, devem ser considerados inconstitucionais. Eles propõem um movimento confessional considerado inadmissível para as escolas públicas, pois viola o direito à igualdade e à diversidade social, além da liberdade de consciência.

IV

O *Case Management* inglês: um sistema maduro?

Diogo Assumpção Rezende de Almeida

Doutorando em Direito Processual Civil pela UERJ. Mestre em Direito Processual Civil pela UERJ. Visiting Scholar na Universidade de Cambridge (Inglaterra). Advogado no Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho aborda o sistema inglês de gestão dos processos pelos juízes. O escopo da pesquisa é explorar a chamada *Wolf's Reform*, que transformou a jurisdição civil inglesa. São primeiramente analisadas as modificações culturais ocorridas e, em seguida, é abordada a outorga de poderes discricionários de gestão às cortes. São, ainda, investigados os principais instrumentos oferecidos pela legislação processual inglesa, que permitem aos juízes lidar com as demandas com atenção aos objetivos traçadas para o exercício da jurisdição. Por fim, o estudo examina as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos e as conquistas da reforma após doze anos de vigência da lei.

Palavras-chave: Direito inglês. Processo civil. Gestão de processos. Discricionariedade.

Abstract: The present work deals with the English court case management system. The aim of the research was to explore the *Wolf's Reform* which transforms the English Civil Justice. The cultural change is primarily analyzed, followed by judicial discretion and the court's new managerial powers. It is yet investigated the main instruments provided by the Civil Procedure Rules to allow the English Courts to manage cases regarding the Overriding Objective. Finally, the study deals with decisions of the European Court of Human Rights and with the *Wolf's Reform's* achievements twelve years on.

Keywords: English Law. Civil Procedure. Case Management. Discretion.

Sumário: 1. Introdução – 2. A *Wolf's Reform* e antecedentes: mudança cultural: 2.1. Mudança na cultura; 2.2. *Overriding Objective*: os escopos da jurisdição e do *case management*; 2.3. Discricionariedade – 3. A abrangência do *case management* nas *Civil Procedure Rules* (CPR): 3.1. Escolha do procedimento; 3.2. *Timetabling* e penas pelo não cumprimento das ordens judiciais; 3.3. *Default Judgment*, *Striking Out* e *Summary Judgment*: 3.3.1. *Default Judgment*; 3.3.2. *Striking Out*; 3.3.3. *Summary Judgment*; 3.3.4. Diferenças entre *Striking Out* e *Summary Judgment*; 3.4. Suspensão do processo e incentivos à utilização de ADR; 3.5. Admissão de provas e *cross examination* – 4. A reação da Corte Européia de Direitos Humanos e o impacto na Europa Continental: 4.1. Decisões da Corte Européia em relação à aplicação do *striking out*; 4.2. Entendimento da Corte Européia a respeito do incentivo à utilização de mediação; 4.3. O impacto das CPR na Europa Continental – 5. Pontos de sucesso, deficiências e perspectivas – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Após quase doze anos de vigência, as *Civil Procedure Rules* inglesas ainda despertam o interesse da comunidade jurídica global. A nova legislação processual mexeu com tradições enraizadas na cultura anglossaxã e promoveu uma revolução na justiça civil inglesa e galesa. A nova ideologia tem como principal alicerce o controle e a gestão dos processos pelos magistrados, retirando das mãos dos advogados o poder de administrar o tempo e a forma do ato processual.

O chamado *court control of litigation*, ou controle judicial sobre o processo, é o objeto do presente estudo. Pretende-se descortinar o porquê do interesse e da curiosidade de estudiosos pertencentes à família da *Civil Law* a respeito do *case management*, uma vez que a gestão de processos pelo órgão judicial em seus países não configura nenhuma novidade. Para tanto, dividiu-se o trabalho em quatro seções.

Na primeira, analisar-se-á o processo de reforma da legislação processual na Inglaterra e no País de Gales e as implicações culturais que daí decorreram. Ainda nessa seção, serão examinados os escopos traçados para o exercício da jurisdição e os instrumentos disponibilizados pelo legislador para sua consecução. No momento seguinte, é investigada a abrangência dos poderes de gestão de processos e os institutos concebidos para reduzir e adequar o procedimento. Examinar-se-á, ademais, a relação entre jurisdição e demais métodos de solução de conflito, bem como a importância da mediação para o sucesso da reforma.

O impacto das *Civil Procedure Rules* na *European Court of Human Rights* e sua influência nos demais países europeus é o objeto da seção subsequente. Finalmente, serão relatados os pontos de sucesso e de fracasso do *case management* após cerca de doze anos de vigência da lei e quais as perspectivas futuras da jurisdição civil inglesa.

2. A WOOLF'S REFORM E ANTECEDENTES: MUDANÇA CULTURAL.

Até o final da década de 1990, os litígios em matéria civil travados na Inglaterra e no País de Gales eram regulados por duas fontes legislativas de direito processual, quais sejam, RSC (*Rules of the Supreme Court*), que lidavam com questões referentes à *High Court* e à *Court of Appeal*, e CCR (*County Court Rules*). O juiz desempenhava, então, um papel passivo, por meio do qual apenas reagia às provocações das partes e de seus advogados, os efetivos responsáveis pela

gestão dos processos. As diretrizes sugeridas pela corte podiam ser ignoradas sem maiores conseqüências.¹

O panorama da jurisdição civil não era dos melhores, na visão do público e de especialistas. Robert Turner, juiz da Suprema Corte, identificou uma desilusão entre os jurisdicionados, decorrente da alta complexidade e dos excessivos custos da justiça civil inglesa², que refletiam no direito ao acesso à justiça. Adrian Zuckerman, professor da Universidade de Oxford, também enxergava problemas relacionados à utilização indevida e desproporcional dos recursos dos tribunais, à falta de cumprimento de ordens judiciais e ausência de instrumentos capazes de coibi-la, à alta complexidade envolvida no tratamento do caso, à duração demasiada da solução de litígios satélites sobre questões processuais e ao crescimento dos custos na utilização da jurisdição.³

O governo inglês compartilhava da mesma percepção. Em 1994, o Lord Chancellor – membro do alto escalão do governo – determinou, pois, que o *Master of Rolls*,⁴ Lord Woolf, analisasse o estado da jurisdição civil na Inglaterra e País de Gales e produzisse relatório capaz de indicar alterações legislativas voltadas à melhoria do sistema. Foram, destarte, produzidos dois relatórios sobre acesso à justiça, que apresentaram os problemas a serem enfrentados na reforma e as mudanças que Lord Woolf entendia suficientes à sua solução.⁵

A reforma que estava por vir buscava implementar um sistema que: (i) fosse capaz de conferir decisões justas; (ii) lidasse com os litigantes de maneira justa; (iii) oferecesse procedimentos adequados a custos aceitáveis; (iv) prestasse a jurisdição em tempo razoável; (v) fosse compreensível para os jurisdicionados; (vi) considerasse as necessidades dos litigantes; (vii) fosse capaz de conferir segurança jurídica; e (viii) fosse bem estruturado e organizado.⁶

1. TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 77-88, p. 79.
2. Idem, p. 78.
3. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure: principles of practice*. Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 1.
4. O segundo mais importante juiz do país, atrás do *Lord Chief Justice*.
5. V. Lord Woolf's Access to Justice reports. Disponível em <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>. Acesso em 16/11/2010.
6. Idem; CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 33-49, p. 40: "Apart from Woolf, all the reports to which I have referred adopted the same basic approach as had been adopted in the nineteenth century. They each had the same aim: to reduce litigation complexity, cost, and delay, although I should perhaps except the Peel Committee, as they explicitly stated that they were not looking to reduce litigation cost through their report".

No novo modelo, dentre as mudanças sugeridas, uma se destacava ao ser considerada a pedra angular da nova lei. Lord Woolf sugeriu, como alteração indispensável ao sucesso da empreitada, o deslocamento da gestão dos processos das mãos das partes – ou, mais precisamente, das mãos de seus advogados – para os juízes. O papel ativo da corte já vinha sendo discutido e vinha amadurecendo desde a década de 1970 na Inglaterra. Sir Jacob, falecido juiz e professor da *University College London*, em conferências realizadas nos anos de 1979 e 1980, publicadas posteriormente em 1982, já defendia o *court active role* como forma de combater os males da justiça civil, como atraso na solução dos casos e complexidade excessiva.⁷

Tendo como carro chefe o *case management* sob responsabilidade dos magistrados, as *Civil Procedure Rules* (CPR) de 1998, vigentes a partir de abril de 1999, apresentam-se não como a primeira lei processual inglesa, mas como o primeiro código de processo civil,⁸ que surpreende pela riqueza de detalhes com a qual disciplina as regras processuais, comparável aos tradicionais códigos da Europa Continental. Acompanhando as normas, foram disponibilizadas *practice directions*, isto é, diretrizes para esclarecer a aplicação das novas regras.⁹

Em que pese o grande alarde em volta da gestão processual pelas cortes, o papel ativo já era exercido, pré-CPR, pelos juízes do *Commercial Court*.¹⁰ É provável que o sucesso do *case management* obtido nesse tribunal tenha sido o propulsor faltante para a transferência de poderes entre os sujeitos do processo. O primeiro importante precedente surgiu na *House of Lords*, que reformou decisão da *Court of Appeal*,¹¹ a qual, por sua vez, havia revogado ordem de corte de primeira instância. A decisão inicial dividira as questões a serem julgadas, adiantando a apreciação de questão prejudicial e de mais simples solução. A *House of Lords* sustentou que

7. JACOB, (Sir) Jack I. H. *The Reforms of Civil Procedural Law*. London: Sweet & Maxwell, 1982, p. 6-7, 25 e 64.

8. ANDREWS, Neil H. *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*. Germany: Mohr Siebeck, 2008, p. 18-19.

9. CPR e Practice Directions disponíveis em www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm. Acesso em 17/11/2010.

10. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure: fundamentals of the new civil justice system*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 30-31: "Certainly, the new rules represent the greatest shake-up in civil procedure since the 1870s, when the common law and equity jurisdiction were fused in a combined High Court, or since the virtual disappearance of jury trial during the last century. It is surprising, therefore, that the merits of 'case-management', the jewel in the new procedural crown, were not tested in a pilot-scheme (outside the Commercial Court, where case-management has been practiced for some time)".

11. Para melhor compreensão do sistema de organização judiciária inglês e sua terminologia ver a boa tradução para o português da obra de Neil Andrews de nota n.º 8: ANDREWS, Neil H; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orientadora e revisora da tradução). *O Moderno Processo Civil Inglês: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2010.

o juiz identificou corretamente as questões a serem julgadas preliminarmente e não cabe ao tribunal de apelação interferir em tal decisão.¹²

Em 1995, a *High Court* estabeleceu diretrizes aos juízes para o exercício do *case management*. As funções abrangiam a possibilidade, entre outras, de limitação da *discovery* e do depoimento de testemunhas em *cross-examination*.¹³ O sucesso da iniciativa da *Commercial Court* também foi comprovado por pesquisa de campo, noticiada por Ross Cranston. Após a realização de entrevistas com 140 advogados – na sua maioria, *barristers*¹⁴ –, 98% dos entrevistados concordaram que a fixação de um calendário (*timetable*) para a prática de atos processuais é capaz de reduzir atrasos. Cerca de 90% considerava que o calendário devia ser estabelecido o quanto antes e que as partes deveriam ser compelidas a respeitá-lo.¹⁵

Juízes, advogados e acadêmicos pactuavam o mesmo sentimento de que a gestão do processo deveria mudar de mãos.

2.1. Mudança na cultura

Mas, para concretizar essa mudança, os operadores do direito na Inglaterra e no País de Gales tinham que enfrentar um entrave cultural. Como propagadores do chamado sistema adversarial em todos os países integrantes da família da *Common Law*, os papéis dos sujeitos do processo estavam arraigados na tradição britânica e, com efeito, seriam um obstáculo a ser superado na implantação das CPR.

Ao se classificar um sistema como da família da *Common Law*, certas características são observadas. Uma delas é a disposição do procedimento voltada para a preparação e culminação dos trabalhos com o *trial*. Não é fácil realizar a simples tradução do que seria esse instituto, já que é mais do que uma audiência de instrução e julgamento, é normalmente presidido por juiz diverso daquele que funcionou na fase *pre-trial* e possui uma composição distinta de atos processuais em relação ao que vivenciamos no Brasil e em outros países da *Civil Law*.

12. House of Lords. *Ashmore and Others v Corporation of Lloyd's*, (1992). *Weekly Law Reports*, 1, p. 446, 454.

13. High Court. Practice direction (civil litigation: case management) (1995). *Weekly Law Reports*, 1, p. 508-510, p. 508: "The paramount importance of reducing the cost and delay of civil litigation makes it necessary for judges sitting at first instance to assert greater control over the preparation for and conduct of hearings than has hitherto been customary. Failure by practitioners to conduct cases economically will be visited by appropriate orders for costs, including wasted costs orders".

14. V. nota 11.

15. CRANSTON, Ross. Social Research and Access to Justice. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure: essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 31-59, p. 39.

Tradicionalmente, o procedimento nos países que adotam esse sistema gira em torno do *trial*, que é para onde todos os esforços e atos convergem. Contudo, essa peculiaridade de concepção do procedimento como preparação para o ato final não é mais facilmente encontrada na Inglaterra.

Zuckerman enxerga essa alteração não só relacionada ao *case management*, mas encontrada em toda a estrutura das CPR. O exercício da jurisdição é, agora, um processo contínuo, no qual o *trial* é apenas o estágio derradeiro e não necessariamente o mais importante, o que leva o autor a concluir que ocorreu uma significativa aproximação ao sistema da *Civil Law*.¹⁶ As estatísticas oficiais corroboram com essa percepção, demonstrando que a grande maioria dos conflitos é resolvido sem a realização de *trial*, mas por meio de acordo, *default judgment* ou *summary judgment*.¹⁷

Outro importante traço encontrado no sistema da *Common Law* é a adversarialidade (*adversarial system*), que consiste no protagonismo exercido pelas partes e seus advogados em oposição ao ativismo judicial de sistemas inquisitoriais. Com a transferência da responsabilidade de gerir os processos estabelecida pelas CPR, iniciou-se um debate entre os estudiosos do processo, no qual se indagava se a nova legislação havia extirpado a cultura adversarial.

Alguns autores, no limiar da reforma, defendiam que essa tradição não havia sido abandonada, mas apenas tinha-se incluído uma nova “parte” na relação processual: a corte.¹⁸ Essa assertiva talvez servisse como um paliativo para os advogados e para seus possíveis orgulhos feridos. Era como dizer: “a corte tem um papel ativo agora, mas são vocês ainda quem mandam”. Vozes respeitadas ainda defendem que o controle do litígio pela corte não alterou fundamentalmente a natureza adversarial do processo civil inglês.¹⁹

No entanto, enquanto Jolowicz, professor aposentado da Universidade de Cambridge, sustenta com propriedade que um sistema não pode ser puramente

16. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 39-40; ASSER, Daan. The influences of the CPR on Civil Procedure and Evidence Reform in the Netherlands. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 379-394, p. 380.

17. Disponível em <http://www.official-documents.gov.uk>. Acesso em 17/11/2010.

18. GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *An introduction to the New Civil Procedure Rules*. London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 8 e p. 66: "Consistently with Lord Wolf's aim of passing 'ultimate responsibility for the control of litigation from the litigants and their legal advisers to the court', there should in future be at least three parties to any litigation and never only two. The 'new' or 'extra' party is the court itself. Through active case management and all the multi-faceted powers that that involves, the court will also be the party who is in control - a control that will be firmly exercised, particularly in relation to adherence to the various directions timetables".

19. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 397.

inquisitorial ou adversarial, mas necessariamente conjuga característica de ambos,²⁰ Neil Andrews, seu colega na mesma Universidade e advogado, é categórico ao afirmar que “the judges are the masters now”.²¹ Destaca, ainda, que após a vigência das CPR, *case management* e discricionariedade judicial substituíram o antigo sistema de jurisdição civil controlada pelas partes.²²

O novel ordenamento não só impõe aos litigantes deixar de lado uma postura antagonica, como exige o atendimento ao novo ideal de colaboração. A regra 1.3 das CPR determina que as partes auxiliem os tribunais na concretização dos objetivos almejados. Além disso, o primeiro dos poderes de gestão processual elencados na regra 1.4(2) é exatamente o de estimular a cooperação entre partes e entre estas e o tribunal.²³

Vários são os exemplos nas CPR de exigência de postura colaborativa. Desde a expectativa de concordância e aceitação das ordens de gestão sem necessidade de audiência (e de interposição de recurso), passando por celebração de acordos de dilação de prazo e suspensão processual até a escolha de perito comum.²⁴ Os litigantes e seus procuradores devem deixar de lado a postura adversarial com a qual estão habituados e passar a desenvolver uma nova relação, que representa uma nova cultura, uma nova era de colaboração.²⁵

A importância dessa discussão acerca da adversariedade reside na capacidade de o direito processual inglês ter se reinventado, imprimindo uma profunda reforma, cujo pilar era a mudança de cultura secular.²⁶ A transformação apresentou-se, contudo, essencial para a melhoria da prestação jurisdicional. Afinal, somente com a mudança de atitude na condução dos processos seria possível solucionar

20. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversary system? *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 328, 1994, p. 61-68, p. 61; JOLOWICZ, John Anthony. *Jolowicz on Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 390: "In theory, therefore, the introduction of judicial management of the pre-trial procedures under the Woolf reforms is compatible with retention of the adversary system. If all that is involved is a shift from 'party prosecution' to 'judicial prosecution' of the progress of proceedings, depriving the parties of the opportunity to procrastinate, then a shift to case management is consistent with retention of the principles of dispositive election' and of 'party presentation', principles which, together, form the core of the (substantive) adversary system. In reality, however, even case management limited to management of the progress of the action through its procedural stages would be unlikely to leave the adversary system untouched".

21. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 36.

22. Idem, p. 334.

23. Ver nota 9.

24. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 42.

25. TURNER, Robert. *'Actively': the word that changed the civil courts*. Ob. cit., p. 81.

26. Consoante notícia Robert Turner, após a vigência das CPR, introduziu-se a disciplina *Civil Procedure* nas Universidades de Cambridge e Oxford, que é atualmente reconhecida como de grande importância perante autoridades judiciais e acadêmicas. Ob. cit., p. 82.

defeitos graves observados no sistema então vigente.²⁷ Para alcançar o sucesso nessa empreitada, Lord Woolf utilizou-se de três inovações: (i) normatização e expansão do *case management* exercido pelos juízes; (ii) introdução do *overriding objective* ou objetivo preponderante; e (iii) imposição de dever aos litigantes e seus advogados de cooperar com a corte na consecução do objetivo estabelecido.²⁸

Um dos diferenciais do ordenamento inglês é, pois, deixar expressamente contido na lei quais os escopos que se pretende alcançar com o exercício da jurisdição.

2.2. *Overriding Objective*: os escopos da jurisdição e do *case management*

A parte 1 das CPR dispõe sobre o chamado *Overriding Objective*. “*Overriding*” tem mais de um significado na linha inglesa. Pode ser concebido como uma autoridade capaz de se sobrepor sobre a outra autoridade, o que encaixaria na idéia de o novo regime revogar o antigo. Mas é mais do que isso. Tem o sentido exato de preponderante, algo que é capaz de se sobressair sobre qualquer outro objetivo e que deve nortear a interpretação de todas as normas processuais.²⁹ O *Overriding Objective* pode ser traduzido como escopo preponderante e, da forma pela qual é previsto, apresenta-se como a finalidade eleita pelo legislador para a prática da jurisdição civil na Inglaterra e no País de Gales.

É importante frisar de início que o escopo preponderante não é concebido para o *case management*, mas para toda jurisdição civil. A gestão judicial dos processos é um dos instrumentos – talvez o principal – para alcançar esse objetivo. Por serem distintos, serão a seguir tratados de forma separada.

A regra 1.1, logo na primeira frase, prevê que se trata de um novo código de processo civil que contém um objetivo preponderante de viabilizar a solução dos conflitos pela corte com justiça. Em seguida, provavelmente por estar ciente de

27. ZUCKERMAN, Adrian A. S. Reforms in the Shadow of Lawyers' Interests. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure: essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 61-77, p. 68: "Lord Woolf is therefore correct in believing that the absence of enforceable standards of proportionality in litigation is a major contributory cause of the phenomenon of excessive use and abuse of procedure. He is also right in thinking that in order to affect a substantial change in the practice of litigation it is not enough to change the rules of procedure; rather, it is necessary to bring about a change in attitudes to the conduct of litigation. What is less clear is that court control on its own could produce the desired cultural change".

28. DWYER, Déirdre. Introduction. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 1-29, p. 6; CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 33-49, p. 44.

29. DWYER, Déirdre. What is the Meaning of CPR r 1.1(1)? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 65-73, p. 73.

que o conceito de justiça é dúbio, a lei elenca o que é necessário para concretizar tal ideal. O rol contém os seguintes atos: (i) assegurar que as partes estejam em igualdade de condições; (ii) evitar despesas; (iii) lidar com os casos de forma proporcional, com respeito ao valor envolvido, a importância, a complexidade das questões e a condição financeira de cada parte; (iv) assegurar que se processem as ações com celeridade e justiça e (v) alocar em cada caso os recursos adequados do tribunal, tendo em mente a necessidade de destinar recursos para a solução de outros litígios.³⁰

Cabe a cada Estado definir os objetivos que pretende alcançar com a atividade jurisdicional. Não obstante o cada vez mais presente pensamento de que certos direitos, garantias e características devem estar presentes para se configurar um *processo justo*³¹, os governantes dos países estão legitimados a dirigir suas atividades de modo a atender ideologias e a suprir suas necessidades internas.³² Lord Woolf agiu dessa forma ao estabelecer objetivos diretamente voltados para a conveniência inglesa. Os principais problemas constatados eram os altos custos, o atraso (que gerava altos custos) e a complexidade processual (que gerava altos custos). Nada mais previsível do que o estabelecimento de escopos direcionados a combatê-los, para atender os anseios do governo e dos jurisdicionados, mesmo que fosse de encontro aos desejos da classe dos advogados.

A doutrina inglesa traduziu o *Overriding Objective* como a consagração de três imperativos processuais, quais sejam, resolver o conflito de forma justa, em um tempo razoável e com o uso proporcional de recursos.³³ Como principal instrumento de realização dos objetivos, não só transferiu-se a gestão dos processos ao juiz, mas também e principalmente outorgaram-se-lhe amplos poderes. Consoante assevera Neil Andrews, ao agir dessa forma, Lord Woolf pretendia que o novo sistema de *case management* fosse capaz de (i) acelerar a justiça, (ii) tornar o processo civil mais acessível para pessoas comuns e empresários; (iii) simplificar a linguagem usada no processo; (iv) promover acordos o quanto antes; e (v) e transformar o exercício da jurisdição mais eficiente e menos custoso, evitando gastos excessivos e desproporcionais.³⁴

30. Ver nota 9.

31. Ver GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Revista Jurídica*. São Paulo: Ed. Notadez, ano 51, n° 305, p. 61-99, 2003; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

32. A relação direta entre escopos da jurisdição, gestão de processos e discricionariedade será objeto de outro estudo.

33. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 3.

34. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*, ob. cit., p. 36.

A regra 1.4 das CPR traz rol apenas exemplificativo dos atuais poderes do juiz inglês, deixando claro que foram concebidos para auxiliar na consecução do *Overriding Objective*. São eles: (i) estimular as partes a cooperarem entre si e na condução do processo; (ii) identificar as questões a serem dirimidas no início do procedimento; (iii) avaliar de imediato quais questões necessitam de dilação probatória e submissão ao *trial* e quais podem ser superadas sumariamente; (iv) decidir a ordem em que as questões serão solucionadas; (v) estimular o uso de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), ou Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, se o tribunal considerá-lo adequado ao caso, e facilitar a utilização do método alternativo; (vi) auxiliar as partes na realização de acordos totais ou parciais; (vii) estabelecer calendários ou controlar o progresso do procedimento; (viii) considerar se os prováveis benefícios da prática de determinado ato justificam o custo necessário; (ix) lidar com o maior número possível de aspectos do caso na mesma oportunidade; (x) lidar com os casos sem que as partes tenham de comparecer ao tribunal; (xi) utilizar-se da tecnologia; e (xii) dar diretrizes capazes de fazer com que o *trial* se dê de forma rápida e eficiente.³⁵ No corpo das CPR são encontrados outros atos, cuja prática o legislador espera do juiz, que serão analisados separadamente mais adiante.

Após quase 12 anos de vigência das CPR³⁶, é fácil se destacarem três níveis sob os quais se desenvolve o *case management* inglês. Mormente perante o *Commercial Court*, os juízes se preocupam em, primeiramente, encorajar o uso de ADR, em especial a mediação. Em segundo lugar, buscam tomar medidas suficientes a evitar que o caso prossiga de forma vagarosa ou ineficiente, como a fixação de *timetables*, por exemplo. Por último, devem se atentar para a relação entre prática de ato processual, custo-benefício e proporcionalidade, com vistas a garantir a alocação proporcional de recursos.³⁷ Todavia, se observa, inobstante a assunção da responsabilidade pelos juízes, a existência de abordagens distintas entre eles, sem um padrão definido e previsível. Ademais, segundo Tim Parkers, embora plenamente em prática, o *case management* não atingiu a extensão idealizada por Lord Woolf.³⁸

35. Ver nota 9.

36. Escrevi esse estudo nos meses de novembro e dezembro de 2010.

37. ANDREWS, Neil H. *English Civil Justice and Remedies: progress and challenges*. Tokyo: Shinzansha Publishing, 2007, p. 43; CRANSTON, Ross. Social Research and Access to Justice. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure: essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 31-59, p. 40: "Efficient court management is an integral part of attacking court delay involving measures such as classifying case for handling in ways depending on their particular type, and using information to monitor the progress of cases through the pre-trial process".

38. PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners' perspective. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 435-451, p. 440.

2.3. Discretionariedade

Era de se imaginar que a gestão de processos pelas cortes redundaria em um choque cultural na Inglaterra e no País de Gales ou em qualquer outra jurisdição atrelada ao sistema da *Common Law*. Afinal, ativismo judicial, como bem elucidou Robert Turner³⁹, é uma grande novidade para anglo-americanos, mesmo que já tenha sido tentado nos Estados Unidos, mas sem muito sucesso.⁴⁰ Mas por que desperta tanto interesse entre estudiosos do processo oriundos de países da *Civil Law*? Italianos, alemães, holandeses, japoneses e brasileiros, somente para dar exemplos, já pesquisaram e escreveram sobre o tema.⁴¹

Já estamos acostumados com um juiz ativo, responsável por impulsionar o feito após as partes terem provocado a atividade jurisdicional, como prevê o art. 262 do CPC. O art. 125 do mesmo diploma, ademais, apresenta rol de atividades do juiz semelhantes, mas em menor extensão, às previstas nas CPR inglesas. A sensível diferença do ativismo judicial desenvolvido nesses dois sistemas está em uma palavra: *discretionariedade*. Os juízes ingleses e galeses não têm somente poderes de gestão, mas poderes adjetivados com flexibilidade, capazes de adequar o desenrolar do procedimento às particularidades do caso concreto, sem que se exija disposição expressa na lei nesse sentido.

Não que o juiz brasileiro e seu colega europeu continental não possuam poderes discricionários. No entanto, não os possuem na mesma dimensão abrangida na atividade do juiz inglês. Em que pese não apresentar um dispositivo genérico, que confira uma espécie de *poder geral de flexibilização ou de adaptação*, como prevêem o CPC luso⁴² e a primeira versão do projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro⁴³, as CPR contêm normas que demonstram que o magistrado não está limitado pelo que dispõe a lei. Exemplo disso é a menção nas regras 1.4(2) e 3.1(m) de que a lista de poderes lá elencadas é apenas exemplificativa. A própria *Court of Appeal*, no caso *Godwin v. Swindom* reconheceu que pelo novo código

39. Ob. cit.

40. Ver Rule 16 das Federal Rules of Civil Procedure norte-americanas. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule16.htm>. Acesso em 18/11/2010; Ver FLANDERS, Steven. *Case Management: Failure in America? Success in England and Wales?* *Civil Justice Quarterly*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 308-319.

41. Escrevi o presente trabalho da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, na qual dois pesquisadores italianos encontravam-se para o estudo do mesmo instituto.

42. Art. 265-A.

43. Art. 107, inc. V.

o tribunal “*has a wide discretion to manage cases to achieve substantial justice in accordance with the overriding objective*”.⁴⁴

Apesar de preverem três espécies de procedimento (*track*), as CPR permitem que o juiz altere a ordem dos atos, realoque a ação em outro rito no decorrer do processo, estabeleça um calendário para as atividades das partes e do tribunal, suspenda o processo para tentativa de acordo etc. Sempre no intuito de realizar adequações para melhor atender as peculiaridades do conflito e com atenção ao *Overriding Objective*.

Discrecionariedade é, porém, atributo polêmico. A concessão de liberdades ao juiz sofreu consecutivas mutações no decorrer da história. O processo, no Estado Liberal Clássico, via o juiz como *la bouche de la loi*, sem espaço para invenções. Na Inglaterra, às vésperas e no princípio de vigência das CPR discutiu-se acerca da conveniência de conceder poderes tão amplamente discricionários às cortes. Em 2001, Neil Andrews sustentou que há demasiado perigo de os juízes exercerem tais poderes de maneira inconstante, inconsistente e imprevisível. Para o autor, a discrecionariedade não era adequadamente regulada pelas cortes superiores, o que considerava incompreensível, porquanto o princípio do *case management* pelo juiz surgiu exatamente por decisões da *Commercial Court*.⁴⁵

Zuckerman também argumenta a respeito da previsibilidade. Afirma que, para possibilitar às partes se prepararem para o processo e saberem o que esperar da corte, a gestão tem que ser de alguma forma previsível. Admite, porém, que poderes discricionários não podem ser reduzidos a uma lista de regras para aplicação mecânica, mas são necessários princípios coerentes, políticas gerais e diretrizes.⁴⁶

44. Court of appeal. (2001). *Godwin v. Swindon*. Disponível em <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/search/run?ao=&srguid=&context=3&crumb-action=append&crumb-label=Search+Results&ftr=godwin+v+swindon&buttonSearch=Search&ds1=uk-cases-all&ds2=uk-lif&ds3=uk-journals-all&ds4=ukca&ds5=uk-eu-all&searchtype=doctitle>. Acesso em 19/11/2010.

45. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure: three aspects of the long revolution*. Saggi, Conferenze e Seminari, n. 44. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2001, p. 9-10: “Individual case management confers a large element of discretion on the lower courts. There is a danger that procedural judges will exercise their powers in a capricious, inconsistent and unpredictable fashion. Variations of style and even the element of whim can reduce the predictability of litigation. Furthermore, this discretion is largely unregulated by the appellate courts. A principle of virtual case management autonomy has emerged in the case law. (...) This reluctance to entertain appeals on question of case management is understandable and sound. But it does create a large pocket of first instance discretion”.

46. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob cit., p. 396; ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure*. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 89-107, p. 95: “In theory, there need not be a conflict between a well-managed litigation system and judicial discretion for dealing with non-compliance. After all, case managers must possess flexibility to respond to development in this litigation process and to be able to adapt case management plans to circumstances as they emerge.

Michael Zander, um dos notórios e mais ferrenhos críticos da *Woolf's Reform*, aponta como grave defeito a passividade da *Court of Appeal* em monitorar e controlar o exercício desses poderes pelos juízes inferiores, o que, em sua opinião, torna a tomada de decisões inconsistente e incontrolável.⁴⁷

Grande parte da doutrina, porém, considera a discricionariedade necessária para alcançar os objetivos almejados. Ingo Saenger, comentando a gestão de processos na Alemanha, afirma que um alto grau de discricionariedade e de flexibilidade é imprescindível para se obter justiça individualizada.⁴⁸ Neil Andrews, alguns anos depois, mudou sua opinião original. Com a implementação da reforma, o professor de Cambridge conferiu na prática que discricionariedade em questões processuais não é um pesadelo. Pelo contrário. Se o sistema é bem administrado, torna-se aliada para o exercício mais objetivo, rápido e eficiente da jurisdição.⁴⁹ Ressalta ainda que o controle judicial sobre o processo, mesmo com intensa flexibilidade, pode ser tolerado e até incentivado se os poderes forem exercidos de maneira adequada e por meio de decisões motivadas.⁵⁰ Acrescenta que a discricionariedade judicial é tão vital para o sistema das CPR que pregar sua abolição é o mesmo que “cry for the moon”. Conclui, porém, que o nível de qualidade dos juízes que possuem tais poderes deve ser o mais elevado possível e que os ingleses contam com magistrados com o alto nível necessário para a adequada gestão dos processos.^{51,52}

Discretion and flexibility can therefore be harnessed to improve the performance of litigation management. But it is also the case that discretion and flexibility can undermine effective case management. This will happen, for example, where parties are routinely allowed further opportunities to comply notwithstanding that they have missed deadlines. Such a policy is bound to undermine the binding force of deadlines, and is liable to lead to a culture of sloppy compliance”.

47. ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What's the verdict? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 417-433, p. 429.

48. SAENGER, Ingo. Case Management in Germany. In: GOTTWALD, Peter (Editor). *Litigation in England and Germany*. Bielefeld: Giesekeing-Verlag, 2009, p. 15-37, p. 37.

49. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 335.

50. Idem, p. 334; também p. 357: "Judges sometimes extol discretion. They claim that it enables the court to impose a just result without being handicapped by technical refinement. Their experience and good sense are expected to help them divine the right solution to the present case, or at any rate an acceptable one. Flexibility and the 'judicial hunch' are preferred to intellectual precision and consistent decision-making. (...) A judge might enjoy much latitude in exercising a discretion, but be obliged to give reasons for his actual decision"

51. Idem, p. 359-360.

52. GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 145: "The English judiciary have, at least in modern times if not always, enjoyed a global reputation for intellectual quality and high standards of probity. This is not true of other jurisdictions and it is something that I believe we take for granted. The English courts, judges an English law, in particular commercial law, are an important invisible export. English law is the contractual law of choice for many overseas commercial enterprises and many foreign companies choose to bring their disputes to the Commercial Court in London. If one

A outorga de poderes discricionários revela-se poderoso instrumento de superação da letra fria da norma, que foi concebida de modo a conferir regras abstratas de conduta e de previsão de direitos. O legislador não tem como antever todos os obstáculos e percalços que podem surgir no decorrer da solução do litígio. Possibilitar, destarte, que o juiz adéque a previsão legal às características do caso concreto, por meio, por exemplo, da fixação de calendários elaborados com base na complexidade do litígio ou do incentivo à utilização da mediação se esta apresentar-se como método mais apropriado, constitui uma medida capaz de impulsionar o exercício da jurisdição para respostas mais rápidas e de maior qualidade.

É inegável, porém, que com uma mão a lei pode viabilizar a flexibilidade, mas com a outra deve impor seus limites, para que a gestão de processos de forma discricionária não viole garantias irrenunciáveis, nem conduza o processo civil para um autoritarismo judicial. O segredo está em encontrar o equilíbrio.

3. A ABRANGÊNCIA DO CASE MANAGEMENT NAS CIVIL PROCEDURE RULES (CPR)

Court control of litigation, case management ou gestão dos processos pelo tribunal corresponde à idéia de que os juízes são responsáveis pela condução do procedimento, estabelecendo seu formato e duração e impulsionando-o em direção à solução da controvérsia. O princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição é respeitado, mas, uma vez provocado, o juiz passa a ter o poder-dever de levar adiante o processo. Nesse quadro está incluída a possibilidade de serem proferidas decisões de ofício pela corte, sem necessária provocação de qualquer das partes ou audiência prévia⁵³, consoante prevêm as regras 3.3(3) e 3.3(4) das CPR.

Em importante decisão, a *Court of Appeal* sustentou que a gestão proativa dos processos não pode se limitar ao caso específico que está sendo gerido pelo tribunal naquele momento. É fundamental que os juízes lidem com os casos individualmente, mas levando em consideração a existência dos outros que também estão pendentes de julgamento.⁵⁴ O precedente tem o condão de alertar

looks at the annual Global Corruption reports one sees that public perceptions of the judiciary in the UK compare well with most other jurisdiction (although not as well as Denmark, Sweden or Finland)" p. 145

53. GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *An introduction to the New Civil Procedure Rules*. Ob. cit., p. 9.

54. Court of appeal. (2003). *Jones v Univeristy of Warwick*. Disponível em <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/search/run?ao=&srguid=&context=1&crumb-action=append&crumb-label=Search+Result s&firt=Jones+v+University+of+Warwick&ds1=uk-cases-all&ds2=uk-lif&ds3=uk-journals-all&ds4=ukca&ds5=uk-eu-all&searchtype=doctitle>. Acesso em 19/11/2010: "The discretion on the court is not, however, confined to cases where the defendants have failed to make proper disclosure. A judge's responsibility today

os magistrados de que é necessário “levantar a cabeça” e decidir com uma visão geral do sistema. As decisões judiciais, ainda que sirvam para resolver conflitos individualmente, têm repercussão externa como precedentes. Ademais, a decisão da *Court of Appeal* reflete também a preocupação inglesa de utilizar recursos de forma proporcional à complexidade do caso.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é uma faceta importante do sistema das CPR. Conforme assevera Zuckerman, não tem sentido conceder a mesma atenção dos juízes para todos os casos, visto que essa prática levaria à utilização de poucos recursos do tribunal para casos de maior importância e complexidade, enquanto haveria desperdício de esforços com litígios que poderiam ser satisfatoriamente solucionados com julgamentos sumários.⁵⁵ Em outro estudo, o autor lembra que, como os recursos do Estado são finitos, só se pode exigir um serviço público de dirimção de conflitos do tamanho do bolso do contribuinte. Por tal razão, seria desarrazoado utilizar recursos desproporcionais para um só caso, já que a jurisdição, como qualquer outro bem público, tem uma dimensão atrelada ao orçamento.⁵⁶

A Parte 3 das CPR contém a principal fonte de poderes do juiz inglês para gerir o processo. Na regra 3.1(2), estão elencados os seguintes: (i) estender ou diminuir prazos contidos em quaisquer das normas, diretrizes ou em decisões judiciais prévias, ainda que o requerimento de extensão tenha sido feito após o prazo; (ii) retardar ou antecipar uma audiência; (iii) ordenar o comparecimento ao tribunal da parte ou de seu advogado; (iv) determinar a produção de prova por telefone ou pelo uso de qualquer outro método de comunicação oral direta, durante uma audiência; (v) estabelecer que parte das questões ou ações envolvidas no processo, como pedidos contrapostos, sejam apreciadas em procedimentos separados; (vi) suspender total ou parcialmente o processo; (vii) reunir as questões em um único processo; (viii) julgar duas ou mais ações na mesma ocasião; (ix) estabelecer a realização de julgamento separado para qualquer das questões envolvidas no caso; (x) decidir a ordem em que serão apreciadas as questões; (xi) determinar a exclusão de uma questão da apreciação da corte; (xii) julgar determinada ação

in the course of properly managing litigation requires him, when exercising his discretion in accordance with the overriding objective contained in CPR Part 1, to consider the effect of his decision upon litigation generally. An example of the wider approach is that the judges are required to ensure that a case only uses its appropriate share of the resources of the court (CPR Part 1.1(2)(e)). Proactive management of civil proceedings, which is at the heart of the CPR, is not only concerned with an individual piece of litigation which is before the Court, it is also concerned with litigation as a whole”.

55. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 34.

56. ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure*. Ob. cit., p. 92.

logo após a apreciação de questão preliminar; (xiii) determinar que qualquer das partes apresentem uma estimativa dos custos que esperam ter com o desenrolar do processo; (xiv) tomar outras decisões necessárias ao objetivo de gerir o caso com vistas ao *overriding objective*.

Mas não param por aí. As CPR apresentam outras disposições específicas em seus capítulos próprios, conferindo poderes de gestão às cortes. Nas demais regras da Parte 3, também está normatizado o instituto do *striking out*. Na Parte 26, se encontram as disposições acerca da alocação dos casos ao procedimento adequado, o que inclui a resposta a questionários pelas partes. Nas Partes 27, 28 e 29, estão previstos os procedimentos (*tracks*), enquanto na Parte 32, regra 32.1, são concedidos poderes de indicação de diretrizes para produção de provas e de limitação do material probatório a ser apresentado no *trial* e da *cross-examination*. As CPR, ademais, ainda outorgam poder ao magistrado de, na fixação de responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais, aplicar de forma diversa da regra geral de sucumbência de acordo com a conduta das partes no decorrer do processo (Regra 44.5(3)).

A abrangência dos poderes do juiz é também observada pela escassa intromissão dos tribunais de apelação acerca das ordens dirigidas à gestão dos processos. A *Court of Appeal* dificilmente reforma decisões com esse intuito, a fim de não prejudicar o trabalho de quem está mais próximo do caso e das partes, bem como para não limitar a discricionariedade outorgada pelo legislador. Neil Andrews e Adrian Zuckerman concordam que somente é legítima a revisão se a decisão se demonstrar incorreta, no que concerne aos princípios gerais adotados pelas CPR.⁵⁷

Algumas das atividades envolvidas com a gestão dos casos pelas cortes dependem de análise mais aprofundada, que é desenvolvida nos tópicos seguintes.

3.1. Escolha do procedimento

O legislador inglês, ciente de que as distintas naturezas e características dos conflitos fazem surgir a necessidade de ferramentas também diversas para solucioná-los, disponibilizou três *tracks*, ou procedimentos. São eles o *small claims track*, *fast track* e o *multi-track* e a forma de alocar cada caso em um dos

57. ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 50: "Appellate courts are prepared to show considerable deference to judges' case management decisions, unless they are incorrect in principle"; ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 419: "A court exercising case management powers such as these has a considerable measure of discretion. An appeal must not interfere with a case management decision, unless it involved an error of principle of law, or the court misapprehended some material factual matter".

tracks é, em regra, com base na questão financeira. As demandas, cujo montante envolvido não ultrapasse a quantia de £5,000 (cinco mil libras esterlinas), devem ser dirigidas ao *small claims track*. Entre £5,000 (cinco mil libras esterlinas) e £15,000 (quinze mil libras esterlinas) utiliza-se o *fast track*, enquanto reserva-se o *multi-track* para casos que envolvam valores superiores a £15,000 (quinze mil libras esterlinas).

O diferencial das CPR é mais uma vez a possibilidade de o juiz influenciar na alocação do conflito que lhe é apresentado ao rito que entende mais adequado, ainda que não seja aquele que a lei previamente estabeleceu. A regra 26.3 prevê a necessidade de preenchimento pelas partes de um questionário, que servirá de subsídio ao tribunal para decidir em qual *track* deve seguir o caso. A utilização do questionário poderá ser dispensada na hipótese de a lei expressamente prever sua dispensa ou se a corte considerá-lo desnecessário.

Ao responder ao questionário, as partes deverão informar (i) se se utilizaram do devido *pre-action protocol*; (ii) quais os esforços já realizados na tentativa de celebração de um acordo; (iii) qual *track* consideram adequado ao caso; (iv) rol de testemunhas e necessidade de perícia; (v) se consideram presente a hipótese de cabimento de julgamento sumário; (vi) a previsão de duração do *trial* e das despesas que serão despendidas.⁵⁸ Essas informações visam fornecer os detalhes do conflito e o nível de complexidade envolvido.

O tribunal leva em consideração a sugestão das partes na decisão, mas não está vinculado a ela. Para a alocação no procedimento mais apropriado, o juiz observará, além do aspecto econômico, a relevância do caso, se se trata de um *leading case*, a quantidade de documentos envolvidos e se o *trial* possivelmente levará mais de um dia para ser concluído.⁵⁹ O juiz poderá, ainda, realocar o caso se no decorrer do processo a escolha inicial demonstrar-se equivocada, consoante prevê a regra 26.10. A gestão começa já no início, com a escolha do rito. A corte complementa, pois, o trabalho do legislador, utilizando-se de *tracks* abstratamente concebidos, mas elegendo-os segundo as peculiaridades do caso concreto.

3.2. Timetabling e penas pelo não cumprimento das ordens judiciais.

Nas duas espécies mais importantes de procedimento previstas nas CPR – *fast* e *multi-track* –, compete ao magistrado direcionar a evolução do processo por meio do estabelecimento de um calendário (*timetable*). Esse ato consiste na fixação de

58. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 484.

59. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 40.

datas para o *trial* e outros atos que serão praticados na fase *pre-trial*. As diretrizes concedidas pela corte também incluirão questões concernentes à fase de *disclosure* e ao prazo e à forma de depoimentos de testemunhas e peritos.⁶⁰

Na hipótese de utilização do *multi-track*, pode-se optar pela realização de uma audiência de gestão de processos (*case management conference*) e/ou de audiência para revisão dos atos praticados na fase anterior ao *trial* (*pre-trial review*). A primeira é destinada a possibilitar um diálogo entre partes e juiz para o estabelecimento de diretrizes e de calendário. O *pre-trial review* serve para avaliar os atos então praticados nessa fase do procedimento e realizar os ajustes que se apresentem necessários. Estão previstos nas regras 29.2 e 29.3 das CPR.

Zuckerman relata que a liberdade das partes para modificarem por acordo o calendário estabelecido pelo juiz é muito pequena, não sendo possível alterar, sem permissão judicial, a data ou a extensão do *trial*, por exemplo.⁶¹ Tim Parkes, noticiando a visão dos advogados militantes, em sua maioria *solicitors*,⁶² demonstra o entendimento da classe de que os juízes nem sempre têm a sensibilidade para avaliarem a complexidade da causa e o conseqüente montante de trabalho que será necessário para a preparação para o *trial*. Exemplifica com a sensação de um perito após fixação de um calendário: “não é por que uma mulher pode ter um bebê em nove meses que se podem contratar nove mulheres para parir um bebê em um mês”. No entanto, reconhece que muitos advogados também deixam de cumprir os prazos injustificadamente.⁶³

As CPR conferem ao juiz três tipos de sanções pelo descumprimento de decisões.⁶⁴ A primeira delas é a chamada *cost order*. A parte que causar atraso

60. Regras 28.2 e 28.3.

61. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 492.

62. Ver nota 11.

63. PARKES, Tim. *The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners' perspective*. Ob. cit., p. 441: "In our experience, judges tend to get involved in timetabling only if the parties fail to agree the timetable by consent. One practitioner, a partner in Intellectual Property, said, 'Sanctions should be applied at an earlier stage to avoid prejudicing the timetable to trial. Some firms do not even try to comply with deadlines or request extensions, but simply let deadlines slide by without fear of sanction'. There is also the view that judges rarely have an appreciation of the size of the tasks in major litigation and simply assume larger firms can and will get them done. An example given by another of our Intellectual Property partners in 2000 still rings true today: 'I remember one case where, after a particularly fierce timetable had been ordered, my expert commented to me that just because one woman can have a baby in nine months doesn't mean you can hire nine women to have a baby in one month. And that is the sort of timetable issue you can get'".

64. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 365: "The three main sanctions under the CPR are: costs orders; an order to stay proceedings; striking out, whether in part or whole, a claim or defence. Once such a sanction has been prescribed by the rules or ordered by the courts, it will apply automatically, unless a party succeeds in an application to the court to challenge it. This automatic regime also applies to orders issued by the court in exercise of its managerial powers".

injustificado ao procedimento poderá ter que compensar esse modo de agir no momento de pagamento das despesas processuais, isto é, a conduta de uma parte que resulte no descumprimento daquilo que foi determinado pela corte será considerada na hora de divisão de responsabilidades pelo pagamento das custas.⁶⁵ É sanção grave, já que as despesas na Inglaterra e País de Gales incluem honorários contratuais que, normalmente correspondem a relevantes quantias em dinheiro.

As outras duas sanções são a suspensão do processo – que nem sempre é utilizada como sanção – e a possibilidade de *striking out*. Ambas serão analisadas mais adiante. As partes podem buscar a revogação da sanção, desde que justifiquem com base nas regras 3.8 e 3.9.

Zuckerman considera essencial a existência de tais sanções, que são importante ferramenta para a gestão dos processos. Possibilitam ao tribunal responder com flexibilidade à inércia da parte, aplicando a solução mais apropriada às circunstâncias. Ressalta, porém, que há sempre o risco da aplicação de sanções por não cumprimento de provimento judicial tornar-se uma questão extra a ser solucionada.⁶⁶

A conjugação de fixação de calendários e previsão da possibilidade de sanções pelo descumprimento da seqüência estabelecida é o cerne do *case management*, embora o instituto não se restrinja a isso. A integral aceitação das mudanças na comunidade jurídica e a compreensão dos juízes quanto ao seu novo papel de gestão ainda estão em desenvolvimento. Mas é lícito dizer que a inclusão de calendários no início do procedimento é bem vista e trouxe melhoria na prestação jurisdicional na Inglaterra e no País de Gales.

3.3. *Default Judgment, Striking Out e Summary Judgment*

No antigo regime, o processo civil inglês foi concebido para desenvolver-se em direção ao *trial*. O procedimento era composto por duas fases, sendo a primeira destinada a preparação do *trial*, considerado o ápice do exercício da jurisdição, o qual todos os processos deveriam alcançar. As CPR, embora também prevejam as mesmas duas fases, visam, confessadamente, evitar o *trial*. O escopo é, primeiramente, evitar a necessidade de exercício de jurisdição e, se isso não for possível, esquivar-se do *trial*, solucionando o conflito antecipadamente.

65. Idem, p. 368.

66. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 445.

Para tanto, Lord Woolf concebeu uma fase pré-processual, na qual as partes devem se engajar nos protocolos (*pre-action protocols*) e, por conseguinte, se empenhar na preparação do caso. Esse momento prévio à participação da corte envolve a troca de documentos e dados entre os futuros litigantes. O objetivo é que, com a revelação de informações, as partes sintam-se instigadas a celebrar acordos. Caso isso não ocorra, a fase serviu ao menos para melhor aparelhar o caso que será encaminhado ao tribunal.⁶⁷ O processo começa antes do processo.

Iniciado o procedimento perante a corte, são disponibilizados mecanismos de dirimção do litígio por meios autocompositivos ou julgamentos prévios, sem necessidade de realização do *trial*. Nos itens seguintes, analiso as espécies de julgamentos sumários oferecidos pelas CPR, que também são ferramentas de gestão do processo, porquanto possibilitam ao magistrado encerrar o procedimento antes de percorridas todas as fases, quando as circunstâncias do caso indicarem sua viabilidade.

3.3.1. Default Judgment

O processo é instaurado perante a corte com a apresentação da petição inicial (*claim form* contendo *statements of case*). Em seguida, o réu é citado e dispõe de três alternativas de resposta. Pode apresentar sua defesa, reconhecer a procedência do pedido ou protocolizar um reconhecimento de citação (*acknowledgment of service*).⁶⁸ Nesse último caso, o réu deve indicar se necessita de mais prazo para defesa ou se pretende impugnar a competência.⁶⁹

Se, no entanto, for constatada a revelia do réu, configurada pela ausência de qualquer das atividades acima descritas, surge a hipótese de cabimento do chamado *default judgment*, que nada mais é do que a solução sumária do conflito em decorrência da contumácia do réu. O juiz julgará o mérito, com base nas alegações veiculadas pelo autor e no material probatório por ele apresentado. O autor pode ainda produzir outras provas, o que se torna obrigatório em certos casos, como na hipótese de a pretensão ter sido aduzida em face de menor.⁷⁰ Essa forma de

67. Ver Practice Direction – Pre-action Conduct, Section I, regra 1.1. Disponibilidade, ver nota 9.

68. Regra 9.2.

69. Parte 10.

70. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 274: "The court hearing an application for a default judgment shall give 'such judgment as it appears to the court that the claimant is entitled to on his statement of case' (CPR 12.11(1)). This means that the court will consider the merits of the claim on the basis of the claimant's statements of case and any other materials that the claimant has filed in support of the application. It should be remembered that statements of case may be relied upon as evidence only if they have been verified by a statement of truth. The claimant may support his application by further evidence,

solução antecipada é cada vez mais estudada na Inglaterra e no País de Gales em razão de que muito mais casos terminam por meio desse instituto do que no *trial*, como confirmam estatísticas oficiais.⁷¹

Em que pese o fato de adentrar na análise de mérito, o *default judgment* é mais frágil do que aquele obtido em procedimento no qual o réu não deixa de apresentar sua defesa. Em razão dessa fragilidade, alguns autores mostram-se reticentes em considerá-lo julgamento de mérito.⁷² A principal consequência é encontrada nos efeitos da coisa julgada. A Parte 13 das CPR prevê a possibilidade de se afastar o julgamento decorrente da revelia, na hipótese de: (i) o réu demonstrar que sua tese de exceção tem reais condições de se tornar vitoriosa; (ii) o tribunal entender que existe um boa razão para a revogação da decisão ou que ao réu deve ser concedida uma segunda chance de apresentar sua defesa. A corte também leva em consideração o fato de o demandado ter ou não apresentado prontamente o pedido de afastamento do *default judgment*.

O efeito de imutabilidade da decisão é, pois, limitado pela possibilidade de afastamento do julgamento, pelo mesmo órgão judicial que o prolatou.⁷³

3.3.2. Striking Out

O legislador outorgou poder ao juiz para, em algumas situações, rejeitar a pretensão ou a defesa sem que tenham se desenvolvido todas as fases do procedimento. Trata-se do instituto do *striking out*, previsto da regra 3.4 das CPR. As hipóteses de cabimento para sua aplicação são: (i) a pretensão ou a defesa não se baseia em fundamentos razoáveis; (ii) a pretensão ou a defesa representam um abuso de processo perante a corte; (iii) a pretensão ou a defesa provavelmente

which need not be served on the party who failed to serve an acknowledgment of service. In certain claims evidential support is compulsory, such as applications against a child or a patient and in claims between spouses (CPR 12.11(3))"

71. Ver nota 17.

72. ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 497: "A judgment by default is rightly regarded as not as strong as a judgment obtained after full contest between the parties. Indeed judgments by default are procedurally fragile because they are not given after adjudication of the claim's merits, nor they always rest upon unequivocal acquiescence by a defendant in the default process. For these reasons the court has an extensive power to set aside a judgment of default, as was acknowledged by Lord Atkin in a classic statement of principle: 'The principle obviously is that until the court has pronounced a judgment upon the merits or by consent, it is to have the power to revoke the expression of its coercive power where that has been obtained by a failure to follow any of the rules of procedure'".

73. Idem, p. 504: "The scope of *res judicata* is quite limited because a judgment by default does not involve judicial evaluation of the legal or factual merits, nor does it even represent an unequivocal judgment by consent. For these reasons, the courts have confined *res judicata* in this context to matters which 'necessarily and with complete precision' have been determined".

obstruirão o desenrolar legítimo do procedimento; (iv) alguma das partes deixou de atender a determinação expressa em lei, *practice direction* ou ordem judicial, servindo o *striking out* como uma sanção.

Essa medida representa um julgamento antecipado, que considera apenas as assertivas das partes em seus *statements of case*. Ao apreciar as alegações, o juiz pode concluir que a pretensão ou a defesa são manifestamente infundadas, não justificando a continuação do processo. A tese de uma das partes não apresenta qualquer chance de sucesso, mesmo que outras provas sejam produzidas. Não há, destarte, interesse do Estado em postergar a solução do caso.⁷⁴ O *striking out* serve ainda como sanção, aplicável na hipótese de grave descumprimento de disposição legal ou provimento judicial.

Zuckerman ressalta que não é lícito valer-se dessa espécie de julgamento quando a dilação probatória possa fornecer elementos capazes de revelar a viabilidade da pretensão ou da defesa. Também considera inadequada sua utilização quando as declarações da parte invocam uma tese de direito que se encontra em desenvolvimento e que não foi ainda suficientemente debatida perante o Poder Judiciário.⁷⁵

A parte desfavorecida pode requerer a revogação do julgamento obtido após o afastamento de sua pretensão (ou defesa, no caso do réu), perante o mesmo órgão judicial que o exarou (*setting aside*). A regra 3.6 trata das hipóteses de revogação da decisão e também remete às situações arroladas na regra 3.9, que normatiza a possibilidade de retirada de sanções. O tribunal, ao analisar o requerimento, pode decidir por afastar o julgamento antecipado, mas condicionar a eficácia de sua decisão ao pagamento de quantias em dinheiro, que garantam o resultado efetivo no futuro. Assim, o litigante interessado somente se beneficiará da retomada do curso do procedimento se prestar essa espécie de caução. Esse mecanismo também pode ser utilizado pela corte para relevar outras sanções.⁷⁶

74. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 279: "The normal pre-trial and trial process are necessary and useful for resolving serious or difficult controversies. But where a party advances a groundless claim or defence it would be wasteful to put the case through such process since the outcome is a forgone conclusion. A more appropriate response in such cases would be to strike out the groundless claim or defence at the outset, and spare the unnecessary expense and delay that the employment of the normal process would involve"

75. *Idem*, p. 280.

76. O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. 14th Edition. London: Sweet & Maxwell, 2009, p. 544: "When the court makes an order it may impose conditions, including that of a payment into court and also specify the consequences of failure to comply with the order or condition, for example, that the party's statement of case is struck out. The purpose of such orders is not so much to punish bad behaviour but to encourage good behaviour in the future. A party who has failed or refused to allow inspections of a document may be ordered to produce it by a certain deadline or the proceedings will be terminated in

3.3.3. Summary Judgment

A terceira forma de julgamento sem a realização do *trial* é o chamado *summary judgment*, previsto na Parte 24 das CPR. As hipóteses de cabimento são similares às relatadas quando da análise do *striking out*. O juiz poderá decidir de forma sumária quando: (i) o autor ou o réu não tem real perspectiva de sucesso com a pretensão ou defesa apresentada; (ii) não há motivo que indique a necessidade de realização do *trial*.⁷⁷ Em decorrência dos requisitos estabelecidos pelo legislador, O'Hare e Browne denominam o exame realizado pelo juiz de “*no real prospects test*”.⁷⁸

A finalidade da aplicação do instituto como uma ferramenta de gestão é, segundo Grainger e Fealy, evitar que um caso sem fundamentos sólidos prossiga. Teses baseadas apenas em argumentos não merecem chegar ao *trial*.⁷⁹ Para que a pretensão ou a defesa tenha real perspectiva de sucesso deve estar sustentada por fatos cuja existência já foi demonstrada ou que serão revelados no decorrer do procedimento. Se o juiz está convencido de que a tese não está bem lastreada e de que não será possível, tampouco, alcançar esse estágio com a continuação do processo, deve aplicar a Parte 24 das CPR e solucionar o conflito por meio do *summary judgment*.⁸⁰ Destarte, esse conceito de que não se pode permitir o prosseguimento em direção ao *trial* de um caso cuja pretensão ou defesa apresente-se manifestamente improcedente permeia toda a atividade de gestão dos processos.⁸¹

Nesse sentido decidiu a *Court of Appeal* no caso *ICI Chemicals & Polymers Ltd v TTE Training Ltd*. Para os julgadores, deve ser concedido o *summary judgment* à parte requerente quando o juiz perceba que não há chance de que seja apresentado suporte probatório no *trial* capaz de dar fulcro a tese desafiada.⁸²

favour of his opponent. If past non-compliance has led to the entry of a default judgment, the court may require a payment into court as a condition for setting that judgement aside: this prevents the guilty party from using further proceedings merely as a delaying tactic. Conditional orders must be expressed clearly and precisely and the conditions must be one which is capable of being complied with. An impecunious party should not be ordered to pay into court a sum of money which he is unlikely to be able to raise".

77. Regra 24.2.

78. Ob. cit., p. 293.

79. Ob. cit., p. 38 e 39.

80. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit. 286.

81. TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. Ob. cit., p. 83; ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 509: "In *Swain v Hillman*, Lord Woolf said that the words 'no real prospect' of success in the new test 'speak for themselves'. This phrase denotes that the claim or defence must have a 'realistic' rather than 'fanciful' chance of success. His Lordship added that the function of CPR Part 24 would be distorted if summary judgment hearings were allowed to become 'mini-trials'. Instead, issues which require full investigation by disclosure under CPR 31 and receipt of factual testimony, tested by cross-examination, must be postponed until trial".

82. Court of Appeal (2007). *ICI Chemicals & Polymers Ltd v TTE Training Ltd*. (2007). Disponível em <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&sruid=ia744d05e0000012bf34bd2f365b81f34&d>

Essa espécie de julgamento sumário configura uma decisão de mérito. Por conseguinte, só pode ser atacada por meio de recurso e está sujeita aos efeitos da coisa julgada quando definitivamente preclusa.⁸³ Só será possível a revogação (*setting aside*) do julgamento pelo próprio juiz ou tribunal do qual emanou se foi aplicado como forma de sanção pelo não comparecimento na audiência destinada para analisar o pedido de *summary judgment*.⁸⁴ Contudo, como bem elucida Zuckerman, esse julgamento teria natureza diversa, se assemelhando ao *striking out*.⁸⁵

No *summary judgment*, a corte se apóia nas provas escritas apresentadas, que se consubstanciam em documentos e depoimentos escritos de testemunhas e peritos. Uma vez requerido o julgamento sumário, designa-se uma audiência para a análise do pedido. Essa audiência também pode ocorrer por iniciativa da corte, consoante dispõe a regra 24.5(3). Nesse ato processual, objetiva-se julgar antecipadamente procedente o pedido do autor ou rejeitá-lo de imediato, dependendo de quem fez o requerimento. Ao juiz apresentam-se três opções: (i) acolher a solicitação da parte que requereu o julgamento antecipado, julgando o mérito; (ii) rejeitar a solicitação, prosseguindo o processo na direção do *trial*; (iii) conceder uma *conditional order*, afirmando que a pretensão ou a defesa contestada pode ter sucesso, mas considera-o improvável, demandando a prestação de caução em dinheiro.⁸⁶

O *summary judgment* é, pois, uma espécie de julgamento antecipado e foi concebido para evitar que casos perdurem por anos a espera do *trial*, sem que a produção de provas e alegações orais se demonstrem indispensáveis à conclusão de que falta sustentabilidade à pretensão ou à defesa. Neil Andrews, na vigência do sistema pré-CPR, já fazia a ressalva de que essa espécie de limitação do procedimento deve ser aplicada com prudência, já que algumas questões só são efetivamente esclarecidas depois de vários dias de *trial*, com exame de documentos e produção de outras provas.⁸⁷ Entende que a sua utilização com parcimônia

ocguid=I5EC496501A2B11DCBAFA838942972EAF&hitguid=I5EC496501A2B11DCBAFA838942972EAF&spos=1&epos=1&td=1&crumb-action=append&context=2. Acesso em 28/10/2010.

83. O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. Ob. cit., p. 301; ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit. 290-291: "A summary judgment dismissing the claim creates *res judicata*, but not a summary judgment striking out the claimant's statement of case. A summary judgment is a final judgment on the merits for all intents and purposes. It can be attacked only by way of appeal, not by application to set aside"

84. LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. London: Cavendish publishing, 2004, p. 359-360.

85. Ver nota 82.

86. ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 85-88.

87. ANDREWS, Neil. *Principles of Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994, p. 217-218: "Sometimes the decisive point of law can be isolated only after days of hearing a vast quantity of documents 'or other evidence'. Here, the risk of duplicating Order 14 and trial is too great. The prudent course is to for trial"; Ver decisões: Chancery Division. *Groveholt Ltd v Hughes* [2008] EWHC 1358 (Ch), LTL 27/6/2008. Disponível em <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&sruid=ia744cc630000012>

respeita, inclusive, a norma 6(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que normatiza o direito ao *fair trial*. Admite, no entanto, que, em determinados casos, é possível que uma defesa possa ser considerada manifestamente infundada antes mesmo de ser apresentada. Isso seria possível quando a natureza do litígio – uma cobrança baseada em crédito estampado em cheque, por exemplo – não disponibilizasse ao réu nenhuma possibilidade de defesa.⁸⁸

Por último, o professor de Cambridge considera cabível o julgamento por essa modalidade quando a prova já produzida apresente-se satisfatória à solução da controvérsia, não havendo necessidade de novos elementos para se descortinar a verdade dos fatos.⁸⁹ Essa última hipótese, extraída da Regra 24.2(a)(ii) das CPR, em muito se assemelha com o instituto do julgamento conforme o estado do processo, previsto no art. 330, inc. I, do CPC brasileiro.

3.3.4. Diferenças entre Striking Out e Summary Judgment

Os dois últimos institutos analisados – *striking out* e *summary judgment* – apresentam-se semelhantes em diversos aspectos, como a desnecessidade de *trial* e definitiva solução do conflito. Possuem, porém, certas idiossincrasias que os distinguem. A principal diferença é o estágio da cognição quando da aplicação de cada uma dessas espécies de julgamento antecipado. No *striking out*, o exame é realizado *in statu assertionis*, isto é, somente se verificam as alegações da parte, contidas no *statement of case*. Para que um requerimento de *striking out* seja acolhido, a pretensão (ou a defesa) deve se apresentar insustentável por si só, não havendo sequer a necessidade de investigação dos fatos para se concluir pela sua inviabilidade.

Embora as CPR não indiquem expressamente, pode-se fazer um paralelo do julgamento pelo *striking out* com a extinção do processo por falta de alguma das condições da ação. Mas não é só. Além de tentar evitar o processamento de demandas que apresentem partes ilegítimas, pedidos impossíveis ou denotem falta de interesse processual, o instituto também visa extirpar pretensões ou

[bf37de03659b54382&docguid=IBCFF2E044D211DDAE988F5242D94B7F&hitguid=IBCFF2E044D211DDAE988F5242D94B7F&spos=2&epos=2&td=4&crumb-action=append&context=2](http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744c09a0000012bf3805b266b0b0ccd&docguid=I985D4DC0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I985D4DC0E42711DA8FC2A0F0355337E9&spos=3&epos=3&td=3&crumb-actionappend&context=6). Acesso em 28/10/2010; Chancery Division. Derksen v Pillar (2002) LHT 17/12/2002. Disponível em: <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744c09a0000012bf3805b266b0b0ccd&docguid=I985D4DC0E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I985D4DC0E42711DA8FC2A0F0355337E9&spos=3&epos=3&td=3&crumb-actionappend&context=6>. Acesso em 28/10/2010.

88. ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 509 e 512.

89. ANDREWS, Neil H. *Contracts and English Dispute Resolution*. Tokyo: Jigakusha Publishing, 2010, p. 218.

defesas contraditórias ou inverossímeis, qualidades que as próprias alegações já denunciam, sem que se necessite de dilação probatória.

O *summary judgment*, por sua vez, exige uma análise mais abrangente. Além das teses desenvolvidas pelas partes, o juiz deve examinar as provas então produzidas. Ainda que as alegações sejam verossímeis, os elementos probatórios já apresentados podem demonstrar que a versão dos fatos apresentada não se sustenta, o que leva à falta de perspectiva de sucesso.⁹⁰ Neil Andrew assevera que o *striking out* se sobrepõe ao *summary judgment*, uma vez que, se for observada a hipótese da aplicação do segundo, que demanda investigação mais criteriosa, pode-se optar pelo primeiro instituto, porquanto os requisitos de sua adoção também estarão preenchidos.⁹¹

Outra diferença é o remédio cabível contra essas duas espécies de julgamento. Em face de um *summary judgment* somente é possível a utilização de um recurso para um tribunal hierarquicamente superior, enquanto o julgamento decorrente de *striking out* pode ser desafiado por um requerimento de revogação – *setting aside* –, que, pela sua natureza, é dirigido ao mesmo órgão julgador que proferiu a decisão. Não acolhido o pedido de afastamento do julgamento, abre-se também a possibilidade de recurso.

De toda sorte, são institutos muito semelhantes, o que causa controvérsias na sua aplicação. Para Zuckerman, haja vista possuírem o mesmo objetivo de prezar pelo uso proporcional dos recursos da corte e de evitar a prática de atos processuais desnecessária, é lícito o pedido de julgamento por *striking out* seguido de pedido

90. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 292: "It is said that for the purpose of striking out a statement of case under this rule, the court is obliged to treat the facts averred as true, even if it thinks that they may be very difficult to prove. In applications for striking out the court is mainly concerned with the adequacy of the parties' statements of case, with whether they disclose reasonable grounds for bringing or defending the action. By contrast, in an application for summary judgment the court may look beyond the statements of case and consider the evidence and whether a party has a real prospect of success"; ANDREWS, Neil H. *Contracts and English Dispute Resolution*. Tokyo: Jigakusha Publishing, 2010, p. 220: "Both pre-trial procedures serve the function of enabling the court to weed out bad or tenuous claims or defences. Both are subject to the evidential constraint that the court can only receive oral evidence at trial. As we shall see, the summary judgment sieve has a slightly finer mesh than the striking out jurisdiction".

91. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 522: "The court's striking out powers overlap with summary judgment under CPR Part 24, although the two forms of attack are not co-extensive. In particular, CPR 3.4(2)(a) ('the statements of case discloses no reasonable grounds for bringing or defending the claim'), which concerns the legal merits of a claim or defence, can overlap with a Part 24 application for summary judgment based upon the same suggested legal defect or the factual weakness of a party's case"

subsidiário de *summary judgment*.⁹² Nesse sentido decidiu a *Court of Appeal* no caso *S v Gloucestershire*.⁹³

3.4. Suspensão do processo e incentivos à utilização de ADR

A atividade jurisdicional idealizada nos relatórios de acesso à justiça desenvolvidos por Lord Woolf, e que são a base das CPR, tem como principal premissa evitar de todas as formas o exercício da jurisdição. Essa ideologia, que parece contraditória – jurisdição busca primordialmente evitar a utilização da jurisdição –, é um dos pilares de todo o novo ordenamento processual inglês e galês. E não é necessário buscá-la nas entrelinhas. Em seu relatório final, Lord Woolf proclama que no novo sistema “*litigation will be avoided wherever possible*”⁹⁴ e, para tanto, os litigantes devem servir-se dos métodos alternativos de solução de conflitos e dos *pre-action protocols*.⁹⁵

Encorajar o uso de ADR e sancionar partes que resistem à adoção da mediação tornaram-se mantras no Poder Judiciário. Para que toda a ideologia das CPR funcionasse, era indispensável que os juízes entendessem a importância de estimular a cultura de acordos e a experiência demonstra que eles compreenderam a mensagem.⁹⁶ Neil Andrews considera essa a política mais adequada. Solução

92. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 293.

93. Court of Appeal. (2001). *S v Gloucestershire CC* [2001] Fam 313, 341-2, CA, per May LJ. Disponível em http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=r1&srguid=ia744d05e0000012bf281cf_8cb2e48806&docguid=I91425840E42811DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=I91425840E42811DA8FC2A0F0355337E9&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=4. Acesso em 28/10/2010: "For a summary judgment application to succeed in a case such as this where a strike out application would not succeed, the court will first need to be satisfied that all substantial facts relevant to the allegations of negligence, which are reasonably capable of being presented to the court, are indeed before the court; that these facts are undisputed or that there is no real prospect of successfully disputing them; and that there is no real prospect of oral evidence affecting the court's assessment of the facts".

94. Access to Justice. Final Report. Disponível em <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. Acesso em 06/12/2010: "(...) 9. The new landscape will have the following features. *Litigation will be avoided wherever possible*. (a) People will be encouraged to start court proceedings to resolve disputes only as a last resort, and after using other more appropriate means when these are available. (b) Information on sources of alternative dispute resolution (ADR) will be provided at all civil courts. (c) Legal aid funding will be available for pre litigation resolution and ADR. (d) Protocols in relation to medical negligence, housing and personal injury, and additional powers for the court in relation to pre litigation disclosure, will enable parties to obtain information earlier and promote settlement. (e) Before commencing litigation both parties will be able to make offers to settle the whole or part of a dispute supported by a special regime as to costs and higher rates of interest if not accepted.

95. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 546: "However, it is clear that the true public interest is not in maintaining an unnecessary inflated stream of cases which are formally commenced and settled, but in stimulating pre-action settlement and avoidance of litigation, whenever possible. In this regard, pre-action protocols have a large and salutary function"

96. CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? Ob. cit., p. 47: "Secondly, Woolf's cultural shift required the court and litigants to place greater emphasis on resolving disputes

adjudicada deve ser enxergada como último recurso, exceto quando: (i) o réu apresentar postura não colaborativa e procrastinatória – o que pode ser resolvido com o uso de *striking out* ou *summary judgment* -; (ii) as tentativas de celebração de acordo por outros métodos falharam; (iii) a mediação não tem grande chance de sucesso em razão da relutância ou teimosia de uma das partes; (iv) os custos envolvidos na mediação sejam maiores do que aqueles que seriam despendidos no processo judicial; (v) há o interesse público no julgamento da questão.⁹⁷

Hazel Genn noticia que, apesar de a arbitragem e a conciliação já apresentarem uma história de desenvolvimento na Inglaterra no início da década de 1990, o uso da mediação ainda era embrionário. No ano de 1990, foi criado em Londres o *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR). Com a criação do centro, os mediadores não dispensaram esforços na tentativa de promover e divulgar a mediação e outros métodos autocompositivos de solução de conflitos como forma de combater a crise da justiça civil. A campanha, até então com sucesso limitado, passou a colher os frutos quando da divulgação dos relatórios de Lord Woolf e a normatização das ADR's nas CPR.⁹⁸ Em outras palavras, foi necessária a regulamentação na lei processual para o desenvolvimento da mediação na Inglaterra e no País de Gales.

Neil Andrews observa outros fatores que contribuíram para o desenvolvimento do instituto. Primeiramente, os altos custos do processo judicial estimulam a adoção de outros métodos. Em segundo lugar, os tribunais se entusiasmaram com a mediação e tornaram-se propagadores de sua utilização pelos litigantes. Percebeu-se, ainda, que não há apenas um momento específico para a obtenção de acordo, que pode ser estabelecido na fase dos *pre-action protocols* ou por meio de suspensão do processo em qualquer etapa para a adoção da mediação. Por fim, Andrews ressalta a importância da *dispute resolution clause*, que passou a ser adotada em inúmeros contratos comerciais e que demanda das partes a utilização de negociação, mediação e arbitragem para a dirimção dos litígios oriundos da vigência do negócio jurídico.⁹⁹

A mediação judicial (*court-based mediation*) nos casos que utilizam o *fast e multi-track* tem sessões conduzidas por mediadores privados, mas são realizadas no prédio do tribunal. Tais sessões têm duração limitada e normalmente se

consensually. This is an aspect of active case management that Woolf understood as being central to new litigation culture".

97. ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 205-206.

98. Ob. cit., p. 92-93.

99. ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 6.

estendem por três horas. A mediação é administrada pelo tribunal, o que inclui a autorização do exercício da profissão a mediadores previamente treinados em organizações registradas.¹⁰⁰

As CPR fazem expressa menção ao incentivo do uso de ADR na regra 1.4, ao elencar as atividades envolvidas na gestão de processos. A principal ferramenta à disposição do juiz para dar efetividade a essa norma é a *stay order*, que nada mais é do que a suspensão do processo e o direcionamento do litúgio para um dos outros mecanismos de solução, em especial a mediação. Destarte, por meio de requerimento de uma ou de ambas as partes ou, ainda, por iniciativa própria da corte, é lícita a suspensão para a utilização de outro método, se for considerado “*appropriate and facilitating the use of such procedure*”.¹⁰¹ A *stay order* é, porém, mais abrangente, podendo ser utilizada para que a parte cumpra uma obrigação processual, por exemplo.¹⁰²

Antevendo que a simples suspensão do processo – a qual em grande parte dos casos se dá de ofício – não seria assaz para impulsionar o uso da mediação e a conseqüente obtenção de acordo, os tribunais tomaram medidas adicionais. Ao interpretarem a norma que os outorga poderes de estímulo ao uso de ADR’s, extraíram a possibilidade de, em algumas hipóteses, estabelecer sanções decorrentes da não participação de uma parte em um processo de mediação, quando sugerida pela corte. A regra 44.5(3)(a)(ii)¹⁰³ também dispõe que devem ser considerados os esforços de resolução consensual da disputa de cada parte antes e depois de instaurada a demanda quando da decisão de repartição das despesas processuais. Assim, o litigante que apresentou postura adversarial e não se mostrou interessado, por exemplo, nas sessões de mediação, pode ser condenado a arcar com a maior parte do bolo das custas e dos honorários advocatícios.¹⁰⁴

100. PRINCE, Susan. ADR after the CPR: have ADR initiatives now assured mediation an integral hole in the civil justice system in England and Wales? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 327- 340, p. 329.

101. Ver nota 9.

102. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 535-536: “A stay may amount to a refusal to exercise jurisdiction, as where the court stays proceedings in order to make way for arbitration or for the dispute to be tried abroad. A stay may give effect to a settlement agreement whereby the parties have agreed to bring proceedings to an end while keeping open the possibility of applying to court if disputes arose about the implementation of the settlement. A stay order may express a case management decision, as where the court orders a stay pending a settlement attempt, or where the court imposes a stay until a party fulfils a process obligation, such as giving disclosure or agreeing a medical examination. Finally, a stay may be imposed not in the action itself but on its consequential effects, such as a stay of execution of judgment”.

103. Ver nota 9.

104. GENN, HAZEL. *Judging Civil Justice*. Ob. cit., p. 94-95: “The strength of Lord Woolf’s conviction that the public should be trying mediation rather than litigation was given expression in the Civil Procedure

O incentivo apresenta-se, pois, em duas formas. A primeira é extraída da *stay order* (gênero) ou *ADR order* ou *mediation order* (espécies), que se consubstanciam em provimento judicial indicando o caminho que devem seguir os litigantes. Essa “sugestão”, por si só, já se demonstra capaz de estimular a conduta das partes na direção sugerida. Em segundo lugar, há a real ameaça de a escolha refletir na condenação de custas ao final do processo. Como alerta Shirley Shipman, mais do que encorajar, os tribunais impõem pressão sobre as partes para buscarem a solução do conflito por meio alternativo à jurisdição.¹⁰⁵

Inicialmente, a *Court of Appeal* demonstrou-se tímida na imposição de sanções em face do litigante que não adere à sugestão da corte acerca do uso de ADR. Em um caso processado perante a *Commercial Court*, a *Court of Appeal* sustentou que não representa abuso processual a negativa do demandante em participar de procedimento de mediação. No entanto, em decisões posteriores, a mesma corte alterou sua posição, adotando postura mais enfática quanto à obrigação das partes de auxiliarem na consecução do *overriding objective*, o que inclui acatar a sugestão de utilização de método indicado pelo tribunal.¹⁰⁶

Em uma decisão emblemática, a *Court of Appeal* determinou que o réu pagasse integralmente as custas da autora, mesmo tendo esta sucumbido em todos seus pedidos. A demandante teve seus cavalos atropelados por um trem que passava próximo à sua propriedade. Inconformada, ajuizou ação reparatória em face da empresa de transporte ferroviário. Os juízes sugeriram o uso de mediação e a ré se negou a participar, uma vez que considerava sua posição forte e que era bem provável que se sairia vitoriosa do julgamento. Foi o que aconteceu. Contudo, em razão de sua recusa, a ré foi condenada a arcar com

Rules, which conferred on the court authority to order parties to attempt to settle their case using ADR and the judge the power to deprive a party of their legal costs if, in the court's view, the party has behaved unreasonably during the course of the litigation. This discretion is of considerable significance when legal costs are often equal to, and may dwarf, the amount of money at stake in the dispute. The effect of the rules in relation to ADR is not to provide a direct incentive for parties to settle disputes by mediation but to impose a future threat of financial penalty on a party who might be deemed to have unreasonably refused an offer of mediation".

105. SHIPMAN, Shirley. Alternative Dispute Resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 341-355, p. 345: "The situation in relation to court encouragement to undertake an ADR procedure is different. First, there is no immediate threat to deprive a non-compliant individual of his business if he does not settle the claim. Secondly, the individual is encouraged to undertake an ADR procedure - taking part in the process, whilst clear aimed at encouraging settlement, is not necessarily going to lead to a settled claim. However, as a result of the case management duty of the courts to encourage parties to undertake an ADR procedure, individual arguably face two types of pressure: first, authoritative encouragement and secondly, the threat of an adverse costs award".

106. ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 545.

suas despesas e com as despesas e honorários advocatícios pagos pela autora. A *Court of Appeal* aplicou a regra 44.5(3)(a)(ii) das CPR, mesmo tendo a autora sucumbido integralmente.¹⁰⁷

Os tribunais ingleses também defendem a validade e eficácia da cláusula de mediação. Neil Andrews noticia que no caso *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd*, constatou-se a existência de cláusula dessa espécie no contrato celebrado pelas partes. A *Commercial Court* a considerou válida e decidiu que o dever contratual de não buscar o Poder Judiciário antes do uso da mediação deve ser respeitado pelas partes.¹⁰⁸

Não basta, porém, aceitar a mediação indicada na *stay order*. As partes devem se engajar nas sessões de mediação com boa-fé, apresentando disposição para negociar e não se firmando em posições desarrazoadas. Consoante assevera Michael Cook, a parte que concorda com o uso da mediação, mas age de forma a evitar seu sucesso, pode sofrer as mesmas conseqüências do que aquele litigante que se recusou a aderir à sugestão do tribunal.¹⁰⁹ A decisão do caso *Earl of Malmesbury v Strutt and Parker* ilustra bem esse risco. A atitude não cooperativa na mediação rendeu ao autor – vencedor da demanda – uma redução de oitenta por cento dos custos que teria direito a reembolso pelas regras ordinárias de divisão de despesas.¹¹⁰

Embora a participação na mediação ou em algum outro método autocompositivo de solução de conflito não se configure um pressuposto de admissibilidade da ação, o sistema inglês parece ter adotado a mediação compulsória, já prevista em outros países, como a Argentina, e alguns estados norte-americanos. Hazel Genn argumenta que, não obstante Lord Woolf não ter proposto literalmente o uso de ADR como obrigatório, a outorga de poderes aos juízes para direcionar o litígio a um desses métodos, acompanhada da possibilidade de sanção pelo não acolhimento do provimento judicial, faz com que as partes percebam que não têm escolha.¹¹¹

107. *Dunnett v Railtrack plc* (Practice Note) [2002] 1 WLR 2434, CA, paras 13 ff. Court of Appeal, 2002, Weekly Law Reports, 1, 2434.

108. ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 230-231.

109. COOK, Michael J. *Cook on Costs*. London: LexisNexis, 2010, p. 138: "A party who agrees to mediation, but then causes the mediation to fail by reason of his unreasonable position in the mediation is in reality in the same position as a party who unreasonably refused to mediate. It is something which the court could and should take account of in the costs order".

110. *Earl of Malmesbury v Strutt and Parker*. Queen's Bench Division. 2008. Disponível em <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&sruid=ia744cc640000012bf75470c015a776f0&docguid=IBD6DCAB0FFA811DC9D1B8C6BC40CF7FD&hitguid=IBD6DCAB0FFA811DC9D1B8C6BC40CF7FD&spos=2&epos=2&td=3&crumb-action=append&context=7>. Acesso em 29/10/2010.

111. Ob. cit., p. 95.

Enquanto Neil Andrews não enxerga a previsão de mediação compulsória, mas *semi-voluntary ADR*¹¹², Shirley Shipman afirma que o nível de liberdade de escolha conferida aos litigantes não lhes dá verdadeira opção entre aderir à mediação ou prosseguir em direção ao trial.¹¹³ Essa ausência de liberdade retira o caráter voluntário, caracterizando a obrigatoriedade de acolher a ordem do tribunal e participar com postura colaborativa nas sessões de mediação.

É forçoso concluir, pois, que uma das ferramentas de *case management* mais utilizadas e mais eficazes para os propósitos estabelecidos nas CPR é a mediação judicial compulsória.

A política inglesa de evitar o exercício da jurisdição a qualquer custo e a utilização das *stay orders* como instrumento para alcançar esse fim não escapou de críticas de autores ingleses. São conhecidas as ideias de estudiosos norte-americanos contra a cultura de obtenção de acordos independentemente do caso.¹¹⁴ As CPR trouxeram essa discussão para o outro lado do Oceano Atlântico.

A questão envolve velho debate acerca dos escopos da jurisdição. Sob o ponto de vista inglês e mais especificamente das disposições contidas na CPR, resume-se à conveniência de sempre se evitar o processo judicial, enxergando a jurisdição somente como uma forma de solucionar conflitos, ou de se conduzir casos para julgamento, com vistas à consecução de fins outros. Zuckerman compara a jurisdição civil à penal e argumenta que ninguém enxerga esta como mera forma de resolução de disputas, o que também deveria ocorrer com aquela, já que é o meio de assegurar o respeito aos direitos civis.¹¹⁵

112. ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., p. 543-544: "The court's overall responsibility during 'case management' includes both 'helping the parties to settle the whole or part of the case' and 'encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate'. Furthermore, the courts can, of their own motion, stay proceedings to give time for this or settlement negotiations. To use the jargon of this field, English procedure has now embraced 'semi-voluntary and court-annexed ADR', that is, that parties can be told by the court to halt litigating and consider mediation or conciliation".

113. Ob. cit., p. 349: "The essence of waiver tainted by constraint is that the individual has no real choice as to whether to exercise a particular right. Hence, the waiver of that right cannot be considered voluntary. The voluntary character of a decision depends on the level of freedom to choose. To be a valid waiver there must be true choice to concede the particular right. It is arguable that in certain circumstances an individual is denied a true choice in deciding to undertake an ADR procedure rather than proceeding to trial"

114. Ver FISS, Owen. *Contra o Acordo*. In: *Um novo processo civil*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. RT, 2004.

115. ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure*. Ob. cit., p. 90: "Court adjudication is the process which provides citizens with remedies for wrongs that they have suffered. Without remedies there are no rights and without rights there is no rule of law. No one thinks of the criminal trial as merely a dispute resolution process. Nor should one regard the adjudication

Hazel Genn prega um equilíbrio. Entende necessário o estabelecimento de uma triagem de casos, separando aqueles para os quais a solução adjudicada é considerada adequada daqueles que basta a mera solução do conflito, independentemente do método. Para tanto, julga indispensável que a qualidade da justiça civil não seja medida apenas pela sua velocidade e custo ou pela habilidade do sistema em dirigir os conflitos para fora da jurisdição. A justiça civil deve ser de novo considerada um bem público, tão importante para a saúde da sociedade como a justiça penal.¹¹⁶

A autora demonstra sua preocupação com o sistema de mediação compulsória inglês sobre outros dois aspectos: (i) a mediação é mais apropriada e bem sucedida quando as partes ingressam voluntariamente nas sessões; (ii) a mediação vem sendo costumeiramente adotada não pelas suas qualidades e benefícios, mas como uma forma de oposição à resolução por meio da jurisdição.¹¹⁷ Em outro estudo¹¹⁸, defendi que a escolha dos métodos de solução de conflitos deve se pautar pela observância do princípio da adequação, isto é, não é aconselhável que a lei ou o órgão judicial remeta as partes sempre para o mesmo método, somente para descongestionar a justiça civil. A mediação e os demais mecanismos autocompositivos devem ser procurados quando a natureza e características do conflito indiquem que essa é a forma mais adequada de enfrentá-lo.

A vantagem do sistema inglês é que a escolha não é feita de forma genérica e abstrata na lei, mas sim por juízes – que iniciam a carreira da magistratura já experientes e gozam da confiança da classe jurídica – que estão na posse de todos os detalhes do conflito, viabilizando a triagem com mais precisão. É essencial, no entanto, que tenham a sensibilidade de não remeter todos os litígios para um mecanismo de solução consensual somente com o intuito de evitar o *trial* ou, mais precisamente, o exercício da jurisdição.

De qualquer forma, é inegável que a adoção da mediação judicial obrigatória é ferramenta de gestão de processos e está em total sintonia com os escopos da jurisdição almejados pelo legislador inglês, que idealizou uma justiça civil de

of civil claims as merely a dispute resolution mechanism because the civil process is just as much a law enforcement process as is its criminal counterpart. Put differently, the civil court underwrites our civil rights"

116. Ob. cit., p. 76-77: "We need a strategy for the cases that we want to encourage into the system and those that we would prefer to discourage and we need to articulate our reasons for both of these choices. Our judgment about the quality of our civil justice system should not be measured simply in terms of speed and cheapness, or by how many cases we can persuade to go elsewhere. Finally, we need to re-establish civil justice as a public good, recognising that it has a significant social purpose that is as important to the health of society as criminal justice".

117. Idem, p. 80.

118. V. o meu *O Princípio da Adequação e os métodos de solução de conflitos*. Trabalho ainda inédito.

caráter privatista, primordialmente voltada para servir de mecanismo de solução de conflitos.

3.5. Admissão de provas e *cross examination*

A discricionariedade judicial alcança também a instrução do processo. As CPR concedem poderes às cortes para controlar a produção da prova. Dispõe a regra 32.1 que o juiz poderá: (i) delimitar os fatos que dependem de comprovação por meio de prova; (ii) especificar o meio de prova a ser utilizado para demonstração de existência de cada fato; (iii) estabelecer a forma pela qual a prova deve ser produzida perante a corte; (iv) inadmitir prova, mesmo que seja considerada admissível; (v) limitar a *cross-examination*.

A gestão da prova tem o objetivo de organizar a fase instrutória e de evitar a prática de atos supérfluos. O juiz está autorizado, ainda, a modificar a forma do ato, admitindo, por exemplo, o depoimento de peritos e testemunhas por escrito, ao invés do tradicional formato oral.

A exclusão de provas em tese admissíveis deve ocorrer de forma parcimoniosa. A doutrina relata que quanto mais relevante for a prova mais relutante será o juiz em inadmiti-la. A finalidade da norma é tornar a fase instrutória mais objetiva, excluindo provas que visam provar questões periféricas e para limitar número de testemunhas para a prova do mesmo fato.¹¹⁹ Peter Murphy ressalta que, além de servir como meio de afastar provas obtidas por meios ilícitos, o poder de gestão serve ainda como uma forma de evitar que litigantes com mais recursos procrastinem o desenrolar do procedimento com a produção de inúmeras provas inúteis ou repetitivas.¹²⁰

119. KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. Eighth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 44: "Rule 32.1(2) also confers extremely wide powers: subject to rule 1.1, there are no express limitations as to the extent of the power or the manner of its exercise. As we have seen, civil courts already have the common law power to exclude evidence even if plainly relevant, but it has been said that the more relevant the evidence is, the more reluctant the court is likely to be to exercise its discretion to exclude and that the power to exclude under rule 32.1(2) should be exercised with great circumspection. However, rule 32.1(2) can be used to exclude peripheral material which is not essential to the just determination of the real issues between the parties and, in appropriate circumstances, evidence that has been obtained illegally or improperly. It can also be used, if it is submitted, to restrict the number of witnesses and exclude superfluous evidence".

120. MURPHY, Peter. *Murphy on evidence*. Eleventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 49: "The only general limitation on the court's powers seems to be the basic injunction of r. 1.1 that those powers must be exercised so as to give effect to the overriding objective of the rules, namely to deal with cases justly. It has been said that r. 32.1 provides the court with a case management tool which enables it to prevent the case from getting out of hand. It would certainly seem appropriate for a judge to use the power to exclude in cases in which evidences has been obtained in violation of a provision of the European Convention on Human Rights, as well as for the more prosaic but no less important purposes of protecting

Aplicando a regra 32 das CPR, a *Court of Appeal*, no caso *Attorney General v Scriven*, sustentou que os tribunais não são obrigados a dilatar a fase probatória pelo tempo que desejarem os litigantes. Têm, pois, a função de controlar a produção da prova e evitar que ocorram abusos processuais decorrentes da conduta das partes.¹²¹ Zuckerman esclarece que não é lícito aos juízes proibir as partes de produzirem prova para a comprovação de fato relevante às suas teses, o que seria considerado violação do direito ao *fair trial*, previsto na norma 6(1) da Convenção Européia de Direitos Humanos. O que é permitido aos tribunais é a limitação da quantidade de elementos probatórios a serem apresentados para a demonstração de existência de determinado fato.¹²² No mesmo sentido, O'Hare e Browne asseveram que o poder de limitação da prova e do *cross-examination* deve ser exercido sob o enfoque da obrigação de processar e julgar de forma justa, prevista no *overriding objective*, o que impede que um litigante seja privado de revelar a verdade de fato essencial à sua pretensão ou defesa.¹²³

A modificação da forma de produção da prova afigura-se útil ao se realizar uma exegese sistemática. A oitiva de depoimentos é realizada habitualmente no *trial* e algumas formas de julgamento visam exatamente evitar a realização do *trial*. Destarte, a apresentação de depoimento de peritos e testemunhas no formato de documento é capaz de gerar o convencimento do julgador de que está presente a hipótese de cabimento do *summary judgment*, por exemplo. As decisões de gestão do processo no que concerne à prova também são passíveis de serem desafiadas por recurso. Segundo Katharine Grevling, os tribunais competentes para o julgamento dos recursos reformarão as decisões que mitigarem indevidamente o direito à prova das partes, mesmo que a decisão recorrida tenha natureza essencialmente de gestão discricionária do processo.¹²⁴

4. A REAÇÃO DA CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS E O IMPACTO NA EUROPA CONTINENTAL

A reforma no ordenamento processual inglês não foi ignorada pelos demais países europeus. Da mesma forma, os novos institutos concebidos nas CPR foram

litigants or more modest means against better-funded opponents who might seek to deluge them with paper, and restraining excessive cross-examination".

121. Court of Appeal. [2000] *Attorney General v Scriven*. Disponível em <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?src=doc&linktype=ref&&context=5&crumb-action=replace&docguid=I697F2A50E42711DA8FC2A0F0355337E9>. Acesso em 05/11/2010.

122. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 424.

123. O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. Ob. cit., p. 553.

124. GREVLING, Katharine. CPR r 32.1(2): case management tool or broad exclusionary power? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 249-269, p 255.

objeto de estudos e, em alguns casos, de julgamento na Corte Européia de Direitos Humanos (ECtHR). Esse tribunal europeu tem sua competência estabelecida nos arts. 33, 34, 46 e 47 da Convenção Européia de Direitos Humanos, o que inclui o processamento e julgamento de causas entre nações e entre indivíduos e nações.

Essa possibilidade de revisão de decisões nacionais por corte supranacional, levou cidadãos ingleses, inconformados com decisões obtidas na jurisdição interna, a buscarem a tutela da ECtHR. Será a seguir analisada a reação do tribunal europeu em relação a dois instrumentos de gestão de processos, quais sejam, o *striking out* e a condução do litígio para a mediação.

Examinar-se-á, ainda, a influência das CPR em outros países europeus, em especial naqueles de tradição romano-germânica.

4.1. Decisões da Corte Européia em relação à aplicação do *striking out*

A possibilidade de uma corte inglesa rejeitar a pretensão ou a defesa apresentada mesmo antes de o início da fase instrutória e com base apenas nas assertivas das partes foi objeto de exame pela *European Court of Human Rights*. No primeiro caso que chegou à sua apreciação, a corte européia considerou inadequada a aplicação do *striking out*, haja vista ter vislumbrado violação à Convenção Européia de Direitos Humanos que, em seu artigo 6(1), prevê o direito ao acesso à justiça.

O referido caso, *Osman v UK*, era oriundo de uma demanda que se processara na Inglaterra, na qual se discutia o direito à reparação decorrente de negligência policial. O caso tratava de um homicídio. O autor do crime, um professor do ensino fundamental, passou a perseguir um aluno na escola em que trabalhava. A família deu conhecimento à escola e à polícia acerca dos atos criminosos praticados pelo professor. Ele foi interrogado, mas não foi preso. Meses depois, matou o pai do aluno, tendo sido condenado pelo assassinato. A família ajuizou ação contra o Estado, com fundamento na negligência, consubstanciada na falta de prisão após os primeiros sinais de que a fatalidade ocorreria. A demanda foi objeto de *striking out*, com fulcro em um precedente que sustentava a ausência de responsabilidade da polícia em situação similar. A família buscou a instância européia, que concordou com os argumentos apresentados e condenou o Reino Unido.¹²⁵

Essa decisão foi muito contestada na Inglaterra, já que o instituto do *striking out* serve às cortes como uma forma de distribuir os custos do serviço da jurisdição, eliminando no início causas que não têm chance de sucesso. Apresenta-se,

125. Noticiado por ANDREWS. Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., 167-169.

destarte, como importante ferramenta de gestão de processos, a qual os juízes ingleses não estavam dispostos a perder. Zuckerman criticou duramente a decisão da ECtHR. Considerou como entendimento amplamente equivocado tratar de violação ao direito ao *fair trial* quando da aplicação do *striking out*. Para o autor, negar acesso a um procedimento mais extenso não é o mesmo que negar acesso à justiça. Ademais, todos os sistemas modernos de administração de justiça possuem meios de alocar os conflitos em diferentes ritos, dependendo do valor, da complexidade, da importância etc. Decidir sumariamente não pode, portanto, ser considerado como negativa de acesso.¹²⁶

A corte européia ouviu as críticas dos ingleses. No caso seguinte acerca da aplicação do *striking out*, a ECtHR reformulou seu entendimento. Em *Z v UK*, julgou que este tipo de filtro, capaz de gerar julgamento sumário, é compatível com o direito ao acesso à justiça se for utilizado após levarem-se em consideração possíveis diferenças entre o caso em julgamento e o precedente que serve de base à decisão de *striking out*.¹²⁷

Essa espécie de solução sumária do conflito é atualmente bastante utilizada por tribunais ingleses, mas as decisões da ECtHR serviram para tornar mais minucioso o exame quanto ao preenchimento dos requisitos de cabimento de sua aplicação.

4.2. Entendimento da Corte Européia a respeito do incentivo à utilização de mediação

Certamente, assim como os juízes ingleses e das outras partes da Europa, a corte européia vê com bons olhos a prática de mediação e dos demais ADR's, como meios alternativos à jurisdição. O Parlamento Europeu, inclusive, estabeleceu diretiva incentivando o uso da mediação, com o escopo de assegurar um melhor acesso à justiça.¹²⁸ No entanto, a maneira pela qual são encorajados a aderir aos ADR's na Inglaterra e no País de Gales pode ser interpretada como violação ao direito ao *fair trial*.

Conforme relatado, é lícita às cortes inglesas a suspensão do processo atrelada à sugestão dirigida às partes para utilizarem-se da mediação ou de outro mecanismo de solução do conflito diferente da jurisdição. A forma que conduzem seus atos após a sugestão influenciará na decisão acerca da repartição da responsabilidade

126. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on Civil Procedure*. Ob. cit., p. 281.

127. Noticiado por ANDREWS, Neil H. *English Civil Procedure*. Ob. cit., 167-169.

128. Diretiva 52/2008. Disponível em português em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>. Acesso em 14/12/2010.

pelos custos do processo. Esse mecanismo de pressão, consoante concluído supra, retira a voluntariedade da decisão dos litigantes.

Shirley Shipman, pesquisando a jurisprudência da ECtHR, observou que o sistema inglês de *mediation order* pode em determinados casos ser considerado como infração ao art. 6(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Entende que a corte europeia tenderia a concluir que a simples divulgação das vantagens dos ADR's seria suficiente para promover o seu uso em larga escala, não sendo indispensável a adoção de mediação compulsória ou de mecanismo que deixe os litigantes sem real poder de escolha.¹²⁹

A imposição judicial tem, porém, o escopo de criação ou de disseminação da cultura, para o qual a realização de campanhas publicitárias não se mostrou na história tão eficiente. Ademais, a *stay order* pressiona apenas à participação comprometida na mediação, principalmente, e em outros mecanismos auto-compositivos de dirimção de conflitos. Não obriga as partes a alcançarem o acordo. Entendo que o sistema inglês tende a gerar mais benefícios do que malefícios ao acesso à justiça se a triagem realizada pelos tribunais demonstrar-se apurada, direcionando os conflitos pela sua natureza, para serem enfrentados por mecanismos mais adequados do que se apresenta a jurisdição para o caso concreto.

4.3. O impacto das CPR na Europa Continental

As CPR revolucionaram a jurisdição civil inglesa. A sua influência, contudo, não se restringiu à Inglaterra e ao País de Gales. Outras jurisdições europeias foram influenciadas pela gestão flexível de processos pelos juízes e serviram-se da nova legislação inglesa como exemplo para melhorias internas.

Filippo Valguarnea comenta que as últimas reformas observadas nas legislações processuais de países europeus buscam a efetividade do processo por meio de dois elementos: a elasticidade do rito, que possibilite a adaptação à complexidade da causa, e a concessão de poderes ao juiz para gerir o processo, dosando

129. Ob. cit., p. 355: "The study of relevant ECtHR jurisprudence suggests that is possible, in certain circumstances, that the ECtHR may find that the threat or actual imposition of an adverse costs award amounts to a violation of an individual's right of access to court under Article 6(1). This conclusion is enhanced by the fact that if the rhetoric about the advantages of ADR is accurate, then education and use over time ought to be sufficient to promote greater use. It is worth noting also that research conducted in the Central London County Court suggests that where individuals feel pressurised into mediation, there is likely to be a settlement as a result of the mediation. The use of a measure that adversely impacts on an individual, and is not a particularly effective way of achieving a specific aim, is arguably disproportionate".

os recursos processuais segundo a necessidade.¹³⁰ O autor examinou a reforma processual ocorrida na Noruega e percebeu a manifesta influência do sistema inglês, com juízes gerindo o processo com fulcro em poderes discricionários concedidos pelo legislador.¹³¹

Na França, em dezembro de 2003, por meio do chamado *contrat de procédure*, o *Tribunal de Grande Instance* de Paris celebrou acordo com a ordem de advogados local para que fosse concedido aos juízes parisienses o poder de fixar um calendário para a prática dos atos processuais.¹³² Posteriormente, essa possibilidade foi introduzida no art. 764 do NCPC, pelo decreto n.º 1.628/2005. Até entre nós as CPR se fazem presentes. No Brasil, a primeira versão do projeto para o novo Código de Processo Civil, com inegável influência advinda dos direitos inglês e português, previu a outorga de poderes de adequação ao juiz brasileiro.

A influência do novo sistema alhures também refletiu internamente na Inglaterra. Neil Andrews observa que inúmeros contratos comerciais estrangeiros contêm cláusula de escolha dos tribunais ingleses como competentes para a solução do conflito. Atualmente, em metade dos casos julgados pela *Commercial Court* de Londres os litigantes não são residentes na Inglaterra ou no País de Gales.¹³³

A eficácia das CPR para diminuir a lentidão da justiça civil inglesa serviu, pois, de parâmetro para melhorias em outras jurisdições, e como atrativo das cortes inglesas para dirimir conflitos internacionais.

5. PONTOS DE SUCESSO, DEFICIÊNCIAS E PERSPECTIVAS

A reforma introduzida pelas CPR e precedida pelos relatórios de acesso à justiça de Lord Woolf tinha como escopos a redução do tempo de duração do processo e a diminuição da complexidade e dos custos na jurisdição civil. Mais de uma década de vigência do código de processo civil inglês, dúvidas não restam de que foi bem sucedida em agilizar a prestação jurisdicional. Da mesma forma, é inegável que a reforma não se mostrou capaz de solucionar o problema da complexidade e, por conseguinte, dos custos envolvidos no processo civil inglês e galês.¹³⁴

130. VALGUARNERA, Filippo. Le Riforme de processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXII, n.º 3, p. 885-912, 2008, p. 886.

131. Idem, p. 893-894.

132. GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile: droit interne e droit comunitaire*. 28 édition. Paris: Dalloz, 2008, p. 789-790.

133. ANDREWS, Neil H. *English Civil Justice and Remedies*. Ob. cit., p. 38.

134. TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. Ob. cit., p. 85: "But we failed in some important respects. Litigation has become much more bureaucratic and paper-based. The Rules have

A doutrina é praticamente uníssona a respeito do sucesso obtido pelo *court case management* no que concerne à redução do tempo necessário à solução do conflito. Robert Turner afirma que, com a colaboração de juiz e partes, casos que normalmente permaneceriam cinco anos sem julgamento, são atualmente solucionados entre quinze a dezoito meses.¹³⁵ Tim Parkes, após realizar pesquisa de campo, principalmente por meio de entrevistas com advogados militantes, noticia um consenso de que a gestão de processos pela corte tornou mais eficiente a jurisdição civil. A classe dos advogados aceitou tão bem a reforma que sugere, inclusive, uma gestão mais incisiva e proativa, exercida por um juiz especialista nessa atividade.¹³⁶

Zuckerman reconhece que as CPR fornecem à justiça civil a infraestrutura necessária à adequada gestão dos processos.¹³⁷ Para o autor, o exercício do *case management* de forma eficiente demanda (i) a existência de um objetivo claro; (ii) a outorga pela lei de poderes suficientes para a consecução desse objetivo; e (iii) recursos humanos que compreendam a abrangência e a importância desses poderes e a finalidade buscada com o seu exercício.¹³⁸

Da mesma forma que há convergência entre os processualistas ingleses acerca da principal virtude da gestão de processos pela corte, os mesmos pontos de frasso são também apontados pela doutrina.¹³⁹ O exercício da jurisdição tornou-se

latterly not always been well written: we seem to have lost the Victorian ability to express our intentions with a few well chosen and succinct words or phrases. The cost of litigation has for a number of unrelated reasons become excessive. Lord Justice Jackson has been given the almost Herculean task of attempting to devise a better system. Many are inclined to accept that the indemnity principle that costs should follow the event must be abandoned".

135. *Idem*, p. 84.

136. *Ob. cit.*, p. 450: "There was however a consensus that increased case management could lead to greater efficiency. As one respondent, a senior of associate in General Commercial Litigation put it, 'whilst the CPR can assist in alleviating such concerns in a significant way, it will depend on the willingness of the court to actively manage cases. There is still a sense that the court could act more consistently and proactively with the parties in considering how best to achieve efficiencies in proceedings' Several practitioners advocated the use of a single specialist judge throughout the case to encourage sensible case management and to improve consistency".

137. ZUCKERMAN, Adrian S. Court Case Management in England under the Civil Procedure Rules 1998. In: GOTTWALD, Peter (Editor). *Litigation in England and Germany*. Bielefeld: Gieseking-Verlag, 2009, p. 1-14, p. 4: "The court has wide case management powers to ensure that cases are managed efficiently. The rules provide the court with the authority and the tool needed for matching process to dispute, which is done through case management directions. To enable the court to do so, it is provided with early information about the nature of the issues, the extent of documentary disclosure, the expected number of witness and the need for expert evidence. On the basis of such information the court will give case-sensitive management directions; including a time table for the completion of the various procedural steps".

138. ZUCKERMAN, Adrian. Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure. *Ob. cit.*, p. 93.

139. GENN, HAZEL. *Judging Civil Justice*. *Ob. cit.*, p. 56: "Lord Woolf's intention was to reduce delay, complexity and cost in the civil justice system. The evidence suggests that post-issue delay has been reduced

mais complexo e os juízes ainda não aprenderam a lidar com litígios que envolvem grande repercussão e responsabilidade. Neil Andrews relata incidentes ocorridos em dois “super-casos” que se processaram na *Commercial Court* em Londres e nos quais os juízes da corte não souberam como aplicar de forma apurada os poderes disponibilizados para a gestão dos processos. As demandas entre *Equitable Life Assurance v Ernest & Young* e *Three Rivers District Council and others v Governor of the Bank of England* ficaram famosas na Inglaterra pelo excesso de duração do processo e pelos custos exorbitantes envolvidos. O autor indica o caminho a trilhar para lidar com tais tipos de litígio: (i) os juízes devem exercer ativamente os poderes de gestão para assegurar a condução eficiente dos casos; (ii) a utilização de tecnologia pode se afigurar apropriada, especialmente na atividade de *disclosure*; (iii) a mediação pode ser utilizada, ainda que apenas para resolver questões incidentes; (iv) pode-se pensar em adotar um código específico para regular o processamento dessa espécie de litígios; (v) é indispensável dar apoio aos juízes, que sofrem pressão adicional ao lidarem com casos dessa proporção; (vi) deve ser utilizado o instituto do *striking out* de forma mais contundente, para evitar necessidade de *trial* para questões sem sustentação.¹⁴⁰

Outro fator ocasionador de complexidade na jurisdição civil é o interesse econômico dos advogados. Os *solicitors*, advogados não vinculados ao tribunal e que são contratados pelas partes para representá-las em ações judiciais, recebem em regra por hora trabalhada. Quanto maior a complexidade, maior será a demanda de trabalho e, conseqüentemente, maior será a remuneração dos advogados. Não é a regra observar advogados agindo de má-fé, com a “criação” de necessidades inexistentes. No entanto, como cobram por hora ou com base na complexidade do caso, não há incentivo algum para que economizem nos serviços prestados.¹⁴¹

and that cases are being settled earlier. The concept of 'proportionality' in procedure has also been a constructive improvement to the operation of civil justice. However, the evidence also suggests that at least two of the objectives have not been met. The Civil Procedural Rules have become increasingly elaborate over the decade since they were introduced and the cost of litigation has risen"; CLARKE, Anthony. *The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process?* Ob. cit., p. 33-34: "In my opinion, with the notable exception of costs to which I will return, they have been a considerable success".

140. ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 52-53.

141. ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Reforms in the Shadow of Lawyers' Interests*. Ob. cit., p. 64; ANDREWS, Neil H. *The modern civil process*. Ob. cit., p. 170: "There is widespread dissatisfaction with the expense of civil proceeding in England and Wales. Normally, the largest element in a party's expenditure upon costs is the expense of hiring a lawyer or a legal team (see also the quotation from Buxton LJ at 9.04). Solicitors are normally paid 'by the hour', although nowadays they are required to give an estimate of their likely fee to the client at the beginning of the litigation. Barristers receive an agreed fee for preparing a case for a hearing and appearing at court. That fee can be supplemented if the case lasts for longer than expected. The sum to be paid as costs can be very large, both absolutely and in the relation to the value of the substantive claim. A shocking example is the huge costs bill, far exceeding a million pounds, incurred in an action by

Arelada à questão da complexidade, subsiste o maior desafio para a jurisdição inglesa, que está presente desde a fase pré-CPR e que a reforma falhou em combater. Trata-se da questão dos altos custos envolvidos. Hazel Geen noticia a evolução da regra sobre os custos na Inglaterra. Historicamente, os tribunais eram financiados conjuntamente pelos contribuintes – cujos tributos por eles pagos serviam para pagamento de juízes e da infraestrutura – e pelos demandantes, por meio do recolhimento de espécie de taxa judiciária. Na década de 1980, o governo inglês transferiu o financiamento de infraestrutura dos tributos em geral para a verba adquirida com taxa judiciária. Em 1992, ocorreu a mudança mais drástica, pela qual o custeio da jurisdição civil passou a ser integralmente retirado da taxa paga pelos litigantes.¹⁴²

Em acréscimo a essa nova política, que acarretou no aumento do valor necessário a ser despendido pelos demandantes, as CPR prevêm que o sucumbente deverá arcar com todos os custos do processo. Diferentemente do que ocorre entre nós, nos *custos* está inserida toda e qualquer quantia utilizada pela parte em razão do processo, o que inclui os honorários contratuais pagos a advogados e peritos no sistema de remuneração por hora trabalhada.¹⁴³ Essa característica do sistema influi no acesso à justiça, uma vez que grande parte da população não tem condições de enfrentar o risco de litigar, sabendo que, no caso de sucumbência, terá que reembolsar ao adversário tudo aquilo que ele gastou.

O principal crítico das reformas e transferência da gestão dos processos para os juízes, Michael Zander, cita dois estudos¹⁴⁴ realizados antes da *Woolf's Reform* e que indicavam caminhos diversos para jurisdição inglesa. Em ambos, a gestão dos processos pelas cortes não era recomendada. Pelo contrário, era refutada, por não ser considerada um mecanismo eficiente para a solução dos problemas enfrentados pela justiça civil. Zander conclui que o *case management* inglês não só serviu para aumentar os custos, como também concebeu um sistema imprevisível, em razão da vasta discricionariedade conferida aos juízes.¹⁴⁵

a 'super-model' against a newspaper. The result, only confirmed after two appeals, was that she won only four thousand pounds of damages (see the *Campbell* case, below at 9.26)".

142. Ob. cit., p. 46-47.

143. Regra 43.2. Ver nota 9.

144. *Study on Causes of Delay in the High Court and County Courts* de KPMG (1994) e os estudos sobre *ccase management* realizados pelo *Institute of Civil Justice of Rand Corporation* (1996).

145. ZANDER, Michael. *The Woolf Reforms: What's the verdict?* Ob. cit., p. 432: "Implementation of the reforms has had significant adverse consequences. Costs have risen. Inconsistence decision-making and unpredictability have hugely increased. It is doubtful whether delay in the average case has gone down. It may have gone up. The system is still bedevilled by complexity. These were the big targets central to the reform project".

Outra deficiência constatada em doze anos de vivência do novo ordenamento é a leniência dos tribunais com o descumprimento de suas ordens de gestão. As CPR prevêm mecanismos de sanção para que as partes acatem as decisões dos juízes. Possuem também remédios para afastar tais sanções.¹⁴⁶ O uso desses remédios na Inglaterra é considerado desmedido por Zuckerman, sendo capaz de enfraquecer todo o sistema. Para o professor de Oxford, a presença dos instrumentos adequados à gestão dos processos não é suficiente para alcançar os resultados almejados se as cortes não se demonstrarem capazes de assegurar o cumprimento de suas ordens e dos prazos.¹⁴⁷

Decisões anteriores e posteriores à vigência das CPR revelam o entendimento dos tribunais ingleses no sentido de que é mais desejável perseguir a justiça, mesmo que demande mais tempo e dinheiro, do que negar a tutela à parte que descumpriu uma ordem judicial ou um prazo.¹⁴⁸ Mais uma vez, há de se encontrar o equilíbrio, já que o *case management* nas mãos dos magistrados somente será eficiente se os litigantes obedecerem as suas determinações e cumprirem os prazos estabelecidos na lei e nos calendários. Caso contrário, a gestão retorna na prática para os advogados, que decidem quando e onde vão praticar os atos processuais. A possibilidade de afastamento de sanções deve existir e ser aplicada desde que sejam apresentados motivos razoáveis pelo não cumprimento da ordem e que a parte esteja agindo de boa-fé. Mais recentemente, os tribunais ingleses passaram a tratar com mais rigor a inércia dos demandantes, com o escopo de evitar a duração inaceitável do processo e o aumento dos custos.¹⁴⁹

146. Regras 3.8 e 3.9.

147. ZUCKERMAN, Adrian. *Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure*. Ob. cit., p. 95: "In theory, there need not be a conflict between a well-managed litigation system and judicial discretion for dealing with non-compliance. After all, case managers must possess flexibility to respond to development in this litigation process and to be able to adapt case management plans to circumstances as they emerge. Discretion and flexibility can therefore be harnessed to improve the performance of litigation management. But it is also the case that discretion and flexibility can undermine effective case management. This will happen, for example, where parties are routinely allowed further opportunities to comply notwithstanding that they have missed deadlines. Such a policy is bound to undermine the binding force of deadlines, and is liable to lead to a culture of sloppy compliance".

148. Court of Appeal (Civil Division) *Gale v Superdrug Store plc* [1996] 3 All ER 468, 477-8: Disponível em: <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d05f0000012c127e5fba1a-f43bc&docguid=IAC878130E42711DA8FC2A0F0355337E9&hitguid=IAC878130E42711DA8FC2A0F0355337E9&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=2>. Acesso em 03/11/2010; Court of Appeal (civil division), [2007], *Marcan Shipping (London) Ltd v Kefalas*: Disponível em: <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d0650000012c128b84fa7989399c&docguid=I9D43B52004EE11DC96BFB734CF640096&hitguid=I9D43B52004EE11DC96BFB734CF640096&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=6>. Acesso em 03/11/2010.

149. Decision: Court of Appeal (civil division), [2007]. *Marine Rescue Technologies Ltd v Burchill*. Disponível em: <http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&src=rl&srguid=ia744d06400-00012c12924a->

Excluindo algumas vozes isoladas, como a de Michael Zander, a percepção da comunidade jurídica inglesa é de que a transferência da gestão dos casos para os tribunais foi capaz de aprimorar a justiça civil, tornando-a mais célere e eficaz. Por outro lado, a assunção do fracasso em relação ao combate à complexidade e aos altos custos se afigurou importante passo rumo à melhoria do sistema. Em 2008, Sir Rupert Jackson foi designado para liderar uma revisão das normas e princípios que regulam os custos na jurisdição civil. Depois de dois anos de pesquisa, foi apresentado o relatório final¹⁵⁰, o qual, uma vez aprovado, alterará todo a sistemática atual.¹⁵¹

O relatório sugere que os juízes tenham um papel ainda mais ativo, com vistas a assegurar que os calendários, uma vez estabelecidos de forma realista, sejam observados e que os custos sejam proporcionais à importância do caso. Ao final, no que respeita ao *case management*, Sir Jackson faz diversas recomendações¹⁵², ressaltando que a gestão deve ser encarada como um efetivo instrumento de controle dos custos.

A perspectiva para o futuro próximo na justiça civil inglesa e galesa é, pois, solucionar o grave problema dos custos – que afeta o acesso à justiça naqueles países –, servindo-se do *case management* como ferramenta para evitar o dispêndio desproporcional de recursos.

[134af8575e&docguid=I853BA9104BAC11DC869CF358B7B5BFD4&hitguid=I853BA9104BAC11DC869CF358B7B5BFD4&spos=1&epos=1&td=2&crumb-action=append&context=10](http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/8EB9F3F3-9C4A-4139-8A93-56F09672EB6A/0/jacksonfinalreport140110.pdf). Acesso em 03/11/2010.

150. Disponível em <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/8EB9F3F3-9C4A-4139-8A93-56F09672EB6A/0/jacksonfinalreport140110.pdf>. Acesso em 15/12/2010.

151. O presente estudo foi desenvolvido entre novembro e dezembro de 2010, antes da consolidação na lei das reformas sugeridas por Sir Jackson.

152. Review of Civil Litigation Costs: final report: I make the following recommendations: (i) Measures should be taken to promote the assignment of cases to designated judges with relevant expertise. (ii) A menu of standard paragraphs for case management directions for each type of case of common occurrence should be prepared and made available to all district judges both in hard copy and online in amendable form. (iii) CMCs and PTRs should either (a) be used as occasions for effective case management or (b) be dispensed with and replaced by directions on paper. Where such interim hearings are held, the judge should have proper time for pre-reading. (iv) In multi-track cases the entire timetable for the action, including trial date or trial window, should be drawn up at as early a stage as is practicable. (v) Pre-action applications should be permitted in respect of breaches of preaction protocols. (vi) The courts should be less tolerant than hitherto of unjustified delays and breaches of orders. This change of emphasis should be signalled by amendment of CPR rule 3.9. If and in so far as it is possible, courts should monitor the progress of the parties in order to secure compliance with orders and pre-empt the need for sanctions. (vii) The Master of the Rolls should designate two lords justices, at least one of whom will so far as possible be a member of any constitution of the civil division of the Court of Appeal, which is called upon to consider issues concerning the interpretation or application of the CPR. (viii) Consideration should be given to the possibility of the Court of Appeal sitting with an experienced district judge as assessor when case management issues arise.

6. CONCLUSÃO

A experiência das CPR demonstrou que é possível uma profunda reforma na estrutura da legislação civil e que por meio da lei – acompanhada da colaboração dos advogados e, especialmente, dos juízes - pode-se introduzir uma nova cultura. O *case management* exercido pelos magistrados foi capaz de substituir a tradição adversarial, pautando-se numa ideologia colaborativa entre partes e entre estas e o tribunal.

Por trás da nova forma de gestão dos processos está a concessão de poderes amplamente discricionários às cortes inglesas, que lhes possibilita adequar o curso do processo para responder às necessidades do caso concreto. A alocação dos conflitos aos ritos previstos na lei, a fixação de calendário, a previsão de institutos capazes de proporcionar a redução do procedimento etc. são instrumentos que viabilizam o enfrentamento do litígio de forma mais flexível. Aliás, discricionariedade, adequação ou flexibilidade é o que atrai o interesse de processualistas estrangeiros para o *case management* inglês.

A aplicação do novo sistema apresenta, indubitavelmente, mais sucessos do que fracassos e pode servir de inspiração para a concepção de uma gestão proativa e discricionária do processo em outros países, inclusive no Brasil. Mas não se pode esquecer de que, na Inglaterra, foi desenvolvida para servir de instrumento para a concretização de objetivos manifestamente privatistas. O *case management* serve para solucionar o conflito da forma mais célere possível ou para encaminhá-lo também de forma breve para outro método que se considere mais adequado. Juristas ingleses, consoante acima relatado, consideram que a justiça civil inglesa deixa de lado outros valores importantes, para concentrar suas energias apenas em resolver o litígio.

Pode-se discordar da finalidade traçada pelo legislador para a justiça civil na Inglaterra, mas não se pode negar que a conexão umbilical entre os escopos da jurisdição e o *case management* é uma das principais virtudes das CPR.

Entendo que a introdução entre nós de modelo similar ao inglês pode auxiliar – não resolver - no combate às mazelas de nossa justiça. Porém, é indispensável que se estabeleça antes e de forma clara quais são os escopos idealizados para o exercício da jurisdição, que servirão de princípio norteador quando da colocação em prática dos poderes discricionários de gestão. Ademais, diferentemente do que ocorre nas CPR, o sistema ideal deve estabelecer limites aos poderes, que sejam capazes de, ao mesmo tempo, não tolher a flexibilidade e evitar o arbítrio judicial. Mas isso já é tema para outro estudo...

BIBLIOGRAFIA

- ANDREWS, Neil. *Principles of Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994.
- _____. *English Civil Procedure: three aspects of the long revolution*. Saggi, Conferenze e Seminari, n. 44. Roma.
- _____. *English Civil Procedure: fundamentals of the new civil justice system*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- _____. *English Civil Justice and Remedies: progress and challenges*. Tokyo: Shinzansha Publishing, 2007.
- _____. *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*. Germany: Mohr Siebeck, 2008.
- _____. *Contracts and English Dispute Resolution*. Tokyo: Jigakusha Publishing, 2010.
- ASSER, Daan. The influences of the CPR on Civil Procedure and Evidence Reform in the Netherlands. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- CLARKE, Anthony. The Woolf Reforms: a singular event or an ongoing process? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- COOK, Michael J. *Cook on Costs*. London: LexisNexis, 2010.
- CRANSTON, Ross. Social Research and Access to Justice. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure: essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- DWYER, Déirdre. Introduction. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 1-29.
- _____. What is the Meaning of CPR r 1.1(1)? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 65-73.
- FLANDERS, Steven. Case Management: Failure in America? Success in England and Wales? *Civil Justice Quarterly*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 308-319.
- GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *An introduction to the New Civil Procedure Rules*. London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999.

- GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Revista Jurídica*. São Paulo: Ed. Notadez, ano 51, n° 305, p. 61-99, 2003.
- GREVLING, Katharine. CPR r 32.1(2): case management tool or broad exclusionary power? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 249-269.
- GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile: droit interne e droit comunitaire*. 28 édition. Paris: Dalloz, 2008.
- JACOB, (Sir) Jack I. H. *The Reforms of Civil Procedural Law*. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- JOLOWICZ, John Anthony. *Jolowicz on Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. Eighth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. London: Cavendish publishing, 2004.
- MURPHY, Peter. *Murphy on evidence*. Eleventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. 14th Edition. London: Sweet & Maxwell, 2009.
- PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: the practitioners' perspective. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 435-451.
- PRINCE, Susan. ADR after the CPR: have ADR initiatives now assured mediation an integral hole in the civil justice system in England and Wales? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 327- 340.
- SAENGER, Ingo. Case Management in Germany. In: GOTTWALD, Peter (Editor). *Litigation in England and Germany*. Bielefeld: Giesecking-Verlag, 2009, p. 15-37.
- SHIPMAN, Shirley. Alternative Dispute Resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 341-355.
- TURNER, Robert. 'Actively': the word that changed the civil courts. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

VALGUARNERA, Filippo. Le Riforme de processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXII, n.º 3, p. 885-912, 2008.

ZANDER, Michael. The Woolf Reforms: What's the verdict? In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 417-433.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Reforms in the Shadow of Lawyers' Interests. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S.; ROSS, Cranston (Editors). *Reforms of Civil Procedure: essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. *Zuckerman on Civil Procedure: principles of practice*. Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.

_____. Litigation Management under the CPR: a poorly-used management infrastructure. In: DWYER, Déirdre (Editor). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 89-107.

V

“Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”

Humberto Ávila

Livre-Docente em Direito Tributário pela USP. Ex-Pesquisador Visitante das Universidades de Harvard, EUA, e Heidelberg, Alemanha. Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha. Professor da UFRGS. Advogado e Parecerista.

Resumo: Este artigo examina o fenômeno do neoconstitucionalismo no Brasil. Depois de expor cada um dos fundamentos do neoconstitucionalismo, são feitas críticas e apontadas soluções para a interpretação e aplicação do Direito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Sumário: Introdução – 1. Fundamento normativo: da regra ao princípio – 2. Fundamento metodológico: da subsunção à ponderação – 3. Fundamento axiológico: da justiça geral à justiça particular – 4. Fundamento organizacional: do Poder Legislativo (ou Executivo) ao Poder Judiciário – Conclusões.

INTRODUÇÃO

Embora possa haver muita discussão a respeito de quais foram as teorias, métodos, ideologias ou movimentos jurídicos mais marcantes no período de vigência da Constituição de 1988, dúvida alguma existirá com relação ao fato de que o fortalecimento do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil.

É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”.¹

1. COMDANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006. p. 75. Sobre o assunto, no direito brasileiro,

Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).²

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.

Nesse quadro, o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto

incluindo um panorama dos elementos e pressupostos do neoconstitucionalismo, bem como dos autores brasileiros que, direta ou indiretamente, o defendem, ver: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. Sobre uma visão do movimento de constitucionalização do Direito, bem como do neoconstitucionalismo, ver: SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Nesse livro, conferir sobre o neoconstitucionalismo: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil), p. 203-249; SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo, p. 251-269.

2. Esses são, precisamente, os elementos apresentados, dentre outros, por: CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto, in: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. pp. 9 a 12; SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000. p. 132; FERRJOLI, Luigi, in: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 15 e ss; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, especialmente pp. 19, 22, 35. 36-39, 48,50, 54, 56, 68 e 96.

o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). Em suma, a mudança da espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça; e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder.

Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio ora desenvolvido, que o "neoconstitucionalismo" (ou a versão aqui analisada ou o modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, antes referido, independente da sua denominação) possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: o normativo ("da regra ao princípio"); o metodológico ("da subsunção à ponderação"); o axiológico ("da justiça geral à justiça particular") e o organizacional ("do Poder Legislativo ao Poder Judiciário"). São esses fundamentos, inseparáveis no seu sentido, mas discerníveis do ponto de vista teórico, que serão analisados nas quatro partes que compõem este artigo. O seu objetivo não é descrever nem explicar a evolução teórica ou temporal do mencionado fenômeno. A sua finalidade é avaliar criticamente esses quatro fundamentos, testando sua consistência teórica e sua compatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro. É o que se passa a fazer.

1. FUNDAMENTO NORMATIVO: DA REGRA AO PRINCÍPIO

O fundamento normativo do "neoconstitucionalismo" estaria na instituição, exclusiva ou preferencial, dos princípios nas Constituições do pós-guerra, de que seria exemplo a Constituição Brasileira de 1988.

Mesmo considerando que a Constituição Brasileira de 1988 possui princípios e regras e, por isso, não pode ser qualificada como tendo adotado nem um modelo exclusivo de princípios, nem um arquétipo único de regras, qual seria o qualificativo mais adequado para representar o seu conjunto normativo, se um deles tivesse que ser escolhido para exprimir a espécie normativa típica do ordenamento constitucional: "Constituição principiológica" ou "Constituição regulatória"?

Antes de responder a essa indagação, é preciso realçar um ponto: a Constituição Brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desse modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares.³ No entanto, seguindo o

3. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

modelo aqui criticado, caso se insista em escolher um rótulo que melhor represente a estrutura normativa típica da Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, ele deverá ser “Constituição regulatória” e, não, como costumeiramente se tem afirmado, “Constituição principiológica”.

Com efeito, embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições, como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação – a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de regras.

A escolha constitucional por regras tem uma justificativa relacionada às suas funções: as regras têm a função eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder.⁴ A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos. Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias, da organização do Estado e dos Poderes, da defesa do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da Ordem Econômica e Social, decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum.

4. ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. *The Rules of Rules – Morality, Rules and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001. p. 30-31.

Se for verdadeira a afirmação no sentido de que a Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, é (mais) regulatória, em vez de principiológica, dois problemas surgem, um de natureza científica, outro de natureza metodológica.

O obstáculo científico reside no fato de que a afirmação, no nível da meta-linguagem, de que a Constituição Brasileira de 1988 é composta mais de princípios do que de regras, é falsa, na medida em que não encontra corroboração na linguagem-objeto que procura descrever. Tal afirmação até pode ser verdadeira noutros sistemas, mas não no brasileiro.

O empecilho metodológico está na consequência da adoção de uma "Constituição regulatória": como a ponderação (no sentido específico de sopesamento entre razões conflitantes mediante a criação de regras concretas de prevalência entre elas) é uma decorrência do fenômeno da positividade normativa por meio de princípios, a constatação de que Constituição Brasileira de 1988 é composta primordialmente de regras conduziria a uma ruptura no encadeamento lógico dos fundamentos do "neoconstitucionalismo" no Brasil: tendo a Constituição de 1988 estabelecido um fundamento normativo básico diferente da maior parte das Constituições do pós-guerra, haveria, por consequência, também uma alteração do fundamento metodológico, pois o modo de aplicação típico deveria ser a correspondência conceitual vinculada a finalidades em vez da ponderação horizontal. Isso modificaria, igualmente, os fundamentos axiológicos e organizacionais, adiante examinados.

Reitere-se: as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre outra. Mesmo assim, e seguindo o raciocínio aqui criticado, poder-se-ia afirmar que os princípios, agora do ponto de vista qualitativo, teriam uma importância maior do que as regras, isto é, mesmo havendo mais regras do que princípios, esses, pelas suas funções eficaciais, teriam, de qualquer modo, uma importância relativa superior à das regras. Isso poderia ocorrer de duas formas: no caso de regras constitucionais, os princípios constitucionais atuariam, quer afastando as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, quer modificando suas hipóteses por extensão ou restrição teleológicas, mesmo além do significado mínimo das palavras; no caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais agiriam por meio das suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes. Mesmo do ponto de vista qualitativo, porém, não se pode atribuir uma prevalência dos princípios sobre as regras, pelos seguintes motivos.

No caso de regras constitucionais, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso

porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas).⁵ Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por conseqüência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra.⁶ Por exemplo, se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.

Tampouco se pode aceitar a idéia de que os princípios constitucionais, por meio de uma interpretação sistemática, poderiam modificar as hipóteses das regras constitucionais, para além do significado mínimo das suas palavras, nos âmbitos normativos em que os problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder devem ser evitados. É certo que, se as regras não forem meramente conceituais e vinculadas a valores eminentemente formais, mas, em vez disso, materiais e vinculadas à promoção de finalidades específicas, a sua interpretação teleológica pode ampliar ou restringir as suas hipóteses por meio das chamadas extensão e restrição teleológicas. Isso, porém, não pode ir, no plano constitucional e para casos ordinários, além do significado mínimo das palavras constantes das hipóteses das regras. Entender dessa forma é acabar com as funções das regras, que são as de eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder.

No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de

5. SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*. v. 97, n. 4, mar./1988, p. 537. PILDES, Richard H.. Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law. *Hastings Law Journal*. v. 45, n. 4, abr./1994, p. 750.

6. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita.

Todas essas observações levam à conclusão de que não se pode categoricamente afirmar que os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se, apenas, afirmar que há um ordenamento composto de regras e de princípios, com funções eficácia complementares e diferentes. Assim, a assertiva, feita de chofre e sem qualquer ressalva, no sentido de que o paradigma normativo passou ou deveria passar “da regra ao princípio”, e o metodológico, conseqüente do anterior, moveu-se “da subsunção à ponderação”, não encontra corroboração no ordenamento constitucional brasileiro. Em suma, o enunciado, estritamente universal, de que todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas, e o enunciado, numericamente universal, de que as normas da Constituição Brasileira de 1988 são principiológicas, ou de matriz principiológica, não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo isso verdadeiro, o enunciado de que a Constituição Brasileira de 1988 é uma “Constituição principiológica”, além de tomar a parte pelo todo e baralhar preponderância com funcionalidade, revela uma sobreposição de enunciados doutrinários ao próprio ordenamento jurídico que eles pretendem descrever e explicar. Ele revela, em suma, aquilo que a “Ciência”, equivocadamente, vê ou quer ver no “Direito”, mas que, em verdade, nele não encontra corroboração. Nessa hipótese, em vez de “Ciência do Direito”, tem-se o “Direito da Ciência”. O “neoconstitucionalismo”, nessa acepção, está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira.

2. FUNDAMENTO METODOLÓGICO: DA SUBSUNÇÃO À PONDERAÇÃO

Independente de a Constituição Brasileira de 1988 ser uma Constituição composta de regras e princípios que desempenham funções complementares e

diferentes e de existirem regras infraconstitucionais compatíveis com os princípios constitucionais e que, por isso, não poderiam ser desconsideradas no processo aplicativo, poder-se-ia sustentar que a ponderação, mesmo assim, assumiria uma função metodológica preponderante no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque – seguindo o raciocínio criticado –, embora existente uma regra infraconstitucional regulando determinada conduta, o intérprete poderia saltar do plano legal para o nível constitucional sempre que um princípio pudesse servir de fundamento para a decisão, isto é, toda vez que fosse possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.⁷ E, uma vez no plano constitucional, deveria fazer uma ponderação entre os princípios colidentes. Em suma, devendo os princípios constitucionais serem ponderados sempre que pudessem servir de fundamento para uma decisão; e servindo os princípios, dada a sua amplitude, sempre como fundamento para uma decisão, toda a decisão deveria ser baseada numa ponderação de princípios constitucionais.

Nesse passo, porém, o teste desse fundamento depende da resposta à seguinte indagação: deve o paradigma da ponderação ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico? Aqui, mostra-se o segundo problema: o paradigma da ponderação não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, porque leva, inexoravelmente, a um “anti-escalonamento” (*Entstufung*) da ordem jurídica, na medida em que os vários níveis de concretização normativa (Constituição, lei, regulamento, ato administrativo, decisão judicial, contrato, etc.), a rigor relacionados numa complexa rede de relações hierárquicas e cada qual exercendo uma função específica, cedem lugar a um só nível, onde estão previstas as normas que irão orientar a decisão. Vale dizer, se os princípios devem ser usados direta ou indiretamente, sempre que eles possam servir de fundamento para uma dada decisão, eles sempre deverão ser utilizados, pois sempre poderão servir, dada a sua abrangência, de fundamento para uma decisão; e se sempre deverão ser empregados, todas as outras manifestações normativas assumem papel secundário em face dos princípios constitucionais. Daí se afirmar que o paradigma da ponderação, se universalmente aceito, conduz a uma constitucionalização da ordem jurídica (*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*).⁸

Em segundo lugar, o paradigma da ponderação, tal como aqui analisado, aniquila com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio

7. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 61 e 86.

8. JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 269.

da função legislativa. A Constituição Brasileira de 1988, além de estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, reserva ao Poder Legislativo, inúmeras vezes em numerosas matérias, a competência para regular, por lei, determinado âmbito normativo. Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais, aliás também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra legal (que, insista-se, não se confunde com a interpretação conforme a Constituição, nem com interpretação mediante extensão ou restrição teleológicas, nem, ainda, com a não-aplicação de regra geral a caso particular por meio do postulado da razoabilidade) culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por conseqüência, do princípio da separação dos Poderes. Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais – os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte). Esse primeiro paradoxo conduz a um segundo: quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional, eliminando-a.⁹ Daí a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismos de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação.¹⁰

Em terceiro lugar, o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito. Uma norma jurídica (ou mandamento) diferencia-se de um conselho por dever ser considerada e por dever servir de orientação para a conduta a ser adotada.

9. JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 271.

10. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105 e 174.

Um conselho é aquilo que não precisa ser levado em consideração, mas mesmo que o seja, não necessariamente precisa orientar a conduta a ser adotada.¹¹ Além de dever servir de critério orientador da conduta, um mandamento caracteriza-se por ser externo e autônomo relativamente ao seu destinatário: o mandamento só exerce sua função de guia de conduta se for independente do seu destinatário. E para ser independente do seu destinatário, ele precisa ser por ele minimamente reconhecível antes da conduta ser adotada.¹²

Pois bem, aceita a tese de que os princípios constitucionais devem ser ponderados sempre que puderem servir de fundamento para uma dada decisão, e feita a constatação banal de que, dada a sua abrangência, eles sempre poderão cumprir tal desiderato, perder-se-á, conseqüentemente, parte-se substancial da normatividade do Direito.

De um lado, porque – se acatada a tese, não necessária, de que eles constituem sempre deveres *prima facie* – os princípios terão seu peso atribuído pelo aplicador, diante do caso concreto, por meio de uma ponderação, ao final da qual os princípios poderão receber peso igual a zero. Em outras palavras, admitida a tese de que toda interpretação é uma interpretação baseada nos princípios constitucionais, independentemente de regras infraconstitucionais, aceita estará a conseqüência de que, em muitos casos, a norma exercerá a função de mero conselho, assim considerado aquele enunciado que pode ou não ser considerado, mas mesmo que seja considerado, não precisa servir de guia para a conduta a ser adotada. E isso porque os princípios se caracterizam – se seguida a tese de que são normas descartáveis – por poderem ou não ser considerados, mas mesmo que sejam, não precisam servir de guia para a conduta a ser adotada.

De outro lado, porque, sendo os princípios aplicados mediante ponderação, e não sendo fornecidos critérios intersubjetivamente controláveis para a sua execução, reconhecíveis antes da adoção da conduta, somente *depois* do processo de ponderação é que se saberá o que *antes* deveria ter sido feito. Se quem faz a ponderação é o próprio destinatário, ele mesmo termina por guiar a sua conduta, o que conduz à eliminação do caráter heterolimitador do Direito. O próprio destinatário da norma, que deveria agir seguindo sua prescrição, termina por definir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio, o que deve fazer. Se quem faz a ponderação é o Poder Judiciário, sem critérios antecipados e objetivos para sua execução, aquilo que o destinatário deveria saber antes ele só ficará sabendo depois, o que leva à supressão do caráter orientador do Direito e da função legislativa. O aplicador da

11. RAZ, Joseph. *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 17.

12. ALEXANDER, Larry. SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008. p. 11.

norma, que deveria reconstruir um sentido normativo anterior e exterior, acaba por construí-lo, decidindo, ele próprio, o que a Constituição atribuiu ao Poder Legislativo definir.

É preciso dizer, no entanto, que não é a ponderação, enquanto tal, que conduz à constitucionalização do Direito, à desconsideração das regras (constitucionais e legais), à desvalorização da função legislativa e ao subjetivismo. O que provoca essas conseqüências é a concepção de ponderação segundo a qual os princípios constitucionais devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamento para uma decisão, independentemente e por cima de regras, constitucionais e legais, existentes, e de critérios objetivos para sua utilização. Uma ponderação, orientada por critérios objetivos prévios e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas.

Nesse aspecto, a ponderação, intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação de Poderes, deve observar as seguintes diretrizes. Em primeiro lugar, o aplicador deve verificar a existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável ao caso. Se ela existir, afastada está a ponderação horizontal entre princípios constitucionais eventualmente colidentes, pois, relativamente à hipótese, houve uma ponderação pré-legislativa das razões contrapostas que culminou no regramento constitucional, não cabendo ao aplicador substituir o Poder Constituinte mediante mera desconsideração desse regramento.¹³ O dever de não desconsiderar a regra constitucional imediatamente aplicável não impede, por óbvio, o aplicador de, dentro dos limites semânticos da regra e obedecendo às suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes ou a sua finalidade. O que ele não pode é, para casos ordinários, desconsiderar a função específica da regra, desprezando aquilo que ela permite, proíbe ou obriga. Uma das formas de desprezar – insista-se – é saltar ao plano constitucional mesmo nos casos em que há regras infraconstitucionais não inequivocamente contrárias à Constituição, quer sob a alegação de que elas, embora compatíveis com a liberdade de configuração do Poder Legislativo, não representam o melhor meio para “otimizar” princípios constitucionais, quer, ainda, sob o argumento de que toda regra infraconstitucional deve ser sustentada pela ponderação entre princípios constitucionais colidentes.

13. O Supremo Tribunal Federal, em vários casos, já garantiu a prevalência de regras frente a princípios constitucionais. Sobre o assunto, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106-7.

Em segundo lugar, na inexistência de uma regra constitucional imediatamente aplicável, o aplicador deve examinar a existência de uma regra constitucional que regule a atribuição, o exercício ou a delimitação de uma competência. Nesse caso, tendo o Poder Legislativo editado regra legal por meio do exercício regular da sua liberdade de configuração e de fixação de premissas, sem inequívoca violação do ordenamento constitucional, não pode o aplicador simplesmente desconsiderar a opção legislativa em favor daquela que melhor lhe aprouver ou daquela que entende ser a ótima. O que ele pode é interpretar a regra legal existente conforme os princípios constitucionais, adotando, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se compatibilize com o ordenamento constitucional; interpretar a referida regra legal por meio das eficácias interpretativa, bloqueadora e integrativa dos princípios; interpretar a mencionada regra legal de acordo com a sua finalidade, ampliando a sua hipótese, quando ela for restrita demais relativamente à sua finalidade, ou restringindo a sua hipótese, quando ela for ampla demais no cotejo com a sua finalidade; ou, mesmo, interpretar a tal regra legal para os casos normais, afastando sua aplicação para os casos efetivamente extraordinários com base no postulado da razoabilidade. O que o aplicador, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar a regra legal, editada no exercício regular da função legislativa operada dentro da liberdade constitucional de configuração e de fixação de premissas, mesmo que essa desconsideração seja supostamente suportada por princípios constitucionais aplicáveis que ele pretende “otimizar”.

Em terceiro lugar, caso não haja regra constitucional imediatamente aplicável, nem regra legal editada no exercício regular da função legislativa, ou caso haja uma regra legal que seja incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional, caberá ao aplicador efetuar uma ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes para editar uma norma individual reguladora do conflito de interesses concretamente existente. Mesmo nesse caso, no entanto, essa ponderação deve (a) indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), (b) efetuar a ponderação (ponderação) e (c) fundamentar a ponderação feita.¹⁴ Nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa

14. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144.

comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.¹⁵

Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que *explica* tudo, mas não *orienta* nada.¹⁶ E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma “caixa preta” legitimadora de um “decisionismo” e formalizadora de um “intuicionismo moral”.¹⁷ Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento.

3. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO: DA JUSTIÇA GERAL À JUSTIÇA PARTICULAR

O fundamento axiológico, antes mencionado, reside na alteração da justiça prevalente no modelo baseado na ponderação de princípios: como a ponderação, segundo o modelo aqui criticado, exige o sopesamento de princípios concretamente colidentes, apesar da existência de regras constitucionais e legais, a aplicação demandaria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata. Em virtude disso, esse modelo, em vez de privilegiar a justiça geral, baseada em normas prévias, gerais e abstratas, daria primazia ou preponderância a uma justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas.

Nesse ponto, o teste do aqui denominado fundamento axiológico depende da resposta ao seguinte questionamento: independente de a Constituição Brasileira de 1988 conter mais regras do que princípios e atribuir, em inúmeras situações sobre numerosas matérias, ao Poder Legislativo a competência para instituir regras legais concretizadoras dos ideais constitucionais, deve a dimensão de justiça particular ser aceita como prevalente sobre a justiça geral?

A primazia da justiça particular sobre a geral parte do pressuposto de que o exame das particularidades do caso é o melhor caminho para a solução justa. Essa concepção segue a idéia correta de que a aplicação das regras provoca, em algumas situações, resultados injustos. De fato, as regras são aquelas normas que

15. JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. pp. 265 e 267.

16. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. pp. 75 e 76.

17. JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, in: *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. pp. 265 e 267.

determinam um curso de ação a ser seguido pelos destinatários nas situações em que o caso se enquadra nos seus termos. Para eliminar conflitos com um mínimo de efetividade, as regras devem prescrever, de modo inteligível e relativamente incontroverso, uma dada resposta para uma determinada gama de circunstâncias.¹⁸ Para fazê-lo, porém, elas precisam selecionar os fatos que serão considerados juridicamente relevantes, incluindo-os na sua descrição legal. Esse procedimento traz, inelutavelmente, duas conseqüências.

De um lado, pode fazer com que alguns elementos, que eventualmente deveriam ter sido considerados, dependendo do ponto de vista, não sejam considerados na descrição legal contida na regra e, com isso, não possam ser considerados pelo aplicador, diante do caso concreto. É o fenômeno da “super-inclusão” ou “sobre-inclusão”: como as regras selecionam elementos a serem considerados, aqueles elementos por elas não selecionados, dependendo da rigidez com que a regra seja compreendida (que pode variar da rigidez absoluta de um modelo de formalismo puro à flexibilidade total de um modelo de particularismo puro, passando por modelos intermediários de rigidez moderada), não podem ser considerados no ato de aplicação, o que pode gerar uma solução injusta ou sub-ótima. Seria, por exemplo, o caso de aplicação da regra que proíbe a condução de animais de estimação em veículos de transporte público também para o caso de um cego cuja liberdade de locomoção depende do auxílio de um adestrado e dócil cão-guia. Nessa situação anormal, poder-se-ia afirmar que a hipótese da regra foi *além* do exigido pela sua finalidade.

De outro lado, esse procedimento pode fazer com que alguns fatos, que foram considerados pela regra legal, mas não deveriam ter sido, dependendo do ponto de vista, devem ser desconsiderados pelo aplicador, diante do caso concreto. É o fenômeno da “sub-inclusão” ou “infra-inclusão”: como as regras selecionam fatos, os fatos por elas escolhidos não podem ser desconsiderados no ato de aplicação, o que também pode provocar uma solução injusta ou sub-ótima. Seria, por exemplo, o caso de não aplicação da regra que proíbe a condução de animais de estimação em veículos de transporte público para o caso de alguém que pretendesse viajar com um leão. Nessa situação extraordinária, poder-se-ia afirmar que a hipótese da regra foi *aquém* do exigido pela sua finalidade.

Esses dois casos, porém, são extraordinários, isto é, não são casos que normalmente ocorrem. Nessas situações, comprovada e visivelmente anômalas, caberá ao aplicador deixar de aplicar a regra geral ao caso particular, com base no postulado

18. ALEXANDER, Larry. SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008. p. 11.

da razoabilidade, no sentido de equidade, sempre que o afastamento *da regra* não comprometer a aplicação *do sistema de regras*.¹⁹

Entre o caso normal e o caso anormal, no entanto, existe um extenso universo dentro do qual a solução dada pelas regras, embora não provoque manifesta injustiça, não se revela, ao olhar do aplicador, a melhor solução. Que cabe ao aplicador, com base no postulado da razoabilidade, afastar a aplicação da regra geral, quando a sua aplicação a um caso particular extraordinário provocar manifesta e comprovada injustiça, não há dúvida. Mas – e aqui se chega ao cerne da questão – se a solução dada pela regra não se apresenta, sob o seu ponto de vista, ainda que alicerçada numa alegada interpretação sistemática e principiológica, como sendo a melhor solução, pode o aplicador desprezar o curso de ação prescrito pela regra quando o caso se enquadra nos seus termos? Em outras palavras: está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, eventualmente desprezando a “solução da lei” em favor da construção da “lei do caso”?

A resposta a essa indagação depende de considerações a respeito da justiça do caso concreto. Costuma-se afirmar que a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, é algo necessariamente positivo, e a consideração das circunstâncias selecionadas pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, é algo necessariamente positivo. Essa concepção, no entanto, desconsidera a imprescindibilidade dos mecanismos de justiça geral numa sociedade complexa e pluralista.

Numa tal sociedade, embora os cidadãos possam entrar em acordo abstrato a respeito dos valores fundamentais a serem protegidos, dificilmente concordam com a solução específica para um conflito concreto entre valores. A maioria concorda com a proteção da propriedade, da liberdade e da igualdade, por exemplo, mas discorda com relação aos modos mais justos e eficientes para proteger esses mesmos valores.²⁰ Essa interminável divergência conduz à necessidade de regras, cuja função é, precisamente, eliminar ou substancialmente reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A justiça do mundo real, não do ideal, exige a existência de regras.

Ocorre que para que as regras efetivamente cumpram a sua função de eliminar ou substancialmente reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, elas precisam ser, em alguma medida, resistentes à superação

19. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 119.

20. ALEXANDER, Larry. SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008. p. 13.

ou ampliação da sua hipótese. Uma regra, cuja hipótese não oferece nenhuma resistência, não é uma regra, mas um princípio, que se caracteriza – se aceita a tese de que os princípios são necessariamente normas que estabelecem deveres *prima facie* – por carecer de um sopesamento concreto que lhe atribua algum peso, maior ou menor e por não oferecer um limite rígido ao aplicador. Dessa forma, a regra deixa, automaticamente, de exercer as funções para as quais foi editada: para funcionar como mecanismo eliminador ou diminuidor dos conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, a regra precisa ser, em alguma medida, resistente à subjetividade do aplicador: por exemplo, se o aplicador, seja ele o julgador ou o destinatário, puder desconsiderar o sinal de trânsito ou o limite de velocidade, adotando comportamento divergente com o curso de ação determinado pela regra, os interesses dos motoristas não serão coordenados, pois cada um irá passar o cruzamento quando lhe convier e dirigir na velocidade que bem lhe aprouver; as circunstâncias pessoais de cada um não serão neutralizadas, pois cada um irá entender como relevante algo relacionado a sua vida particular; os custos necessários à avaliação de cada situação concreta não serão afastados, pois, inexistindo um seletor de elementos relevantes, o próprio julgador deverá decidir quais são os elementos que irá considerar e como e com que peso os irá valorar, o que demandará tempo e causará extensos custos de deliberação; e o uso do poder não será limitado, já que, inexistindo critérios impessoais a guiar a solução, decisões arbitrárias serão tomadas. Em outras palavras, se a regra não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos os conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumenta o grau de arbitrariedade. O aplicador real, não o ideal, também demanda a existência de regras.

Essas considerações revelam que as regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração. As regras, em outras palavras, servem de instrumento de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir. A inexistência de regras implica a existência de conflitos de coordenação, conhecimento, custo e controle de poder. Não se afastam as regras sem se afastarem os problemas que elas ajudam a resolver. Em outras palavras, a desconsideração das regras implica uma forma de injustiça. Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de

todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando justiça geral em favor da justiça particular. Em suma, a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, seja o que isso signifique, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, não é algo necessariamente positivo, e a contemplação dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo.²¹

4. FUNDAMENTO ORGANIZACIONAL: DO PODER LEGISLATIVO (OU EXECUTIVO) AO PODER JUDICIÁRIO

O fundamento organizacional, antes referido, reside na preponderância de um dos Poderes decorrente das alterações normativas e metodológicas anteriores: como a atividade de ponderação exige uma avaliação maior de aspectos individuais e concretos, em detrimento de elementos gerais e abstratos, a participação do Poder Judiciário, relativamente aos Poderes Legislativo e Executivo, ficaria maior. E desse ativismo judicial adviria, por sua vez, a preponderância da Constituição, em detrimento da legislação.

As críticas, anteriormente feitas aos fundamentos normativos e metodológicos, já afastariam a necessidade de se formular qualquer juízo de valor relativamente ao fundamento organizacional: se a Constituição contém mais regras do que princípios, e se as regras legais não podem ser simplesmente desconsideradas, o papel das regras legais não perde a sua importância e, com isso, nem o método de correspondência conceitual, vinculado à promoção de finalidades, nem a função do Poder Legislativo deixam de assumir relevância. Mesmo assim, o raciocínio, feito com relação aos outros fundamentos, também pode ser feito relativamente ao fundamento organizacional: independente de a Constituição Brasileira de 1988 prever mais regras do que princípios e atribuir, em inúmeras situações sobre numerosas matérias, ao Poder Legislativo a competência para instituir regras legais concretizadoras dos ideais constitucionais, deve o Poder Judiciário assumir a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais?

Novamente, os argumentos utilizados anteriormente se aplicam também aqui: o Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza

21. SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 73. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77 e ss.

e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário. Independente disso, há, ainda, argumentos em favor da função legislativa que não podem ser considerados.

Na sociedade atual, em que se asseguram as variadas manifestações da liberdade, não só existe uma pluralidade de concepções de mundo e de valores, como, também, há uma enorme divergência com relação a modo como essas concepções de mundo e de valores devem ser realizadas. Vale dizer, há divergência com relação aos valores e com referência ao modo de realização desses valores. A rigor, não há uma solução justa para o conflito e para a realização desses valores, mas soluções que precisam, por algum órgão, ser tomadas para pôr fim ao infundável conflito entre valores e às intermináveis formas de realizá-los.

Pois bem, o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* essa pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização, é o Poder Legislativo.²² Por meio dele é que, pelos mecanismos públicos de discussão e votação, se pode obter a participação de todos e a consideração da opinião de todos, em matérias para as quais não há uma solução, mas várias soluções para os conflitos de interesses, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários caminhos para a sua promoção.

Não se quer, com isso, afirmar que a participação do Poder Judiciário deva ser menor em todas as áreas e em todas as matérias, ou que a edição de uma regra, constitucional ou legal, finda o processo de concretização normativa. Como o Poder Legislativo edita normas gerais, e como a linguagem é, em larga medida, indeterminada, caberá ao Poder Judiciário a imprescindível função de adequar a generalidade das regras à individualidade dos casos, bem como escolher, dentre os vários sentidos possíveis, aquele que melhor se conforme a Constituição, e cotejar a hipótese da regra com sua finalidade subjacente, ora ampliando, ora restringindo o seu âmbito normativo. Em suma, não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante. E que, como tal, não pode ser simplesmente apequenado, especialmente num ordenamento constitucional que, sobre estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, ainda reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias.

22. WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: CUP, 1999. p. 124 e ss. Sobre o assunto, ver: BAUMAN, Richard. KAHANA, Tsvi (orgs.). *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CONCLUSÕES

Todas as considerações anteriores levam à conclusão final de que as mencionadas mudanças fundamentais da teorização e aplicação do Direito Constitucional, preconizadas pelo movimento do neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro. Não se pode, em primeiro lugar, asseverar que o tipo normativo prevalente adotado pela Constituição Brasileira de 1988 seja o princiológico: embora não se possa afirmar que a Constituição tenha adotado um modelo exclusivo de princípios, nem um arquétipo único de regras, se um qualificativo tiver de ser escolhido para representar a sua espécie normativa típica, esse qualificativo deverá ser o de "Constituição regulatória". Não é exato declarar, pois, que se *passou* das regras para os princípios, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de uma espécie para outra. O que se pode afirmar é, tão-só, que a Constituição é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares.

Não se pode, em segundo lugar, dizer que a subsunção cede lugar à ponderação como método exclusivo ou prevalente de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro. Como a Constituição de 1988 é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras legais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas. Ele deve, é claro, interpretar as regras legais escolhendo, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se encaixa nos ideais constitucionais; interpretar as regras legais gerais e abstratas, adaptando-as às particularidades do caso individual e concreto, eventualmente afastando a previsão geral diante de um caso efetivamente extraordinário; interpretar as hipóteses constantes das regras legais, cotejando-as com as finalidades que lhes são subjacentes, quer as ampliando, quer as restringindo, quando elas se revelarem muito restritas ou muito amplas relativamente à sua finalidade. O que ele, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo do princípio democrático, mesmo que com base em princípios que pretende "otimizar". Se assim é, porém, a correspondência conceitual, vinculada a finalidades, persiste como importante método de aplicação do Direito. E se isso for verdadeiro, não é correto afirmar que se *passou* da subsunção para a ponderação, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de uma para outra.

Não se pode, em terceiro lugar, sustentar que a justiça particular deve prevalecer, em extensão ou importância, sobre a justiça geral. As regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar

conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, servindo, por isso, de valiosos instrumentos de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir. A consideração dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo, antes assume uma importância fundamental num Estado de Direito. Sendo isso correto, não é correto enunciar que se *passou* da justiça geral para a justiça individual, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de uma para outra.

Não é correto, em quarto lugar, asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se *passou* do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de um para outro.

Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo, (“da regra ao princípio”), metodológico (“da subsunção à ponderação”), axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”), mas esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” no Brasil.

Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O “neoconstitucionalismo”, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida “não-constitucionalismo”: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.

VI

O regime processual das causas repetitivas

Leonardo José Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor-adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado.

Resumo: O presente texto trata da necessidade de um regime processual para as causas repetitivas, que deve fundar-se na segurança jurídica e no princípio da isonomia. Ao demonstrar os exemplos do *Musterverfahren* do direito alemão e da *agregação* do direito português, conclui-se que há, no direito brasileiro, um conjunto de regras destinadas a disciplinar tais causas repetitivas.

Palavras-chave: causas repetitivas – regime processual – *Musterverfahren* do direito alemão – *agregação* do direito português – regras do direito brasileiro

Abstract: This article addresses the need for procedural rules for the causes repetitive, which should be based on legal certainty and the principle of equality. By showing examples of *Musterverfahren* German law and the *agregação* of Portuguese law, it is concluded that there is, in Brazilian law, a set of rules designed to regulate such causes repetitive.

Keywords: causes repetitive – procedural rules – *Musterverfahren* German law – *agregação* of Portuguese law – rules of Brazilian law

Sumário: 1. Demandas individuais, coletivas e repetitivas – 2. O devido processo legal para as demandas repetitivas – 3. Necessidade de assegurar um tratamento específico aos litígios de massa – 4. O *Musterverfahren* do direito alemão – 5. A agregação de causas do direito português – 6. Regime brasileiro: 6.1. Suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (Lei nº 8.437/1992, art. 4º, § 8º; Lei nº 12.016/2009, art. 15, § 5º); 6.2. Incidente de uniformização de jurisprudência; 6.3. Afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno (CPC, art. 551, § 1º); 6.4. Pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais; 6.5. Pedido de uniformização da interpretação de lei; 6.6. Julgamento imediato de improcedência (CPC, art. 285-A); 6.7. Súmula vinculante; 6.8. Julgamento *por amostragem* dos recursos extraordinário e especial (CPC, arts. 543-B e 543-C) – 7. Um caso enfrentado pelo STJ: necessidade de solução à luz do regime jurídico das causas repetitivas – 8. Uma hipótese específica anunciada pelo Pleno do STF: a reclamação contra decisão de Juizados Especiais Cíveis Estaduais que atenta contra o entendimento do STJ – Bibliografia.

1. DEMANDAS INDIVIDUAIS, COLETIVAS E REPETITIVAS

As normas que disciplinam o processo civil brasileiro foram inspiradas no paradigma liberal da litigiosidade, estruturadas de forma a considerar *única* cada ação, retratando um litígio específico entre duas pessoas. Em outras palavras, o processo civil é, tradicionalmente, *individual*, caracterizando-se pela rigidez formalista¹.

O processo individual, de forte influência liberal, é marcado pela adoção da forma escrita, pela incidência do princípio dispositivo e pela manutenção da igualdade formal². As regras processuais, nesse contexto, pressupõem a ausência de disparidades entre os litigantes, sendo impossível ao juiz adotar medidas que atenuem, compensem, minimizem ou eliminem as desigualdades existentes entre as partes³.

Esse perfil individualista, marcado pela influência do liberalismo, foi contemplado no Código de Processo Civil brasileiro em vigor.

É bem verdade que as bases orais do Código de Processo Civil brasileiro e as reformas empreendidas, ao longo dos anos, no seu texto, com o reforço do papel diretor do juiz e a ampliação de seus poderes, confirmam-lhe uma tendência socializante, afastando-se um pouco do perfil liberal contido em sua redação originária. Isso, contudo, não elimina a evidência de que as regras contidas no Código de Processo Civil brasileiro destinam-se a regular o processo individual.

Realmente, as regras do Código foram estruturadas para que o processo veiculasse pretensões individuais, a serem solucionadas pelo juiz.

Em várias situações, tal estrutura revela-se inoperante.

Com efeito, a atividade econômica moderna, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento.

A partir daí, erigiu-se a necessidade de se imprimir tratamento coletivo a esses litígios, reunindo num único processo, ou em alguns, os interesses disputados, em vista da consecução de vantagem econômica, temporal e operacional.

1. GOUVEIA, Mariana França. A ação especial de litigância de massas. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 138.
2. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 73-74.
3. *Ibidem*, p. 75.

Quer isso dizer que as regras processuais previstas no Código de Processo Civil revelaram-se *inadequadas*, não atendendo ao objeto e às finalidades dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para que houvesse um processo *adequado* a tais direitos, foram editados diplomas legislativos que passaram a disciplinar os mecanismos de tutela de direitos coletivos e de tutela coletiva de direitos.

Com essa finalidade, foi editada a Lei nº 4.717/1965, que regula a *ação popular*, sendo também editada a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a *ação civil pública*. Ao lado da ação popular e da ação civil pública, destacam-se a *ação de improbidade administrativa*, regulada pela Lei nº 8.429/1992, e o *mandado de segurança coletivo*, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

As ações coletivas submetem-se, portanto, a um subsistema próprio, compreendido pelo conjunto das mencionadas leis, a que se agregam as regras processuais contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Significa que existem *dois* modelos ou regimes de processo: aquele que disciplina as causas *individuais* e o que regula as causas *coletivas*. As demandas individuais têm suas regras contidas no Código de Processo Civil, ao passo que as coletivas, nos referidos diplomas legais e, ainda, nas disposições processuais insertas no Código de Defesa do Consumidor.

Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia.

Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios, sendo, na advertência de Paolo Biavati, praticamente ilusório tentar conter tal crescimento. Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução de processos judiciais. Daí a preocupação atual de se encontrar tipos alternativos de solução de conflitos⁴.

As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada uma das milhares de demandas propostas a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é

4. BIAVATI, Paolo. *Europa e processo civile: metodi e prospettive*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 160-161.

raro que uma determinada situação atinja, em massa, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito.

Tais demandas de massa ou causas repetitivas são identificadas por veicularem esses casos judiciais massificados, que resultam de atividades reiteradas, realizadas no setor público ou na iniciativa privada. Nas palavras de Sidnei Agostinho Beneti,

“A composição das lides é apenas ilusoriamente individual. Contornos principais dos casos individuais transmigram entre os autos dos processos; agrupamentos expostos individualmente espriam-se a todos os processos e, ao final, fundamentos das pretensões e motivos dos julgados mesclam-se, mormente ante o fenômeno moderno da reprodução em massa de papéis – via copiadoras, impressoras e o envio por Internet – e, entre nós, da ânsia das partes de prequestionar desde a inicial – para haver acesso aos Tribunais Superiores – e dos julgadores para o possível atalhe à interposição de Embargos de Declaração.”⁵

Para essas causas repetitivas, é preciso que se conceba um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme. O presente ensaio discorre sobre tal regime, demonstrando a necessidade de tratamento próprio para as demandas de massa, que se apresentam em causas repetitivas.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA AS DEMANDAS REPETITIVAS

Ao assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional, a Constituição Federal está a garantir o direito ao processo⁶. E o processo deve ser *adequado* à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. Daí se falar, nos tempos atuais, em *tutelas diferenciadas*, devendo haver um processo apto a garantir aquele direito específico, mediante regras processuais que lhe sejam apropriadas.

É preciso, enfim, haver uma *adequação* do processo às particularidades do caso concreto. Para que a tutela jurisdicional seja efetiva, concretizada pela exigência de um *devido processo legal*, é preciso que haja *adequação*. O princípio da adequação é extraído, então, da garantia de *inafastabilidade do controle jurisdicional* e, igualmente, da cláusula do *devido processo legal*⁷.

5. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *RePro* 171. São Paulo: Ed. RT, mai. 2009, p. 10-11.

6. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *RePro* 23. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1981, p. 179; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 301-302.

7. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 41.

O processo deve *adequar-se* às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema.

A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas. Numa sociedade em que se exige celeridade processual, a ponto de constituir princípio constitucional o da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII)⁸, é preciso que as demandas de massa tenham “soluções de massa”, ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, o *princípio da isonomia*. Realmente, decorre do princípio da isonomia a necessidade de se conferir tratamento *idêntico* a quem se encontra em *idêntica* situação. Daí resulta ser imperioso envidar ingentes esforços no sentido de eliminar as divergências jurisprudenciais, pois não se deve admitir que alguém, na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida⁹. Repugna ao senso comum deparar-se com situações como essa, em que determinado sujeito não logra êxito em sua demanda judicial, quando outra pessoa, na mesma condição, teve seu pleito atendido¹⁰, ainda mais

8. A obediência ao princípio da “duração razoável” do processo, como fundamental componente do “justo processo”, não deve ser controlada em cada caso, devendo, isto sim, ser analisada a legitimidade das disposições normativas, que, em abstrato, preveem no processo formalidades irracionais ou inúteis (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 87).
9. Preocupado com tal situação, retratada em casos que caracterizam o que chama de *jurisprudência lotérica*, Eduardo Cambi, em interessante estudo, sugere a adoção de meios para eliminar a divergência jurisprudencial. Vale conferir: CAMBI, Eduardo. “Jurisprudência Lotérica”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, abr. 2001, v. 786, p. 108-128.
10. Nesse mesmo sentido, assim se manifesta Paulo Roberto de Oliveira Lima: “No Brasil deste fim de século, onde se vive absoluta liberdade política, pontifica como valor máximo buscado pela sociedade o da isonomia. Nada magoa mais o brasileiro médio, ao menos aquele consciente de sua própria cidadania, do que receber tratamento discriminatório. Hoje se briga nas ruas quando alguém intenta postar-se fora de ordem nas filas (fura a fila). A Constituição de 1988, na esteira de forte pressão popular, rompeu com vários privilégios já tradicionais e a cada momento as pessoas se comparam com as demais para aferir eventuais discriminações. Até as crianças, nos lares e nos colégios, exigem tratamento isonômico. Trata-se seguramente do sentimento que mais concretamente fala ao homem de hoje sobre Direito e Justiça. Nestas circunstâncias, o sistema jurídico não pode deixar sem remédio adequado casos de julgamentos díspares que revoltam os protagonistas, deixam perplexa a sociedade e desorganizam o meio social.” (*Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 1997, n. 8.7, p. 110). Logo após relacionar alguns casos que constituem exemplos dessas situações, o autor conclui, dizendo: “O elenco de casos poderia se estender por páginas a fio, mesmo que somente se desse atenção ao numerosos e de repercussão nacional. Em qualquer deles, porém, o direito ou era um, ou era o outro. Metade das sentenças estava errada. Nestes casos, todos aqueles que perderam as suas demandas restaram descrentes da Justiça e certamente passaram a difundir entre os seus a notícia da falência do Judiciário. O potencial desagregador destes deslizes patrocinados pelo sistema jurídico é assombroso. Não se agride impunemente a isonomia. Trata-se de valor inestimável a ser preservado pelo Direito, ainda que por sentimento egoístico de autopreservação.” (p. 110).

quando se trata de *demandas de massa*, em que a situação dos interessados revela-se absolutamente idêntica.

As *demandas de massa* ou *causas repetitivas* fizeram transparecer a existência de dois tipos diferentes de pessoas que se apresentam em juízo. Há, por um lado, os *litigantes eventuais*, despontando, por outro lado, os *litigantes habituais*. Aliás, a percepção de que há esses dois tipos de litigantes não é recente, remontando, pelo menos, às discussões de acesso à justiça, havidas em meados do século XX. Tal distinção, contudo, transparece com mais evidência no crescente número de demandas repetitivas.

Considerando as diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros e, ainda, no direito aplicável, há os que se socorrem, repetidas vezes, da Justiça, envolvendo-se, ao longo do tempo, em litígios similares, enquanto há os que recorrem aos órgãos jurisdicionais, ocasional ou esporadicamente. Aqueles são os chamados *litigantes habituais* ou *litigantes freqüentes*, ao passo que estes últimos são os *litigantes eventuais* ou *litigantes esporádicos*¹¹. Conforme demonstram Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, o que faz com que um litigante seja *frequente* ou *habitual* não é apenas o tipo de litígio que o envolve, mas também sua dimensão e os recursos disponíveis que tornam menos custosa e mais próxima sua relação com os órgãos judiciais. O *litigante habitual* é o que tem tido e prevê que vai ter litígios frequentes, que corre poucos riscos relativamente ao resultado de cada um dos casos e que tem recursos suficientes para perseguir os seus interesses de longo prazo¹².

Segundo esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os *litigantes habituais* têm inúmeras vantagens, tais como (a) maior experiência com o Direito, o que lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (b) economia de escala, porque têm mais casos; (c) oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; (d) possibilidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos; (e) possibilidade de testar estratégias com determinados casos,

11. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 71.

12. Idem, p. 71. Com efeito, o litigante habitual "... está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o 'saber de experiências feito', os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está mais aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia – vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar." (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 405).

de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros¹³. Diante disso, os *litigantes habituais* ou “organizacionais” são mais eficientes do que os *litigantes eventuais*.

Já o *litigante eventual* é, nas palavras de Adroaldo Furtado Fabrício, aquele que “vai a Juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo”¹⁴. Em outras palavras, assim pode ser identificada a situação dos *litigantes eventuais* ou *esporádicos*: “Na maioria dos litígios não é comum que a mesma pessoa recorra ao tribunal duas vezes na vida pelo mesmo motivo e por isso não está dotada dos recursos necessários para o fazer, sendo mais cara a litigação, maior o risco e o empenho que coloca na resolução do problema.”¹⁵

Numa demanda de massa ou numa causa repetitiva, é frequente a presença de um *litigante habitual* num dos polos da relação processual, tendo, no outro polo, um outro *litigante habitual* ou, até mesmo, um *litigante eventual*. Em casos assim, quando há, de um lado, um *litigante habitual* e, de outro lado, um *litigante eventual*, evidencia-se um desequilíbrio de forças, sendo certo que o *litigante habitual* terá mais condições de suportar a demora do processo, reunindo, com mais facilidade, os meios de prova necessários à comprovação dos fatos alegados. Nessas hipóteses, cabe ao magistrado encetar esforços no sentido de alcançar o devido equilíbrio, adotando medidas que *agilizem* o procedimento e acarretem resultados idênticos a de outras causas que tenham a mesma discussão jurídica.

As demandas de massa devem, como se percebe, receber *tratamento prioritário*, sendo imperiosa a adoção de mecanismos que estabeleçam, com brevidade, a tese jurídica a ser adotada nos casos repetitivos. Nas palavras de Sidnei Agostinho Beneti, a por ele chamada *macrolide*

“... exige definição jurisprudencial urgente, a fim de estabilizar orientação jurídica que norteie a prática de atos jurídicos pelos interessados. A demora na consolidação jurisprudencial relativa às macrolides provoca a elevação do número de processos em todos os graus de jurisdição, contribuindo decisivamente para o congestionamento da máquina judiciária. A urgência na definição impõe ao sistema processual a adoção de instrumentos capazes de conduzir ao resultado

13. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 25.

14. Ob. cit., p. 405.

15. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. Ob. cit., p. 71.

de julgamento absolutamente prioritário, a fim de que rapidamente se forme diretriz jurisprudencial que oriente o agir do meio jurídico e negocial, de modo a frustrar-se o surgimento de novas lides.”¹⁶

Afora o tratamento prioritário, devem as demandas repetitivas orientar-se pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, a fim de que sejam atendidas as necessidades de isonomia e de segurança jurídica. Aliás, a noção de segurança, como valor inerente à vida em sociedade, desdobra-se em duas vertentes. A segurança pode ser encarada como: (a) manutenção do *status quo*, sem possibilidade de se alterar situação já consolidada; e, (b) garantia de *previsibilidade*, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.

Ao que tudo indica, para que a segurança gere previsibilidade, é preciso reforçar os mecanismos de uniformização de jurisprudência.

Sobreleva tal necessidade de uniformização de entendimento jurisprudencial em casos homogêneos, nas chamadas demandas de massa, tal como sucede naquelas que envolvem servidores públicos, consumidores, direito previdenciário, matéria tributária. Há casos em que, realmente, não se afigura tão necessária a uniformidade de orientação jurisprudencial, pois a solução depende dos fatos alegados e comprovados, tal como ocorre com as demandas de direito de família, de relações contratuais ou de improbidade administrativa. A propósito, Rodolfo de Camargo Mancuso assim adverte:

“Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem continuar recebendo respostas judiciárias absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões, de cidadãos, como ocorre nas chamadas *demandas múltiplas*, ajuizadas em razão de certos interesses de massa, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou em matéria previdenciária, ou ainda em pleitos envolvendo grupos de consumidores.”¹⁷

Se é verdade que o princípio da isonomia vincula o legislador, impondo-lhe que não edite normas cujos dispositivos encerrem discriminação desarrazoada, deve nortear também a atividade judicial, não somente porque ao juiz incumbe conferir tratamento igualitário às partes no processo (CPC, art. 125, I), mas também

16. Ob. cit., p. 11-12.

17. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 133.

porque lhe cabe dar solução idêntica a casos iguais¹⁸. Nesse ponto, destaca-se o princípio da legalidade¹⁹.

Realmente, para que se possa garantir a supremacia da lei, é preciso que se disponibilizem mecanismos para que ela seja aplicada de modo uniforme a todos que, *no mesmo contexto histórico-social*, encontrem-se na mesma situação. Ora, se o ordenamento jurídico deve manter unidade e coerência, é forçoso concluir que a aplicação da lei deve ser feita de modo idêntico para todos que se encontrem na mesma situação de fato. Constituindo o Direito um sistema, deve manter as qualidades de ordenação e de unidade, na medida em que todo sistema contém uma ordem e uma unidade²⁰.

A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos idênticos sejam solucionados da mesma maneira, privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior *previsibilidade* para casos similares ou idênticos e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador.

Tudo está a indicar, portanto, que as demandas de massa devem submeter-se a regime jurídico próprio, orientado pelos princípios da isonomia e da segurança jurídica, com adoção de medidas prioritárias tendentes à uniformização da jurisprudência quanto às questões jurídicas contidas nas causas repetitivas.

3. NECESSIDADE DE ASSEGURAR UM TRATAMENTO ESPECÍFICO AOS LITÍGIOS DE MASSA

A litigância de massa é, como se pode perceber, uma realidade dos tempos atuais. É preciso adaptar as regras processuais a essa realidade, com a criação de mecanismos específicos que permitam um tratamento conjunto dos processos,

18. Vale dizer que “a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos tribunais não podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico. De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador se o Poder Judiciário não tivesse que seguir idêntica orientação, podendo decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei) em face de idênticos casos concretos, de modos diferentes.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *RePro* 86. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1997, p. 150).

19. Daí a razão pela qual Teresa Arruda Alvim Wambier defender que os princípios da isonomia e da legalidade “têm, portanto, aplicação, por assim dizer, ‘engrenada’, funcionando ambos como pilares fundamentais da concepção moderna de estado de direito.” (ob. cit., p. 150).

20. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, § 1º, p. 9-23.

bem como conceber instrumentos que possibilitem um tratamento diferencial de demandas repetitivas, de acordo com suas características²¹.

Para Paolo Biavati, cumpre adotar algumas medidas. Em primeiro lugar, o esforço para construir um processo que mais se adapte às particularidades do caso concreto, valendo dizer que deve haver *elasticidade e flexibilidade* no procedimento. Em segundo lugar, a eliminação das regras que não atendem às exigências da instrumentalidade, impondo a adoção de medidas que afastem os vícios ou erros de procedimento, em prol da análise do mérito e da resolução do litígio. Deve-se, ainda, adotar uma *linguagem simples e compreensível*, evitando linguagem rebuscada, hermética e de difícil compreensão. Finalmente, cumpre *simplificar o rito*, facilitando a resolução do mérito²².

Por sua vez, Mariana França Gouveia defende a ideia de se conferir ao juiz instrumentos legais que lhe permitam *gerir* sua volumosa pendência de causas repetitivas, de sorte que se impõe ao juiz o dever de gestão, a agregação de causas e a fundamentação das decisões, a abranger as peculiaridades do direito que envolve todas as demanda de massa²³. Não se deve admitir a fundamentação por adesão, por remissão, ou aquela sintética²⁴, exigindo que a motivação destaque, com detalhes, as *rationes decidendi*, que poderão servir de suporte para outros casos que se fundamentem na mesma argumentação jurídica.

As demandas de massa devem, enfim, sujeitar-se a um procedimento simplificado, sendo conferido ao juiz o poder de gestão processual, o qual deve ser acompanhado de medidas que o tornem eficaz, com definição das regras de impugnabilidade e previsão de mecanismos sancionatórios²⁵.

Em vários ordenamentos, já há regras que estabelecem técnicas de julgamento para esses tipos de demandas. Tais regras têm por finalidade racionalizar os julgamentos e obter uniformidade de resultados em relação às causas repetitivas. Existem, em alguns sistemas, o que se chama de *causa piloto*, com a técnica de decisão em bloco que parte de um caso concreto entre litigantes individuais.

21. GOUVEIA, Mariana França. A ação especial de litigância de massas. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 139.

22. *Europa e processo civile: metodi e prospettive*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 161-162.

23. Ob. cit., p. 139-140.

24. Ibidem, p. 148-149.

25. GERALDES, António Santos Abrantes. Processo especial experimental de litigância de massas. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 172-173.

Na *causa piloto*, as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade, não somente de decidir o caso específico, mas também com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional obtida, como referência para a resolução de uma pluralidade indeterminada de controvérsias referentes a um grupo amplo de sujeitos que ostentam o mesmo interesse²⁶.

Ao lado dessa técnica, há a que prevê a instauração de um incidente coletivo, determinando que as causas repetitivas fiquem, todas, sobrestadas, até a solução do incidente. Diante da existência de várias causas repetitivas, instaura-se um incidente coletivo, no qual a cognição judicial é limitada às questões comuns a todos os casos similares, vindo o resultado a vincular todos os casos que ficaram sobrestados.

Também existe a técnica da agregação ou reunião de causas, para que haja a prática comum de atos processuais, sendo aproveitados para todos os processos reunidos.

Há, enfim, uma série de medidas que podem ser adotadas para racionalizar o julgamento das causas repetitivas, agilizando seu resultado e evitando o grande mal da divergência jurisprudencial, com o que se alcança a desejável e indispensável isonomia entre as pessoas que figuram em processos repetitivos, cujos fundamentos são uniformes.

Destacam-se, a seguir, para análise, algumas medidas. Uma adotada pelo direito alemão e outra, pelo direito português. Em seguida, são examinadas algumas regras existentes no direito brasileiro que têm essa função de racionalizar o julgamento das causas repetitivas, evitando a indesejável divergência jurisprudencial.

4. O MUSTERVERFAHREN DO DIREITO ALEMÃO

Na esteira da ideia da chamada *causa piloto*, há no direito alemão um Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*), previsto pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais²⁷.

26. WITTMANN, Ralf-Thomas. Il 'contenzioso di massa' in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008, n. 6.4, p. 176.

27. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *RePro* 147. São Paulo: Ed. RT, mai. 2007, p. 131; WITTMANN, Ralf-Thomas. Il 'contenzioso di massa' in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008, n. 6.5, p. 176-177.

O objetivo do *Musterverfahren* consiste em fixar posicionamento sobre questões de fato ou de direito que sejam comuns a várias causas repetitivas²⁸. O procedimento inicia-se por requerimento feito ao juízo de origem pelo autor ou réu de um dos processos repetitivos, não sendo possível sua instauração de ofício²⁹. A parte deve, em seu requerimento, apontar o escopo do incidente, identificar os pontos comuns que pretende sejam resolvidos coletivamente e indicar os meios de prova que deseja produzir no incidente. Ademais, a parte deve alegar a repercussão geral de seu pedido, demonstrando sua interferência na resolução de outros litígios similares³⁰.

Segundo esclarece Ralf-Thomas Wittmann, a *ação modelo* tem natureza geral, acarretando a prolação de uma decisão que servirá de modelo, a vincular e a servir de referência para a resolução de uma pluralidade indeterminada de controvérsias referente a um grupo amplo de sujeitos que se encontrem na mesma situação, ostentando o mesmo interesse³¹.

O Procedimento-Modelo não será admitido, se a causa individual do requerente estiver pronta para julgamento, ou se houver, com sua instauração, um prolongamento ou postergação indevida do processo, ou se for inadequado o meio de prova requerido, ou se as alegações não se justificarem em vista dos objetivos do procedimento, ou, ainda, se o ponto controvertido que tenha sido indicado não aparentar necessidade de solução coletiva. Ocorrendo uma dessas hipóteses, o próprio juízo de origem deve indeferir o pedido de instauração do Procedimento-Modelo³².

Acolhido o pedido para instauração do Procedimento-Modelo, o próprio juízo de origem determinará seja-lhe dada publicidade com sua inserção no boletim das ações, que é uma espécie de cadastro eletrônico público e gratuito, mantido na Internet, no sítio <http://www.ebundesanzeiger.de>, sob a administração de órgãos federais³³.

Se outros pedidos forem feitos e acolhidos, serão igualmente registrados no referido cadastro.

28. WITTMANN, Ralf-Thomas. Ob. cit., p. 177.

29. CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 133.

30. CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 133.

31. Il 'contenzioso di massa' in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008, n. 6.4, p. 176.

32. CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 133-134.

33. WITTMANN, Ralf-Thomas. Ob. cit., p. 178.

A partir do primeiro registro, deve-se aguardar o prazo de quatro meses. Se, nesse período, houver a inserção no cadastro eletrônico de, pelo menos, dez pedidos relativos à mesma questão de fato ou de direito, será efetivamente instaurado o Procedimento-Modelo, que provocará a atuação de um tribunal de hierarquia superior, incumbido de dar solução às questões coletivas³⁴. Tal tribunal irá escolher um “líder” para os autores das diversas ações repetitivas (*Musterkläger*) e um “líder” para os réus daquelas mesmas ações (*Musterbeklagte*), que desempenharão o papel de interlocutores com o próprio tribunal, funcionando como verdadeiros porta-vozes dos autores e dos réus das causas repetitivas³⁵.

Em seguida, o tribunal dará publicidade à instauração do Procedimento-Modelo, fazendo com que seja publicado no já mencionado registro de causas. Depois de tal publicação, serão suspensos, de ofício e em decisão irrecorrível, todos os processos que versem sobre a mesma questão de fato ou de direito submetida à decisão do tribunal³⁶.

Durante a tramitação do Procedimento-Modelo, qualquer interessado pode nele intervir para contribuir com a solução a ser dada pelo tribunal, apresentando argumentos, que podem, inclusive, alargar seu objeto, com a inclusão de outras questões comuns, de fato ou de direito³⁷.

Firmado pelo tribunal o entendimento sobre a questão comum de fato ou de direito que lhe foi apresentada, sua decisão deve ser seguida em todos os processos que ficaram suspensos, resolvendo-se, a um só tempo, vários casos repetitivos.

5. A AGREGAÇÃO DE CAUSAS DO DIREITO PORTUGUÊS

O ordenamento jurídico português passou, a partir de 2006, a contar com um *regime processual experimental*, aprovado pelo Decreto-Lei nº 108/2006, cuja finalidade consiste em “testar e aperfeiçoar mecanismos de aceleração e simplificação processual, com vista a um possível alargamento do âmbito da sua aplicação.”³⁸

O *regime processual experimental*, instituído para vigorar até 16 de outubro de 2008, foi prorrogado pelo Decreto-Lei nº 187/2008. Como se revogou o art.

34. WITTMANN, Ralf-Thomas. Ob. cit., p. 178.

35. CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 135.

36. CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 136.

37. CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 136.

38. RICARDO, Luís Carvalho. *Regime processual civil experimental anotado e comentado*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2007, p. 5.

20º, n. 2, do Decreto-Lei n.º 108/2006, não se estabeleceu até quando é que o regime se mantém em vigor.

O regime processual experimental, aplicável apenas a algumas regiões do país, não se estendendo a todo o território português, mas somente às localidades onde se verifica uma obstrução dos tribunais com grande quantidade de causas, tem por finalidade instituir um tratamento especial aos chamados litigantes de massa, com a previsão de decisões judiciais que abranjam, a um só tempo, vários processos.

Tal regime, segundo Nuno de Lemos Jorge, assenta em duas ideias principais: por um lado, o aprofundamento do princípio da adequação formal, permitindo ao juiz, como detentor do poder de direção do processo, flexibilizar o procedimento para ajustá-lo às peculiaridades do caso concreto; por outro lado, a possibilidade de praticar atos processuais únicos destinados a produzir efeitos em *vários* processos³⁹.

Realmente, as regras pertinentes ao regime processual experimental conferem ao juiz o poder de *gerir* o processo, flexibilizando o procedimento, de forma a permitir uma melhor adequação ao caso concreto. Há, ademais, uma simplificação procedimental, destacando-se a regra contida no art. 6º do mencionado Decreto-Lei, que prevê a denominada *agregação de ações*, que consiste numa associação ou junção transitória de várias ações, permitindo a prática conjunta de vários atos processuais.

A agregação não se confunde com o apensamento ou a reunião de causas decorrente de uma conexão. Pela agregação, os processos serão, *transitoriamente*, reunidos para que *um* ou *alguns* atos sejam praticados conjuntamente, com ganho de tempo e com a finalidade de evitar decisões conflitantes sobre casos que se baseiam na mesma *argumentação* de fato e de direito. As causas são, transitoriamente, reunidas para que seja realizada, em conjunto, uma intimação, uma audiência, uma prova específica, ou para que seja proferido um provimento de urgência ou, até mesmo, para que seja prolatada a sentença, resolvendo os casos de modo idêntico.

Esta regra, conforme esclarece Mariana França Gouveia, inspirou-se na figura norte-americana da *consolidation*, que permite a junção de ações que envolvam pelo menos uma questão comum de fato ou de direito⁴⁰. Em razão dessa regra, “o tribunal pode ordenar a junção de duas ou mais ações, mas também pode

39. JORGE, Nuno de Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 177.

40. A ação especial de litigância de massas. cit., p. 143.

limitar-se a ordenar uma audiência preliminar ou final comum para certos pontos da matéria em exame.”⁴¹

Com a agregação, possibilita-se a realização concomitante de atos processuais ou, até mesmo, a resolução simultânea de vários casos repetitivos.

Ao comentar a mencionada regra que prevê agregação de causas, assim se manifestou Júnior Alexandre Moreira Pinto:

“Alvissareira inovação adveio do art. 6º do diploma em discussão. Trata-se da possibilidade de agregar processos, na medida em que está o julgador, diante da propositura de várias ações com o mesmo objeto, e que poderiam formar um litisconsórcio facultativo ativo, autorizado a reunir todas as demandas para a prática conjunta de atos processuais. Evidentemente, tal dispositivo vai ao encontro da economia processual e serve de mecanismo hábil a evitar decisões díspares quanto a assuntos correlatos. Além disso, racionalmente, habilita a agregação de inúmeros feitos, constantemente motivados por causas comuns, que se multiplicam no dia a dia forense. Os conflitos de massa passam a contar com uma regra de julgamento e trâmite conjuntos.”⁴²

Essa possibilidade de agregação de demandas repetitivas recebeu a aprovação de José Lebre de Freitas, que nutre a expectativa de que sua adoção resulte em alguma economia processual⁴³. A regra destina-se, efetivamente, a obter uma melhor organização na condução das demandas repetitivas, permitindo, como observa Mariana França Gouveia, “que o juiz organize a sua agenda ou os seus processos como um todo e, ainda, que pratique um só acto com eficácia para vários processos.”⁴⁴

A regra da agregação consiste, em verdade, numa associação transitória de várias ações, permitindo a prática conjunta de vários atos processuais, com o nítido intuito de evitar a multiplicação desses atos em cada uma das causas, fundindo-os num só ato que para todas elas poderá produzir seus efeitos⁴⁵.

Tal regra está, como visto, prevista no diploma legal que instituiu o *regime processual experimental*, alcançando as demandas propostas entre particulares. Sabe-se, contudo, que, no direito português, há dualidade de jurisdição, de maneira que as demandas intentadas em face do Poder Público não são submetidas aos

41. GOUVEIA, Mariana França. Ob. cit., p. 143.

42. O regime processual experimental português. *RePro* 148. São Paulo: Ed. RT, jun. 2007, p. 175.

43. Experiência-piloto de um novo processo civil. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 222.

44. Ob. cit., p. 145.

45. JORGE, Nuno de Lemos. Ob. cit., p. 186-187.

órgãos do Poder Judiciário, sendo processadas e julgadas no âmbito do chamado Contencioso Administrativo.

Os processos que tramitam no Contencioso Administrativo não são regulados pelo Código de Processo Civil, nem pela legislação processual em geral, mas pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA. E o CPTA, em seu art. 48º, sob a epígrafe “processos de massa”, assim dispõe em seu n° 1:

“Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são pensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.”

De acordo com o art. 93º do CPTA, suscitada, num processo, uma questão especialmente complexa que possa vir a repetir-se em outras causas, o tribunal pode proceder ao reenvio prejudicial para o Supremo Tribunal Administrativo, a fim de que este emita, no prazo de três meses, pronúncia vinculativa. Este último dispositivo não se aplica aos processos urgentes (n. 3 do art. 93º), não se aplicando, conseqüentemente, aos processos de massa, exatamente porque a estes aplicam-se, segundo o n. 4 do art. 48º do CPTA, as regras instituídas para os processos urgentes, intervindo, no seu julgamento, todos os juizes do tribunal ou da seção. Pode-se dizer, em razão disso, que os processos de massa, no Contencioso Administrativo, têm tratamento prioritário, recebendo o influxo das regras pertinentes aos casos de urgência.

Como se vê, há, no ordenamento jurídico português, mecanismos de racionalização de julgamento para demandas de massa ou causas repetitivas. De um lado, avulta a agregação, aplicável às causas entre particulares que tramitam no Judiciário, sobressaindo, de outro lado, a regra contida no art. 48º do CPTA, que se destina a regular os processos de massa no âmbito do Contencioso Administrativo.

Enquanto, pela regra da agregação, os processos são, transitoriamente, reunidos para que haja a prática conjunta de um ou alguns atos processuais, há, no Contencioso Administrativo, a escolha de um (ou alguns) dos processos para que seja(m) apreciado(s) e julgado(s). Os demais processos ficam suspensos, aguardando o desfecho daquele(s) que fora(m) escolhido(s) para ser apreciado(s) e julgado(s). Nos termos do n. 5 do referido art. 48º do CPTA, após a decisão final transitada em julgado, as partes, nos autos suspensos, têm a possibilidade de, no prazo de trinta dias, (a) desistir de sua ação, (b) requerer a extensão dos efeitos da decisão

ao seu próprio processo, (c) requerer a continuação de seu próprio processo ou (d) recorrer da sentença, se ela tiver sido proferida em primeira instância.

Foram concebidas duas regras para a racionalização do processamento e julgamento das causas repetitivas. Na primeira delas, aplicável às causas entre particulares ou entes privados, há reunião transitória dos processos para prática conjunta de um ou mais atos processuais. Na segunda, aplicável às causas que envolvem a Administração Pública, escolhe-se um ou mais processos para análise e julgamento, devendo os demais ficar aguardando a solução. Operado o trânsito em julgado da decisão final, as partes de cada um dos processos suspensos terão trinta dias para adotar uma das citadas medidas.

6. REGIME BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, existem regras que podem ser utilizadas para a solução de causas repetitivas. Algumas, mais recentes, foram concebidas exatamente para ser aplicadas às causas repetitivas. Outras, mais antigas, podem ser utilizadas com a finalidade de conferir um melhor rendimento ao tratamento a ser dado a tais demandas de massa.

Significa, enfim, que já há, no ordenamento jurídico brasileiro, um regime processual próprio para as causas repetitivas, sendo relevante sistematizar as regras que formam tal regime. Daí por que são destacadas, doravante, algumas delas, que constituem meros exemplos de outras similares que podem ser utilizadas para a conformação do aludido regime processual.

6.1. Suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (Lei nº 8.437/1992, art. 4º, § 8º; Lei nº 12.016/2009, art. 15, § 5º)

De acordo com o § 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, “as liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

Tal dispositivo aplica-se, igualmente, aos pedidos de suspensão de liminares ou sentenças proferidas no processo de mandado de segurança, mercê do disposto no § 5º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009.

A regra está relacionada com as demandas repetitivas, permitindo-se que, numa única decisão, o presidente do tribunal suspenda, a um só tempo, várias liminares que tenham idêntico objeto, podendo-se, ainda, estender a suspensão já deferida a novas liminares que venham ser concedidas posteriormente.

Cumprindo com a finalidade do regime processual das causas repetitivas, a regra concorre para afastar a *divergência jurisprudencial*: ocorre, com frequência, situações em que um sujeito obtém determinado provimento de urgência, enquanto várias outras pessoas, nas mesmas condições, não logram o mesmo êxito, causando uma ofensa ao princípio da *isonomia* e privilegiando aquele que, por sorte ou por um detalhe específico de sua demanda, conseguiu manter vigente o provimento.

Com efeito, não são raros os casos em que um sujeito obtém um provimento liminar, mantendo-o vigente durante toda a tramitação da demanda. Em casos similares ou, até mesmo, idênticos, outros sujeitos não obtêm essa liminar ou, mesmo a tendo obtido, ela vem a ser suspensa ou revogada pelo tribunal. Em hipóteses assim, há verdadeira afronta ao princípio da *isonomia*, havendo tratamento díspar para pessoas que se encontram na mesma situação.

Demais disso, a possibilidade de o presidente do tribunal, numa única decisão, suspender, a um só tempo, várias liminares ou provimentos de urgência conspira em favor do interesse público. É que, se em uma demanda que contenha, como parte autora, apenas uma pessoa, com insignificante expressão econômica, vier a ser concedida uma liminar, afigura-se sobremaneira difícil demonstrar a ocorrência de grave lesão a um dos interesses públicos relevantes.

É corriqueiro, entretanto, haver casos que caracterizam as chamadas *demandas de massas*: milhares de pessoas que litigam contra a Fazenda Pública encontram-se na mesma situação, em demandas diversas, com o mesmo objeto. Desse modo, em face de uma liminar ou de um precedente específico, seguirão na mesma trilha várias e várias pessoas, dando azo ao ajuizamento de incontáveis pedidos de suspensão para o presidente do tribunal, cujo volume de trabalho irá elevar-se consideravelmente.

Nesse caso, em virtude da norma sob comento, além de se poder deferir uma suspensão que atinja, a um só tempo, várias liminares, pode-se igualmente estender os efeitos de suspensão anteriormente concedida a vários outros provimentos de urgência, sobrestando seus respectivos cumprimentos. Assim, concedida uma liminar, pode ser ajuizado um pedido de suspensão que lhe subtraía os efeitos. A superveniência de outras liminares poderá render ensejo a um simples pedido de aditamento, formulado naquele anterior pedido de suspensão, para que a decisão já deferida seja estendida a esses novos casos supervenientes, com o que se estará suspendendo, de igual modo, essas novas liminares. Evita-se, assim, uma sobrecarga de trabalho para os órgãos internos do próprio tribunal, com dispensa de novas autuações, registros e distribuições: um simples requerimento será entrinhado aos autos já existentes e encaminhado ao presidente do tribunal para que,

verificada a similitude dos casos, possa determinar a extensão da medida para as novas liminares concedidas.

6.2. Incidente de uniformização de jurisprudência

Nos termos do art. 476 do CPC, compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando verificar que, a seu respeito, ocorre divergência, ou quando, no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras, ou câmaras cíveis reunidas.

O dispositivo prevê, como se observa, um incidente, acarretando verdadeira *cisão* no julgamento. Diante da divergência, havida internamente no tribunal, acerca da interpretação de determinada norma jurídica, suscita-se o incidente para que o plenário ou a corte especial firme seu entendimento quanto à interpretação da norma. Firmado o entendimento, o julgamento é retomado pela turma, câmara ou grupo de câmaras, que irá, aplicando a orientação ministrada pelo plenário ou corte especial, dar solução ao caso concreto.

Esse pode ser um expediente utilizado para racionalizar os julgamentos de causas repetitivas. Havendo divergência de entendimento a respeito de questões jurídicas que se apresentem em causas repetitivas, pode ser instaurado o incidente de uniformização de jurisprudência para que, firmado o entendimento do tribunal, passe a ser adotado em todos os casos isomórficos submetidos ao seu exame.

6.3. Afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno (CPC, art. 551, § 1º)

Assim dispõe o § 1º do art. 555 do CPC: “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

A disposição contempla prática já adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Efetivamente, tem sido usual na Suprema Corte a afetação do julgamento de recursos extraordinários ao plenário, quando se trata de matéria relevante, sobre a qual paire controvérsia ou que se constitua novidade a ser, previamente, já apreciada pela composição plena da corte.

Com a previsão do § 1º do art. 555 do CPC, permite-se a extensão de tal prática a todos os tribunais, constituindo, a bem da verdade, um incidente de

uniformização de jurisprudência, mais simples e menos burocrático do que o tradicional incidente do art. 476 do CPC. Realmente, a regra amplia as hipóteses de uniformização de jurisprudência no âmbito interno dos tribunais, evitando a adoção do moroso procedimento previsto nos arts. 476 a 479 do CPC.

A previsão contida no § 1º do art. 555 do CPC remete para órgão de maior composição, dentro do mesmo tribunal, o julgamento de recurso atribuído, originalmente, a turma ou câmara, a fim de uniformizar a jurisprudência. Afetar o julgamento a outro órgão, com fulcro no novo § 1º do art. 555 do CPC, difere da adoção do procedimento de uniformização de jurisprudência calcado nos arts. 476 a 479 do Código. Este último faz com que o plenário ou órgão especial defina o entendimento do tribunal, devendo o julgamento ser retomado pela turma ou câmara para deslenho do mérito da questão, enquanto a previsão contida no § 1º do art. 555 do CPC permite o julgamento por outro órgão, retirando da turma ou câmara a atribuição de conferir desfecho ao caso.

Aí está, pois, mais um mecanismo a ser adotado para a racionalização dos julgamentos das causas repetitivas. Nas palavras de Sidnei Agostinho Beneti, “O relator, constatando estar em face de recurso que preenche os requisitos da assunção de competência, tem o dever de suscitar, *ex officio*, o instituto, viabilizando o filtro de teses e abreviando o julgamento de recursos com teses idênticas.”⁴⁶

Trata-se de um expediente eficiente para resolução de causas repetitivas, devendo ser prestigiada sua utilização. Efetivamente, “A adoção do instituto da assunção de competência, que exige comprometimento dos integrantes dos tribunais, seguramente pode ser potencializada a partir da especialização dos órgãos distribuidores dessas cortes. A distribuição imediata e prioritária de recursos cujas questões façam antever o surgimento de massas de lides idênticas (integrantes, todas, em verdade, de uma única macrolide que se instale na sociedade em virtude de alterações normativas decorrentes da própria modernização da mesma sociedade), certamente, prestigiaria a utilização do instituto.”⁴⁷

6.4. Pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais

A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Em razão de tal diploma legal, foram instituídos os Juizados Federais, aos quais se aplica, no

46. Assunção de competência e *fast-track* recursal. cit., p. 19.

47. BENETI, Sidnei Agostinho. Ob. cit., p. 22.

que com ele não conflitar, o disposto na Lei nº 9.099/1995. O art. 3º da Lei nº 10.259/2001 dispõe que “compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

Às causas propostas nos Juizados Especiais Cíveis Federais acedem várias outras repetitivas. Quer isso dizer que são frequentes, no âmbito dos Juizados Federais, as demandas de massa.

Para que se atenda ao regime processual das causas repetitivas, permite-se o ajuizamento de um pedido de uniformização de interpretação de lei federal.

Com efeito, proferido o julgamento pela Turma Recursal, é possível o ajuizamento de um pedido de uniformização de interpretação de lei federal, quando houver divergência com precedente de outra Turma Recursal, ou com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (Lei nº 10.259/2001, art. 14).

O pedido de uniformização somente é cabível quando se tratar de divergência de questão de direito material. Se divergência disser respeito à aplicação de regra processual, revela-se inadmissível o pedido de uniformização.

Havendo divergência entre Turmas Recursais da mesma Região, o pedido de uniformização deve ser julgado pela reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. Se, por exemplo, a Turma Recursal de Pernambuco divergiu de precedente da Turma Recursal de Sergipe, ambas integrantes da 5ª Região, o pedido de uniformização deve ser julgado pela reunião das Turmas Recursais dessa mesma 5ª Região.

Por sua vez, se a divergência ocorrer entre Turmas de diferentes regiões, o pedido de uniformização será julgado pela Turma Nacional de Uniformização – TNU, que é integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. Só podem ser admitidos incidentes de uniformização interpostos perante a TNU, quando têm por fundamento divergência entre acórdãos que Turmas Recursais de diferentes Regiões, se forem juntadas cópias dos respectivos acórdãos. Se não for juntada cópia do acórdão apontado como paradigma, não será admitido o pedido de uniformização.

Havendo divergência entre a decisão da Turma Recursal e súmula ou jurisprudência dominante do STJ, o pedido de uniformização será igualmente julgado pela Turma Nacional de Uniformização – TNU.

Para que se admita o pedido de uniformização, os julgados paradigmas devem ostentar semelhança quanto aos fatos do acórdão da Turma Recursal. Não demonstrada a semelhança fática, não se admite o pedido de uniformização.

Não são cobradas custas pelo processamento do incidente de uniformização.

O pedido de uniformização deve ser distribuído a um relator, sendo, depois de processado, julgado pela Turma Nacional.

A Resolução nº 22, de 4 de setembro de 2008, do Conselho da Justiça Federal, dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional. Nos termos de tal resolução, é possível ao relator já dar provimento imediato ao incidente de uniformização, se o acórdão da Turma Recursal estiver em contraste com súmula ou jurisprudência dominante da própria Turma Nacional.

A referida resolução também permite o pedido de uniformização em que se alegue que o acórdão da Turma Recursal está a divergir de precedentes do STF.

Não se admite pedido de uniformização quando fundado em divergência com acórdãos de algum TRF. O incidente de uniformização perante a Turma Nacional de Uniformização - TNU somente é cabível, quando a decisão da Turma Recursal de origem divergir de decisão de outra Turma Recursal, pertencente a outra Região da Justiça Federal, ou de jurisprudência dominante do STJ, ou de jurisprudência da própria TNU, ou, ainda, quando divergir de precedente do STF.

Por falta de previsão constitucional, não existe efeito vinculante nos enunciados da súmula da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Significa, então, que não cabe reclamação constitucional para a TNU, caso o acórdão da Turma Regional esteja a divergir de enunciado de sua súmula. Nesse caso, não cabe reclamação, mas cabe um pedido de uniformização da interpretação da lei federal, no qual se deve apontar como paradigma algum precedente da TNU que tenha dado origem ao enunciado de sua súmula.

Quando a orientação acolhida pela Turma Nacional de Uniformização – TNU contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que deverá dirimir a divergência. Requerida a manifestação do STJ, deverá o caso ser distribuído a um relator, que poderá, diante da plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, conceder, de ofício ou a requerimento, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. O relator poderá, ainda, se necessário for, pedir informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma Nacional de Uniformização e ouvirá

o Ministério Público em cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

Decorridos tais prazos, o relator incluirá o pedido em pauta de julgamento da Seção competente, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança.

Enquanto o STJ não se pronuncia sobre o caso, eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão *retidos* nos autos. Julgado o caso pelo STJ, os pedidos que ficaram retidos serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida por aquela Corte Superior.

O referido incidente funciona como um típico instrumento processual de coletivização de questões comuns que sirvam de fundamento em causas repetitivas. Como bem observa Antonio do Passo Cabral, “O incidente prevê vários mecanismos assemelhados ao *Musterverfahren*: a possibilidade de suspensão dos processos onde a controvérsia tenha lugar, para espera da decisão coletiva (art. 14 § 5º); retenção de pedidos de uniformização idênticos (§ 6º); amplo exercício do contraditório pelos interessados (§ 7º); cisão da cognição, com julgamento da pretensão individual pelo juízo de origem (§ 9º); possibilidade de transferência da competência para julgamento a órgãos judiciais hierarquicamente superiores para resolução uniforme das questões (§§ 1º, 2º e 4º).”⁴⁸

Eis, enfim, mais um mecanismo destinado a resolver problemas de massa.

6.5. Pedido de uniformização da interpretação de lei

Diante da boa experiência e dos satisfatórios resultados obtidos com a instituição dos Juizados Especiais Federais, sobreveio a Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Aos Estados cabe instituir os Juizados Especiais da Fazenda Pública, competindo à União instituí-los no âmbito do Distrito Federal e dos Territórios.

A exemplo do que ocorre nos Juizados Federais, é cabível, no âmbito dos Juizados Estaduais da Fazenda Pública, o pedido de uniformização de interpretação de lei.

48. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. cit., p. 144.

Da decisão proferida pela Turma Recursal cabe pedido de uniformização de interpretação de lei, quando houver divergência com decisão de outra Turma Recursal sobre questões de direito material (Lei nº 12.153/2009, art. 18).

Não cabe o pedido de uniformização quando se tratar de divergência de regra processual; somente é cabível o pedido de uniformização se se tratar de divergência de questão de direito material.

Se a divergência ocorrer entre Turmas Recursais do mesmo Estado, o pedido de uniformização deve ser julgado pela reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de Desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça. Nesse caso, a reunião de juízes domiciliados em Municípios diversos poderá ser feita por meio eletrônico.

Por sua vez, se a divergência ocorrer entre Turmas de diferentes Estados, o pedido de uniformização será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Havendo divergência entre a decisão da Turma Recursal e súmula do STJ, o pedido de uniformização será igualmente julgado pelo STJ.

Quando a orientação acolhida pela reunião conjunta das Turmas em conflito, realizada no respectivo Tribunal de Justiça, contrariar súmula do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que deverá dirimir a divergência. Requerida a manifestação do STJ, deverá o caso ser distribuído a um relator, que poderá, diante da plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, conceder, de ofício ou a requerimento, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. O relator poderá, ainda, se necessário for, pedir informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Desembargador Presidente da Turma de Uniformização e, nos casos previstos em lei, ouvirá o Ministério Público em 5 (cinco) dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de 30 (trinta) dias.

Decorridos tais prazos, o relator incluirá o pedido em pauta de julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança.

Enquanto o STJ não se pronuncia sobre o caso, eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos. Julgado o caso pelo STJ, os pedidos que ficaram retidos serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida por aquela Corte Superior.

Os Tribunais de Justiça e o STJ, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização.

Tal como anotado no item 6.4. *supra*, esse pedido de uniformização funciona como um típico instrumento processual de coletivização de questões comuns que sirvam de fundamento em causas repetitivas, assemelhando-se ao *Musterverfahren* do direito alemão.

Trata-se, como se percebe, de mecanismo destinado a resolver problemas de massa.

6.6. Julgamento imediato de improcedência (CPC, art. 285-A)

O Código de Processo Civil passou a contar, por força da Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, com um novo dispositivo, qual seja, o art. 285-A, que assim dispõe:

“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, produzindo-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”.

O dispositivo prevê o julgamento imediato pelo juízo, quando a matéria for unicamente de direito e já houver sentença, em casos idênticos, de total improcedência. Trata-se de uma regra de racionalização de julgamentos em demandas de massa.

Para que possa ser aplicado o art. 285-A do CPC, é preciso que (a) a matéria controvertida seja unicamente de direito e (b) já tenha sido, naquele juízo, proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

O dispositivo contém algumas imprecisões terminológicas, que precisam ser observadas. O primeiro requisito, para que possa ser proferida sentença imediata de improcedência, é que a matéria “*controvertida*” seja unicamente de direito. Ora, sabe-se que a controvérsia somente surge, quando o réu impugna algum ponto alegado pelo autor. Diante de tal impugnação, o ponto torna-se controvertido, dando origem a uma *questão*. Logo, a questão é o ponto controvertido. Enfim,

não se poderia, rigorosamente, fazer referência ao termo *controvérsia* ou *matéria controvertida*, se não há citação nem manifestação do réu.

Ao aplicar o art. 285-A do CPC, o juiz já profere, desde logo, uma sentença de improcedência, antes mesmo de ser citado o réu. Não há, então, controvérsia nem matéria controvertida.

Quando o dispositivo exige que sua aplicação depende de a matéria controvertida ser unicamente de direito, está a referir-se a *demandas de massa*.

Com efeito, nas chamadas demandas de massa, os fatos são repetidos em cada uma das demandas. Os autores passaram pela mesma ou semelhante situação. Tal situação afigura-se indiscutível, já demonstrada documentalmente. A discussão, em todos esses casos, é apenas de direito: discute-se se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não. Em demandas tributárias, em que se discute, por exemplo, a constitucionalidade de determinado tributo, a única questão de fato é a demonstração de o autor revestir-se da condição de contribuinte daquele tributo; quanto ao mais, a análise do caso restringe-se a aferir a legitimidade da exação. É o que ocorre, igualmente, em demandas previdenciárias ou que envolvem servidores públicos, em que se postula a agregação de alguma parcela ou a aplicação de determinado índice de correção monetária: nesses casos, os fatos a serem demonstrados e comprovados correspondem à condição de aposentado ou à de servidor e ao valor da aposentadoria ou dos vencimentos, consistindo toda a discussão em verificar a legitimidade da argumentação jurídica.

Enfim, nas demandas de massa, quando não se faça necessária a comprovação técnica, pericial ou testemunhal de determinado ponto alegado, a matéria a ser apreciada pelo julgador é toda de direito, restringindo-se a contestação a rebater os pontos de direito suscitados na petição inicial.

Além de a matéria ser apenas de direito, não havendo discussão quanto aos fatos, deverá o juiz já ter proferido sentença de total improcedência em casos anteriores, designados, no art. 285-A do CPC, como *casos idênticos*.

Há, aí, outra impropriedade terminológica no dispositivo.

Sabe-se que uma ação é idêntica a outra, quando houver a *tríplice identidade*, ou seja, quando forem idênticos os pedidos, as causas de pedir e as partes (CPC, art. 301, § 2º). Ao referir-se a *casos idênticos*, o dispositivo não está a utilizar-se do termo *ações idênticas* de que trata o § 2º do art. 301 do CPC. Se o dispositivo

estivesse a referir-se a *ações idênticas*, estaria a dizer que, quando houvesse litispendência ou coisa julgada (CPC, art. 301, § 1º e 3º), deveria ser proferida sentença de mérito de total improcedência, e não sentença terminativa, tal como prevê o art. 267, V, do CPC.

Casos idênticos, tal como referidos no art. 285-A do CPC, constituem aqueles relativos a *demandas de massa*, que se multiplicam, com a mesma argumentação, apenas adequando-se ao caso concreto, com a adaptação dos nomes das partes e de alguns dados pessoais seus. Nesses casos repetidos, as causas de pedir e os pedidos são diferentes em cada uma das demandas: cada autor tem uma relação jurídica diferente com a parte contrária, sofrendo uma lesão ou ameaça própria, que não se confunde com a posição de cada um dos autores das outras demandas. O objeto, por sua vez, de cada demanda é próprio: cada autor irá obter um bem da vida diferente ou uma vantagem própria. O que se identifica, o que é igual em todas essas demandas é a *argumentação ou fundamentação jurídica*. Assim, se se postula, por exemplo, em determinada demanda, a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, por ser inconstitucional determinado tributo, o juiz *não* deverá aplicar o art. 285-A do CPC se, depois de ter julgado improcedentes vários pleitos formulados no mesmo sentido, for proposta uma demanda contendo *argumentos diversos*.

É preciso, para que se aplique o art. 285-A do CPC, que os argumentos jurídicos sejam os *mesmos*. Quando o dispositivo alude a *casos idênticos*, está a exigir identidade de argumentação jurídica. Vindo a ser proposta demanda com *novos* argumentos ou com argumentos *diferentes*, não se deve aplicar o dispositivo, devendo ser citado o réu, para que se verifique a legitimidade dessa argumentação, ainda não levada ao crivo daquele juízo.

Ainda para que se possa aplicar o dispositivo, deverá ter havido sentença de total improcedência, em "*casos idênticos*", que tenham sido proferidas pelo *mesmo* juízo. Não se deve aplicar a regra, tomando-se em consideração sentenças proferidas por *outro* juízo. E mais: não basta que o juízo tenha proferido, apenas, uma sentença; faz-se necessário que já haja algumas sentenças de total improcedência, proferidas em casos repetidos.

Impõe-se interpretar o dispositivo sistematicamente, levando-se em conta o disposto no art. 557 e, ainda, o disposto no art. 120, parágrafo único, 518, § 1º e 544, § 3º, todos do CPC, além do disposto no art. 103-A da Constituição Federal. Em outras palavras, ainda que o juízo tenha proferido várias sentenças de total improcedência em casos idênticos, não deve aplicar o art. 285-A do CPC, se houver súmula ou jurisprudência dominante, em sentido divergente, do tribunal

ao qual está vinculado ou de tribunal superior⁴⁹. Aplicar o art. 285-A do CPC, quando há súmula ou jurisprudência dominante de tribunal em sentido contrário, longe de racionalizar o julgamento de demandas de massa, significa contribuir para um processo com dilações indevidas, atentando contra o princípio da duração razoável dos processos, além de conspirar em favor de eventuais divergências jurisprudenciais, com manifesta desatenção ao princípio da isonomia.

6.7. Súmula vinculante

A Constituição Federal, em seu art. 103-A, permite que o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após *reiteradas* decisões sobre matéria constitucional, aprove súmula que terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A súmula deve ter por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante *multiplicação* de processos sobre questão *idêntica*.

O referido art. 103-A da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou o procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante ou que a aplique indevidamente, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal. Julgada procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A súmula vinculante constitui importante mecanismo para a racionalização das causas repetitivas. Aliás, um dos requisitos para a edição da súmula vinculante é que haja reiteradas decisões do STF em matéria constitucional, o que demonstra que a súmula vinculante guarda pertinência com as demandas de massa.

Editada a súmula vinculante, os órgãos jurisdicionais devem seguir a orientação firmada pelo STF, resolvendo todos os casos repetitivos que envolvem a questão constitucional contida no enunciado da súmula vinculante. Com isso, alcança-se

49. WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 2ª Série. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 66.

a desejável *uniformidade jurisprudencial* que deve existir no trato das causas repetitivas, com o que se assegura, de igual modo, a indispensável *isonomia* relativamente aos casos massificados.

6.8. Julgamento *por amostragem* dos recursos extraordinário e especial (CPC, arts. 543-B e 543-C)

O fenômeno da multiplicação de causas repetitivas é fortemente sentido pelos tribunais superiores, que faz acumular consideravelmente sua carga de trabalho. Para racionalizar o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, foram inseridos no Código de Processo Civil os arts. 543-B e 543-C.

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto no art. 543-B do CPC. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (CPC, art. 543-B, § 1º).

De acordo com o § 2º do art. 543-B do CPC: “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.” O STF julgará *um*, ou *alguns*, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) *a mesma questão de direito*. Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, *que ficaram sobrestados, no aguardo da definição daquele recurso escolhido para análise*, reputam-se não admitidos.

Reconhecida a *existência* da repercussão geral, e “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se” (CPC, art. 543-B, § 3º). Se não houver retratação, admitido o recurso extraordinário cujo processamento ficara sobrestado, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (CPC, art. 543-B, § 4º).

De igual modo, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo daquele tribunal superior. O relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado,

poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. O relator poderá, ainda, solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. Pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia poderão manifestar-se a respeito, mediante autorização do relator (CPC, art. 543-C).

Julgado o recurso especial escolhido como representativo da controvérsia, os demais, que ficaram sobrestados na origem, terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ ou serão novamente examinados pelo tribunal local na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação dada pelo STJ.

Com essas técnicas de processamento e julgamento, os casos repetitivos são resolvidos com agilidade, conferindo-se um tratamento uniforme a todas as causas que versem sobre a mesma questão jurídica.

7. UM CASO ENFRENTADO PELO STJ: NECESSIDADE DE SOLUÇÃO À LUZ DO REGIME JURÍDICO DAS CAUSAS REPETITIVAS

Viu-se que quando há uma questão repetitiva que se discute em diversos recursos especiais, esses são submetidos à técnica de julgamento dos art. 543-C do CPC, o julgamento por amostragem, de que se tratou no subitem anterior. Conforme se viu, procedimento semelhante pode surgir também no julgamento do recurso extraordinário (art. 543-B, CPC). Significa que, em casos repetitivos, um ou alguns dos recursos são escolhidos para julgamento pelo STF ou STJ, ficando os demais sobrestados, no aguardo de tal julgamento. Realizado o julgamento pelo STF ou STJ, os demais recursos devem ter o mesmo destino daquele que foi destacado para julgamento.

Se, selecionado um recurso para julgamento, quando já pronto para ser levado a debate no órgão do STF ou STJ, pode o recorrente desistir dele? Em outras palavras, é eficaz a desistência de recurso destacado, por amostragem, para julgamento? A desistência do recurso, como se sabe, produz efeitos imediatos (CPC, art. 158), não necessitando de homologação judicial, nem de concordância da parte contrária (CPC, art. 501). É dizer: não se pode, em princípio, rejeitar a desistência, pois não se *pede* a desistência; simplesmente se desiste e a desistência produz efeitos imediatos.

Há, contudo, um detalhe a ser observado.

Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial

e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursal, principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo.

Quando o recorrente, num caso como esse, desiste do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento recursal, não havendo como negar tal desistência, já que, como visto, ela produz efeitos imediatos, não dependendo de concordância da outra parte, nem de autorização ou homologação judicial. Ademais, a parte pode, realmente, precisar da desistência para que se realize um acordo, ou se celebre um negócio jurídico, ou por qualquer outro motivo legítimo, que não necessita ser declinado ou justificado. Demais disso, o procedimento recursal é, como se sabe, orientado pelo princípio dispositivo.

Tal desistência, todavia, não atinge o segundo procedimento, instaurado para definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior.

Em suma, a desistência não impede o julgamento, com a definição da tese a ser adotada pelo tribunal superior, mas tal julgamento não atinge o recorrente que desistiu, servindo, apenas, para estabelecer o entendimento do tribunal, a influenciar e repercutir nos outros recursos que ficaram sobrestados.

Em determinada questão repetitiva, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp 1.058.114 e REsp 1.063.343. Em tais casos, o recorrente desistiu dos recursos, mas o STJ negou a desistência. Em tais casos, o STJ rejeitou a desistência do recurso, não fazendo a distinção ora proposta. Parece mais adequado, como visto, entender que há revogação do recurso, pela desistência, mas deve realizar o julgamento no tocante ao procedimento instaurado com a seleção dos recursos para definição da tese pelo STJ.

Essa solução tem suporte no conjunto de regras que forma o regime processual das causas repetitivas, orientado pela necessidade de racionalização e agilidade no julgamento, com eliminação da divergência jurisprudencial e com o alcance da desejável e indispensável isonomia.

8. UMA HIPÓTESE ESPECÍFICA ANUNCIADA PELO PLENO DO STF: A RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS QUE ATENTA CONTRA O ENTENDIMENTO DO STJ

Consoante já acentuado ao longo do presente texto, além do tratamento prioritário, as demandas repetitivas devem orientar-se pela necessidade de adoção de *mecanismos de uniformização de jurisprudência*, a fim de que sejam atendidas as necessidades de *isonomia* e de *segurança jurídica*, com a indispensável garantia de *previsibilidade*, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.

Nesse contexto, é relevante reportar-se a uma situação específica: em determinado tipo de demanda, o STJ já havia uniformizado o entendimento de que os consumidores de dado serviço de massa não tinham direito ao que vinham, repetidamente, postulando. A despeito da fixação desse entendimento pelo STJ, vários juízes de Juizados Especiais Cíveis Estaduais continuaram a acolher diversas pretensões, de idêntico teor, veiculadas em demandas repetitivas. O caso foi, então, submetido ao crivo do STF, que não admitiu o Recurso Extraordinário nº 571.572-8/BA, porque a questão não era constitucional.

Não conformada com o resultado do julgamento proferido pelo STF, a parte interessada opôs embargos de declaração, tendo a Suprema Corte anunciado o cabimento da reclamação constitucional para o STJ.

É sabido que não cabe recurso especial para o STJ de acórdão proferido no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Em casos como esse ora retratado, cabe, no âmbito dos Juizados *Federais*, o pedido de uniformização da interpretação da lei federal, tal como examinado no item 6.4. *supra*.

Nos Juizados Especiais *Estaduais Cíveis*, não cabe, como visto, recurso especial, nem há possibilidade de ser intentado esse pedido de uniformização, salvo quando se trata de Juizados Especiais *da Fazenda Pública*, em que se afigura cabível, tal como demonstrado no item 6.5. *supra*. Assim, firmado entendimento no âmbito da jurisprudência do STJ, cabe aos órgãos dos Juizados Estaduais seguir a orientação ministrada por aquela Corte Superior, sobretudo quando se tratar de causas repetitivas, cujo regime jurídico exige um maior rigor no tocante

à aplicação do princípio da isonomia e da segurança jurídica, impondo tratamento uniforme para quem se encontre em situação similar.

Ao STJ compete uniformizar a jurisprudência nacional. Essa é uma de suas atribuições constitucionais. Se os órgãos dos Juizados Estaduais estão a deixar, sistematicamente, de seguir a orientação ministrada pelo STJ, cabe a reclamação constitucional, a fim de garantir a incolumidade da principal função daquela Corte Superior. E, pela teoria dos poderes implícitos, deve-se conferir ao STJ a atribuição de fazer impor sua autoridade de órgão jurisdicional destinado a uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Foi exatamente isso que entendeu o STF, ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572-8/BA. Em situações como essa, cabe ao STJ acolher a reclamação, ajuizada com fundamento no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, afastando a divergência com sua jurisprudência. A reclamação, nesse caso, somente é cabível, por não haver outro mecanismo apto a corrigir o grave problema de descumprimento sistemático da orientação firmada pelo STJ. Se coubesse recurso especial, não seria caso de reclamação. Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, compete ao STJ eliminar a divergência havida entre decisões proferidas por Juizados Estaduais e seus precedentes que formam jurisprudência dominante sobre determinado assunto que envolve causas repetitivas.

Não foi esse, contudo, o entendimento do STJ, ao julgar a Reclamação n. 3.692/RS, cujo acórdão ostenta a seguinte ementa:

“CIVIL. OBRIGAÇÕES. ESPÉCIES DE CONTRATOS. TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO.

1. Pretende o reclamante a cassação do acórdão proferido pela Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul ao argumento de que o referido julgado contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, esgotadas todas as vias recursais, já apanhadas pela coisa julgada.
2. O entendimento adotado no Juizado Especial diverge da pacífica orientação desta Eg. Corte de Justiça ao reconhecer que o prazo prescricional é de cinco anos, como reconhecido em julgamento proferido pela Segunda Seção em 12.08.09, no Resp 1.053.007/RS, pacificando o entendimento de que nas ações de cobrança objetivando a devolução de valores empregados na realização de obras de expansão de rede de energia elétrica em área rural, por sua natureza de obrigação contratual de empréstimo, ajustado em instrumento firmado pelas partes, em que o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos.
3. A Reclamação, portanto, há de ser aferida quanto ao seu cabimento dentro dos estreitos liames dos seus pressupostos constitucionais.
4. Com efeito, o princípio constitucional do art. 105, I, F, da CF não pode se alargado em sua estreita previsão, mesmo em razão da segurança jurídica como entendido, posto que sem previsão constitucional e ou legal.

5. Esta Eg. Corte permissa vênia, não tem igualmente competência para rever decisões dos Juizados Especiais Estaduais por ausência de norma legal, muito menos através de Reclamação quando inexistente qualquer processo decidido nesta Corte, nenhuma decisão violada e, o que é mais grave, em processo apanhado pela coisa julgada.

6. Assim sendo, a pretensão do reclamante mostra-se totalmente incompatível com os objetivos tutelados pelo instituto processual-constitucional da Reclamação, tornando inviável o seu seguimento pela INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES DESTA CORTE SUPERIOR, NEM POR AFETAR A SUA COMPETÊNCIA FIXADA CONSTITUCIONALMENTE.

7. Negado seguimento à reclamação.”⁵⁰

Posteriormente, e seguindo a orientação traçada pelo STF, foi ajuizada a Reclamação nº 3.752/GO. Ao apreciá-la, a relatora, Ministra Nancy Andri ghi, submeteu a questão à Corte Especial, a qual houve por bem editar a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009, que prevê, expressamente, a reclamação com tal objetivo, admitindo, até mesmo, a concessão de provimento liminar que ordene a suspensão de todos os casos similares em curso no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais⁵¹.

A partir da aludida Resolução nº 12/2009, o STJ passou, enfim, a admitir a reclamação constitucional destinada a eliminar a divergência havida entre deci-

50. Acórdão unânime da 2ª Seção do STJ, Rel 3.692/RS, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Conv. do TJ/AP), j. 14/10/2009, *DJe* 3/11/2009.

51. Aliás, já com base na Resolução nº 12/2009, a Ministra Nancy Andri ghi concedeu liminar, em decisão que ostenta a seguinte ementa: “RECLAMAÇÃO. PEDIDO LIMINAR. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PERIGO DE DANO. SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS VERSANDO SOBRE CONTROVÉRSIA SEMELHANTE À DOS AUTOS.

- *A presente reclamação deriva de recente decisão, no âmbito dos EDcl no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.09.2009, do Pleno do STF que consignou que ‘enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal’, tendo, por conseguinte, determinado que, até a criação de órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ aos Juizados Especiais Estaduais, ‘lógica do sistema judiciário nacional recomenda se dê à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, amplitude suficiente à solução deste impasse’.*

- *Constitui entendimento assente nesta Corte que, em caso de desistência do plano de consórcio, a restituição das parcelas pagas pelo participante far-se-á de forma corrigida, porém não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do grupo correspondente.*

- *Há de se levar em consideração o risco potencial que o entendimento contido no acórdão reclamado traz para os contratos de consórcio em geral, pondo em perigo a perfeita continuidade e até mesmo a sobrevivência dessas poupanças coletivas, em detrimento não apenas das respectivas administradoras, mas sobretudo dos consorciados que permanecem no grupo. Visto sob esta ótica, o problema ganha proporções preocupantes, a justificar a concessão da liminar pleiteada, com vistas ao sobrestamento dos processos que versem sobre controvérsia semelhante à dos autos.*

Medida liminar deferida.”

sões proferidas por Juizados Estaduais e precedentes daquela Corte Superior que formam jurisprudência dominante sobre determinado assunto que envolve causas repetitivas. É bem verdade, como já se viu, que a reclamação é uma ação *típica*, não podendo ter ampliado seu objeto. Acontece, porém, que, nesse caso dos Juizados Especiais Estaduais, há uma situação peculiar, relativa às causas repetitivas, que impõe a adoção de medida destinada a preservar a autoridade da jurisprudência firmada pelo STJ, a fim de se eliminar a divergência jurisprudencial, conferindo isonomia e segurança jurídica ao sistema de demandas repetitivas. O STJ dispõe de um poder implícito: o de conferir efetividade à sua principal função, que é a de uniformizar a jurisprudência nacional, vindo a acentuar-se no âmbito das causas repetitivas. E tal poder implícito exercita-se por meio da reclamação constitucional.

Esse entendimento é reforçado pela Lei nº 12.153/2009, que criou os Juizados Estaduais da Fazenda Pública. O art. 18, § 3º, e o art. 19 de tal diploma legal tratam do pedido de uniformização da jurisprudência sobre aplicação da lei federal, que deve ser dirigido ao STJ, “quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado”. Os dispositivos são constitucionais, exatamente porque o STJ tem a competência implícita de fazer valer o seu entendimento sobre a interpretação da lei federal e, assim, uniformizar nacionalmente a jurisprudência a respeito de matérias infraconstitucionais. Se não houvesse essa competência implícita, a lei seria inconstitucional, por ampliar a competência do STJ, o que somente poderia ser feito por emenda constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *RePro* 171. São Paulo: Ed. RT, mai. 2009.
- BIAVATI, Paolo. *Europa e processo civile: metodi e prospettive*. Torino: Giappichelli, 2003. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *RePro* 147. São Paulo: Ed. RT, mai. 2007.
- CAMBI, Eduardo. “Jurisprudência Lotérica”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, abr. 2001, v. 786.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREITAS, José Lebre de. Experiência-piloto de um novo processo civil. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GERALDES, António Santos Abrantes. Processo especial experimental de litigância de massas. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GOUVEIA, Mariana França. A ação especial de litigância de massas. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- JORGE, Nuno de Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *RePro* 148. São Paulo: Ed. RT, jun. 2007.
- RICARDO, Luís Carvalho. *Regime processual civil experimental anotado e comentado*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *RePro* 23. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1981.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 2ª Série. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *RePro* 86. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1997.
- WITTMANN, Ralf-Thomas. Il ‘contenzioso di massa’ in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008.

VII

A boa-fé objetiva, a equidade e o abuso de poder privado nas relações contratuais

Paula Sarno Braga

Professora de Direito Processual Civil da Universidade Salvador e da Faculdade Baiana de Direito. Professora do Curso de Especialização em Direito Processual Civil (*JusPodivm*). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/*JusPodivm*). Mestre (UFBA). Advogada.

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo fundamental analisar o papel da boa-fé objetiva e da equidade nas relações contratuais, como forma de contenção do abuso de poder privado.

Palavras-chave: boa-fé objetiva; equidade; contratos; igualdade; autonomia privada; proporcionalidade; abuso de poder privado.

Abstract: The present work aims basically at analyzing the function of objective good-faith and equity in the contractual relations, as a form of containment of abuse of private autonomy.

Keywords: objective good-faith; equity; contracts; equality; private autonomy; proportionality; abuse of private autonomy.

Sumário: 1. O papel da boa-fé objetiva e da equidade: o controle do abuso de poder privado – 2. Boa-fé objetiva: 2.1. Da boa-fé objetiva à boa-fé subjetiva; 2.2. As funções da boa-fé objetiva – 3. Aplicação às diferentes fases do negócio – 4. Equidade ou equivalência material – Referências.

1. O PAPEL DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA EQUIDADE: O CONTROLE DO ABUSO DE PODER PRIVADO

A boa-fé e a equidade (ou equivalência contratual), juntamente com a função social do contrato, compõem a tríade principiológica contemporânea dos contratos. São os três princípios contratuais típicos do Estado Social. Não eliminaram ou excluíram os princípios individuais, erigidos na fase do Estado Moderno Liberal – a saber, autonomia privada (liberdade contratual), obrigatoriedade (*pacta sunt*

servanda) e eficácia relativa às partes –, mas restringiram significativamente seu significado e abrangência¹⁻².

Na verdade, pode dizer-se que tais princípios, atualmente, são complementares. Estabelecem um certo equilíbrio no seio das relações contratuais entre: o poder negocial (autonomia e liberdade individual) e o poder estatal (que intervém impondo limites legais e constitucionais à dita autodeterminação privada). Explique-se.

Os princípios liberais consolidaram a autonomia privada e a liberdade individual, que precisavam ser tuteladas em face dos excessos do Estado Absolutista, ou seja, vieram como forma de controle do poder estatal, coibindo suas arbitrariedades. E foi assim que veio a lume o reverso da moeda.

Ao se assegurar aos particulares liberdades e individualismos tão amplos, com a possibilidade quase que irrestrita de auto-regramento de suas relações negociais, começaram a ocorrer abusos no exercício deste poder negocial. Nas relações obrigacionais, a parte mais vulnerável ficava, não raro, submetida aos excessos e desmandos da contraparte, que gozava de maior poderio jurídico – e por que não econômico, político e técnico.

E foi com a afirmação dos princípios socializantes dos contratos – dentre eles a equidade e a boa-fé –, no contexto do *welfare state*, que surgiu a iniciativa de deter, refrear, os abusos dos poderes privados³⁻⁴.

1. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 14; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157 et seq.
2. Foi determinante para essa nova postura metodológica os vetores constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade social, porquanto tenham feito o legislador dar primazia a valores existenciais e socializantes em detrimento do anterior voluntarismo patrimonialista.
3. Tanto os princípios individuais/liberais, quanto os princípios sociais, foram instituídos no franco intuito de conter e limitar o exercício de um poder jurídico. Isto é, visam combater os abusos de poder dos sujeitos privados ou públicos.
4. Rui Rosado de Aguiar, em artigo dedicado à boa-fé objetiva no CDC, comenta o art. 4.º, III, e defende que a boa-fé objetiva não serve só para a defesa do débil, mas também para garantir a ordem econômica, razão por que eventualmente pode prevalecer interesse contrário ao do hipossuficiente – no caso, o consumidor; isso, se o interesse social assim o determinar. E exemplifica: “nos contratos de adesão de consórcio para aquisição de bens, a cláusula que delimita a devolução do numerário (devidamente corrigido) somente para o final do plano deve ser preservada, apesar de não satisfazer ao interesse do consorciado em obter a imediata restituição do que pagou, porquanto interesse social mais forte reside na conservação dos consórcios como instrumento útil para a economia de mercado, facilitando a comercialização das mercadorias, e estimulando a industrialização, finalidade esta que não deve ser desviada ou dificultada com o interesse imediatista do consumidor individual que se retira do grupo”. Conclui, assim, que a boa-fé é um conceito ético e econômico, porquanto ligado à funcionalidade econômica e social do contrato (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22).

Os ditos princípios tardaram a invadir a legislação civil brasileira e chegaram em momento em que já se fala em crise e superação do Estado Social. Mas as desigualdades jurídicas, econômicas e sociais perduram e os limites impostos às forças privadas representam, ainda hoje, uma conquista irrenunciável. “Sobretudo quando se assiste ao crescimento da concentração empresarial e de capital e da vulnerabilidade das pessoas que não detêm poder negocial, principalmente ante a utilização massiva de contratos de adesão a condições gerais unilateralmente predispostas”⁵⁻⁶.

Eis o papel principal dos princípios da boa-fé e equidade: o controle efetivo do despotismo privado.

2. BOA-FÉ OBJETIVA

2.1. Da boa-fé subjetiva à boa-fé objetiva. Uma evolução legislativa

Até meados da década de 1980, os tribunais pátrios só conheciam e empregavam a noção de boa-fé subjetiva, que impregnava a legislação civil então em vigor.

A boa-fé, nessa sua ótica subjetiva, sempre foi tida como um estado psicológico do sujeito que, totalmente despido de malícia e ardid, acreditava estar agindo conforme o direito. É o que se esperava (e ainda se espera), por exemplo, do possuidor de boa-fé (art. 1.201, CC/2002) ou do credor putativo ao perceber pagamento de boa-fé (art. 309, CC/2002)⁷.

Mas esse mergulho na consciência interna do indivíduo, em busca de subjetivismos e psiquismos, revelava uma concepção voluntarista e individualista da

5. Diz Paulo Lobo que: “A vulnerabilidade jurídica vai além da debilidade econômica da parte contratante, pois interessa o poder negocial dominante, ou seja, aquela que se presume em posição de impor sua vontade e seu interesse à outra” e continua defendendo que: “A presunção é definida em lei, como se dá com o consumidor, no CDC, e com o aderente, no Novo Código Civil. A presunção é absoluta e não pode ser contrariada pela consideração do caso concreto. O consumidor e o aderente, ricos ou pobres, são juridicamente vulneráveis, pois submetidos aos poder negocial da outra parte” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 22). Vislumbram-se outras situações em que subsiste este desequilíbrio presumido de poder negocial. Basta pensar no condômino, em relação ao condomínio, ou no associado de um clube social, ou no acionista minoritário de uma grande sociedade anônima. Com esse mesmo escólio, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116.
6. Sugere-se consultar MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 654 et seq.
7. Vide MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 101 e 102; SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 154.

boa-fé, que não atendia mais às necessidades das sociedades modernas de maior segurança e equilíbrio no seio das relações contratuais⁸.

Foi com a expressa adoção pela Constituição de 1988 de valores como a igualdade substancial, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana (conforme indicado em seus Preâmbulo e Título I), que se resgatou um então esquecido princípio jurídico: a boa-fé objetiva, que deu origem a um novo paradigma na formação e execução das convenções⁹⁻¹⁰.

A boa-fé vista, agora, sob nova perspectiva, não representa mais um estado anímico do sujeito, uma consciência sua, íntima e pessoal, mas, sim, uma regra de conduta de todas as relações obrigacionais¹¹⁻¹². É a exigência de comportamentos que se conformem, objetivamente, com as diretrizes da lealdade, probidade e cooperação, permitindo que o contrato alcance o seu fim social e eticamente desejado.

As partes, na constituição e cumprimento do negócio jurídico, devem atuar da forma como se espera de toda pessoa comum diligente e proba. “O que importa é verificar se o procedimento da parte, quando negociou as tratativas preliminares, quando estipulou as condições do contrato afinal concluído, quando deu execução

8. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 148.
9. Cf. LÔBO, op. cit., p. 9-23; NEGREIROS, op. cit., p. 117; LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 36. Couto e Silva já o reconhecia em nosso ordenamento antes mesmo da CF/88, como cânone de interpretação e integração dos negócios, bem como regra de instituição de deveres anexos de eticidade. E ressaltava que, a despeito da inexistência no CC/16 de consagração expressa da máxima, o Código Comercial (art. 131, I) já o teria inserido como princípio vigente para as relações obrigacionais, relacionando-o com os usos do tráfico (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 29 et seq.). Agathe Schmidt da Silva, a seu turno, menciona dispositivos do Código Civil de 1916 em que considera ter sido acolhido o ditame da boa-fé objetiva, como os arts. 109, 112, 1438, 1443 e 1444 (SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 155)
10. Sobre a distinção de boa-fé objetiva e subjetiva, Célia Slawinski, com uma perspectiva mais abrangente, informa que: “Existem duas correntes: uma sustenta a superação da distinção, a outra adota as duas vertentes. A doutrina e a jurisprudência brasileiras se filiam a esta última” (SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva*. O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12).
11. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411 e 412; TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33 et seq. Vale a pena conferir, sobretudo pela sua clareza e objetividade, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 122-123.
12. Sublinhe-se que seu conceito é unívoco para todos os campos jurídicos, assim para o Direito Público e o Privado. Sofre, tão-só, “uma variação de predominância, de uma ou outra norma, consoante a matéria em exame” (SLAWINSKI, op. cit., p. 112- 113.)

ao ajuste e até depois de cumprida a prestação contratada, correspondeu aos padrões éticos do meio social”¹³.

Perceba-se que a boa-fé objetivada afasta-se completamente do elemento da vontade e de qualquer psiquismo ou intencionalidade¹⁴. O que importa é se a atitude tomada é compatível com aquela genuinamente advinda de um homem-médio, honesto, zeloso – uma “pessoa de bem”. Conta-se com posturas típicas de uma pessoa de padrão valorativo mediano e comum, mirando-se no contexto social em que vive¹⁵.

A boa-fé objetiva representa, assim, o valor da ética das relações jurídicas em geral.

Em nível infraconstitucional, foi o Código de Defesa do Consumidor que trouxe a primeira previsão da boa-fé objetiva, em seus arts. 4º, III, e 51, IV. Mas nos anos que se seguiram a doutrina e a jurisprudência passaram a estender a máxima a outras relações obrigacionais, que não as estritamente consumeristas¹⁶⁻¹⁷.

O Direito Civil contemporâneo, mesmo quando ainda submetido à égide do velho Código – de cunho eminentemente liberal e individualista –, passou a valorizar, nas relações jurídicas, os fundamentos da ética, lealdade, confiança, respeito etc, conforme percuciente anotação de Felipe Peixoto: “Os valores éticos penetram nas brechas dos seculares institutos civis, dissolvendo-lhes, pouco a

13. THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17.

14. Enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito a elemento interior (estado de espírito), a objetiva diz respeito a elemento exterior (regra de conduta) ao indivíduo.

15. “A lei não define esses padrões, mesmo porque eles são variáveis, no tempo e no espaço. A regra, aqui e nas fontes de direito comparado que alimentaram o Código Civil brasileiro, corresponde ao tipo de norma que a doutrina denomina ‘cláusula geral’ para indicar preceitos genéricos ou abertos, cujo conteúdo haverá de ser completado e definido casuisticamente pelo juiz”. Daí a necessidade de o juiz fazer um cotejo entre o padrão de comportamento encontrado no meio social, baseado nos usos e costumes das pessoas de bem daquela comunidade, e o comportamento adotada no caso concreto (THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17).

Nesta esteira, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412 e 413; SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva*. O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 11 et seq.

16. “[...] o Código de Defesa do Consumidor contribuiu para a concreção do princípio da boa-fé não só por ter tornado desnecessário o rol de extensas justificativas exigidas para a aplicação de um princípio não legislado, mas, também, porque a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, não se limitou a discipliná-lo nos dispositivos que o prevêem expressamente (art. 4.o, III, e 51, IV), mas, ao contrário, o fez em uma série de outros artigos, esparsamente distribuídos em seu texto”. (SLAWINSKI, op. cit., p. 170).

17. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33 et seq.

pouco, o excessivo teor patrimonialista, e relativizando-lhes, progressivamente, o destacado acento formal. [...] Há uma clara passagem, nos dias que correm, do técnico ao ético. A beleza formal das construções conceituais, patrimônio indiscutível da pandectística, teve seu espaço e importância, mas seria francamente despropositado que nós, ainda hoje, nos detivéssemos a discutir filigranas formais e não conteúdos materiais. O direito não perdeu sua dimensão técnica. Apenas acrescentou, a ela, outras dimensões, de maior importância”¹⁸.

E hoje já se encontra, no sistema brasileiro, previsão expressa da boa-fé objetiva, na legislação civil, mais precisamente nos arts. 113, 187 e 422¹⁹, do Código Civil de 2002. Positivou-se na condição de preceito que norteia as relações jurídicas obrigacionais em geral, resguardando a ética e a probidade no contexto social²⁰.

2.2. As funções da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva assume, no ordenamento jurídico, três funções basilares²¹. São elas:

- i) *função instituidora de deveres*: que estabelece para os sujeitos da relações obrigacional deveres jurídicos anexos e acessórios de lealdade, informação, cooperação, segurança, dentre outros (art. 422, CC/2002);
- ii) *função restritiva*: que delimita o exercício de seus direitos, coibindo condutas abusivas (ex.: cláusulas leoninas) (art. 187, CC/2002) ou a imposição de exigências desarrazoadas para uma das partes.

18. A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea: uma nova teoria contratual?. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de (coord.) *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 256.

19. A boa-fé objetiva de que fala o art. 422 do novo Código civil brasileiro é a mesma que já se previa no §242 do BGB e no art. 1.337 do Código italiano. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 15; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411).

20. Antes do advento do CC/2002, os tribunais brasileiros manifestavam a tendência de aplicar a boa-fé objetiva, tão-somente, nas relações desequilibradas, no intuito de proteger o hipossuficiente. Isso ocorria na esfera consumerista e cível. O CC/2002, ao consagrar expressamente a máxima em seu art. 422, corrigiu esse equívoco jurisprudencial, deixando claro que a máxima se aplica a todos os tipos de relação obrigacional, sejam elas paritárias ou não (THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33-35 et seq.). Em que pese uma das funções da boa-fé objetiva ser, exatamente, de reequilibrar as partes do negócio, não é esse seu papel exclusivo ou principal.

21. Todas elas apontadas pela doutrina germânica (máxime Fraz Wieacker) e incorporadas pela doutrina brasileira (Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35).

iii) *função interpretativa*: que atua como referencial na interpretação e col-matação dos negócios jurídicos, para que o operador do direito confira a eles sentido ético e socialmente útil (art. 113, CC/2002)²².

Doutrina abalizada sugere, com muita propriedade, a redução desta tríplice função a uma *dupla função*: ao lado da *função interpretativa*, a boa-fé teria, tão-somente, uma *função instituidora de deveres*, que já implicaria, em si mesma, a limitação do exercício de direitos (a função restritiva). Isso porque “estes deveres anexos [...] se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato”²³.

No contexto de processos de formação e execução do negócio jurídico, a função instituidora de deveres (que atuam de forma positiva e negativa) assume importância fundamental. E é sobre ela que se discorrerá.

Toda relação obrigacional, ao lado do dever principal avençado²⁴ – de fazer, não-fazer, dar etc –, tem por conteúdo deveres laterais e anexos para as partes²⁵⁻²⁶.

22. “Em comum, estas três funções atribuídas à boa-fé compartilham uma mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo (e não de perseguição egoísta da satisfação individual)”. (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119).

23. Cf. TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 37.

24. Relembra-se, como dito em capítulo anterior, que, ao lado do dever principal de prestação, subsistem, ainda, os deveres secundários acessórios e os deveres secundários como prestação autônoma (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 437 – 439).

25. E aqui que se encontra uma linha divisória entre a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade, segundo Couto e Silva: “Constituindo a boa fé conceito dinâmico, não é possível perceber todas as suas virtualidades, mas apenas estabelecer a linha divisória entre o seu campo e o da autonomia da vontade.

A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada.

Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados a deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.

A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa fé e da proteção jurídica dos interesses” (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 36- 37).

Também assim, Jorge Ferreira da Silva (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54).

26. São também chamados de “deveres instrumentais”, de forma a enfatizar “a sua serventia como meio para garantir a consecução do fim do contrato” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150).

Alguns podem constar expressamente em lei ou nas cláusulas negociais. Outros, ainda que não previstos na lei ou no negócio, podem ser extraídos diretamente da regra da boa-fé objetiva,²⁷ por estarem nela implícitos, “invisíveis”²⁸⁻²⁹.

Inviável é apresentar uma lista taxativa de todos esses deveres. Mas é possível, com base em doutrina e jurisprudência atuais, agrupá-los em duas categorias: i) dos deveres instrumentais positivos; ii) e dos deveres de proteção, que visam a resguardar o indivíduo de riscos de prejuízos a sua pessoa ou patrimônio, revestindo-se, pois, de caráter negativo³⁰⁻³¹.

São exemplos de ambas as categorias, os deveres de lealdade, confiança recíproca, cooperação, cuidado, previdência, segurança, informação, do sigilo e segredo, em certos casos.

De relevo comentar brevemente os deveres instrumentais mais comuns, mais citados, bem como aqueles mais desrespeitados no dia-a-dia negocial: lealdade, cooperação e informação.

27. *Ibidem*, loc. cit.

28. Termo utilizado por Pamplona e Stolze (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 80).

29. Menezes Cordeiro, em uma das obras mais representativas sobre o tema, identifica a origem histórica destes deveres acessórios na identificação da relação obrigacional como uma relação complexa, bem como na idéia de violação positiva do contrato.

Em páginas anteriores, o autor faz ampla exposição da gênese da violação positiva do contrato, e traz um desfecho no qual demonstra seu interesse e atualidade: “Num prisma dogmático actual, a violação positiva do contrato, sendo, de modo predominante, um conceito descritivo a obter pela negativa, compreende um âmbito não coincidente com o dos deveres acessórios. Deve considerar-se como integrando hipóteses de violação positiva do contrato, os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilitação de prestações secundárias e de violação dos deveres acessórios (...) Nela, a boa fé é chamada a depor em vários níveis: no campo da determinação das prestações secundárias e da delimitação da própria prestação principal, ela age sobre as fontes, como instrumento de interpretação e integração; no dos deveres acessórios, ela tem um papel dominante em sua gênese” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 602).

30. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 40-41; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38- 39. Desenvolvendo mais a classificação, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 208 et seq. Judith Martins-Costa, a propósito, traz um rol extenso de tais deveres (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 439).

31. Menezes Cordeiro traz uma classificação tripartida, que lhe parece mais satisfatória, falando em: i) deveres acessórios de proteção, que têm o caráter negativo acima referido por Frada e Judith Martins-Costa, porquanto imponham que as partes não provoquem danos recíprocos à sua pessoa e patrimônio; ii) deveres acessórios de esclarecimento, que exigem que as partes se mantenham mutuamente informadas de todos os aspectos do vínculo contratual; iii) e deveres acessórios de lealdade, que parecem ter caráter positivo e negativo, determinando que as partes se abstenham de adotar condutas que frustrem os fins do negócio ou desequilibrem suas prestações. (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 604-606).

Ser leal é agir conforme as expectativas legitimamente despertadas. É agir conforme a vontade manifestada. É ser fiel às promessas feitas, à palavra empenhada, às obrigações assumidas, honrando-as probamente.

A *lealdade* revela-se, enfim, em uma exigência de transparência, de veracidade, de coerência entre o que se diz e o que se faz (ou não se faz). São bons exemplos o dever de não-concorrência, de não-celebração de outros contratos incompatíveis, de segredo de dados obtidos nas tratativas contratuais, cuja revelação seja prejudicial etc.³².

Na sociedade atual, segundo Cláudia Lima Marques, os mecanismos de interação e comunicação no tráfico jurídico, que deveriam instaurar uma relação de confiança e fidúcia básica entre os indivíduos, são insuficientes e geram uma “crise de confiança”. Vive-se em uma sociedade pragmática e “a-valorativa”, diz, em que cabe imaginar que, para o empresário (ou o civil), nas diferentes formas de transação, causar danos pode ser um bom negócio. Desconfia-se do direito, dos seus instrumentos, e de suas instituições (como o contrato), que são tidos por ineficazes para assegurar o atendimento às expectativas justas³³.

Nesse contexto, existem autores que consideram a confiança um princípio contratual autônomo, ao lado da boa-fé. Seria um eixo central de condutas, do qual se retiram responsabilidades específicas. Mas não deixam de reconhecer que boa-fé e confiança estão intrinsecamente ligados; enquanto a boa-fé é “pensar no outro”, a confiança é “considerar os interesses legítimos do outro”. Confiar “é acreditar, é manter, com fé e fidelidade, a conduta e o contrato”³⁴. Seria, assim, um novo paradigma que visa proliferar o conteúdo do contrato de acordo com a confiança e expectativa despertada.

Assim, Cláudia Lima Marques³⁵ confronta a confiança e a boa-fé como exigências que caminham juntas (dialogando), com propostas afins, mas distintas. Destaca a importância da confiança em tempos atuais, de pós-modernidade, fase em que a aparência, aquilo que é visual, está em voga, em que tudo é muito rápido, sem controle (ou quase sem) e difícil de entender para o leigo – sobretudo o consumidor –, e em que está instaurada a chamada “crise de confiança”: “Essa

32. Cf. MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 607.

33. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise confiança ou crescimento do contrato? In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 -37.

34. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise confiança ou crescimento do contrato? In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

35. MARQUES, op. cit., p. 46 ss.

confiança é um paradigma mais visual (relembre-se da teoria da aparência no direito comercial e civil), menos valorativo ou ético das condutas (do que a boa-fé), é um paradigma voltado para as percepções coletivas e para o resultado fático da conduta de um agente (relembre-se aqui a teoria da confiança como declaração que cria expectativas legítimas em um grupo, ao qual deve ser mantida). Parece-me um paradigma mais adaptado aos novos tempos visuais (valorando a aparência e o resultado fático do dano), tempos rápidos em seus atos e efeitos (delitos e contratos), e em que os controles estão cada vez mais fracos, o déficit informacional dos consumidores cada vez mais profundo e os desafios de reequilíbrio das relações de consumo cada vez maiores³⁶.

Os deveres de *informação* e *esclarecimento* impelem as partes ao diálogo. Demandam que se comuniquem, informando-se mutuamente todas as características e circunstâncias do negócio, para que não sejam futuramente surpreendidas com estorvos e intempéries – das quais poderiam ter sido previamente alertadas –, que prejudiquem a formação e o cumprimento da obrigação. “São, portanto, deveres que visam a permitir que as partes tenham, na medida do possível, a exata dimensão das condicionalidades específicas da relação, podendo com isso melhor projetar seus próprios futuros”³⁷.

E os deveres de *cooperação* e *assistência* exigem, enfim, que as partes colaborem para o regular cumprimento do contrato, e, em contrapartida, não o embarcem ou dificultem.

Os deveres anexos, instrumentais, que se impõem, também, de forma negativa (sobretudo a lealdade), vêm limitar o exercício de direitos oriundos do contrato ou da lei – o que seria, para muitos, a chamada função restritiva de direitos da boa-fé.

Manifesta-se, essa função limitadora da boa-fé, em inúmeros institutos civilistas. É o caso do *venire contra factum proprium* e do *tu quoque*, institutos decorrentes da teoria dos atos próprios.

A teoria dos atos próprios demanda que o contratante adote uma linha uniforme de comportamento, rechaçando condutas dúplices e opostas que confundam e surpreendam a outra parte. Não tolera que a parte se volte contra seus próprios

36. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise confiança ou crescimento do contrato? In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46 ss.

37. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115-116.

atos, coibindo comportamentos contraditórios, que quebrem a confiança reinante na relação negocial³⁸.

O *venire contra factum proprium* é uma exigência de congruência comportamental da parte, que não pode surpreender a outra, valendo-se de uma postura discrepante, divergente, oposta à anteriormente assumida. Essa conduta dissonante apanha de improviso, furtivamente, por fugir da linha comportamental até então adotada. Daí configurar-se a quebra da confiança, com a frustração das expectativas geradas na contraparte.

Mas não é qualquer incoerência postural que se enquadra como *venire contra factum proprium*; “[...] o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída”³⁹.

Finalmente, trata-se de instituto que, para se configurar, “postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”^{40,41}.

Diferente é o *tu quoque*. Veda que aquele que desrespeitou as regras convencionais ou legais, contraditoriamente, venha a reclamar que o outro as cumpra. Aquele que incorreu em ilicitude não pode esperar ou exigir licitude do outro. Percebe-se, assim, que o *tu quoque* contém regra muito semelhante à exceção do contrato não cumprido⁴².

Fazendo um contraponto entre essas categorias afins, percebe-se que o *tu quoque* e o *venire contra factum proprium* aproximam-se por impor coerência na atitude da parte, e extremam-se pela sua incidência subjetiva e pelo seu caráter positivo/negativo. Enquanto o *venire contra factum proprium* é exigência

38. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142-143; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

39. *Ibidem*, p. 146-147.

40. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. . *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 745.

41. Menezes Cordeiro refere-se a duas modalidades de *venire contra factum proprium*: i) o comportamento contraditório comissivo, “quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique”; ii) e o comportamento contraditório omissivo, “quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue” (*Ibidem*, p. 745).

42. Conferir, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142-143.

de que a própria parte que agiu bem, lícitamente, mantenha uma linha uniforme de comportamento, com uma conduta positiva de coerência; o *tu quoque* é a exigência de que a parte que agiu mal, ilícitamente, adote uma conduta negativa de coerência não postulando que a outra assumira conduta diversa – espera-se uma atitude coerente da parte em relação a contraparte.

Outros institutos desempenham, também, uma função limitadora do exercício de direitos, tais como: o abuso da invocação da exceção do contrato não cumprido; a exigibilidade de um direito que não foi exercido por um bom tempo pelo seu titular, gerando expectativa na contraparte de que não mais o seria (a chamada *supressio*, art. 330, CC/2002); o exercício do direito de resolução contratual, quando a contraparte já adimpliu substancialmente sua prestação, dentre outros⁴³.

Não convém, contudo, aprofundar em todos eles, o que fugiria ao propósito do presente trabalho. Encerra-se, assim, esse breve panorama dos principais deveres acessórios e laterais que emanam da boa-fé objetiva⁴⁴.

3. APLICAÇÃO ÀS DIFERENTES FASES DO NEGÓCIO: NASCIMENTO, CONCLUSÃO E ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO

É de ressaltar que o atendimento a todos esses deveres (positivos e negativos) impõe-se em todo e qualquer momento do fenômeno negocial: na formação, na conclusão e na execução do negócio e, inclusive, na fase pós-contratual. Mas o legislador brasileiro não foi claro o bastante.

O art. 422, CC/2002, dispõe que os contratantes devem agir de acordo com os princípios da boa-fé e da probidade na *conclusão* e *execução* do contrato. No

43. Cf. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40-41; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142 et seq.

44. Caracteriza, a todos, o fato de serem regras de conduta imputadas a ambas as partes, credor e devedor, (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 593), em todo e qualquer tipo de vínculo obrigacional, sendo sua incidência mais facilmente identificável nas relações duradouras. “Podem existir em qualquer espécie de obrigação, mas é claramente mais visível a sua presença nas relações obrigacionais duradouras, onde, em razão do largo tempo no qual a relação se desenvolve, aumentam as possibilidades concretas para seu surgimento, bem como se revela uma maior intensidade no elo de confiança que se estabelece entre as partes. É preciso observar que grande parte dos contratos nos dias atuais apresenta esta característica [...]. Este é o caso dos contratos de conta-corrente, de cartão de crédito, de fornecimento de energia, de serviços telefônicos e de água, de planos de saúde, de seguro, havendo, ademais, outros não tão significativos ainda, como a televisão a cabo e os provedores de acesso à internet”. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 214). Trata-se de entendimento dantes encontrado na obra de VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. V. I. 9 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 129 et seq.

entanto, ao impor a observância das máximas citadas na conclusão do negócio, parece estar abarcando todo o processo necessário para sua formação (conclusão) e adimplemento – malgrado existam vozes dissonantes que entendem que o legislador não foi abrangente o suficiente⁴⁵⁻⁴⁶.

A verdade é que basta que se interprete de forma ampliativa o dispositivo citado e conforme os ditames constitucionais da solidariedade social, dignidade da pessoa humana, e igualdade substancial, para que se conclua que ele incide em todas as fases de desenvolvimento do liame obrigacional, inclusive nas fases pré e pós-contratual⁴⁷.

Trata-se de entendimento já consagrado na Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2002, em Brasília, e registrado na Conclusão n. 25,⁴⁸ e adotado

45. Alguns entendem que o legislador falhou ao prever a incidência do princípio tão-somente na conclusão e execução do negócio, pois deve incidir nas fases pré e pós-contratual. A redação do dispositivo teria sido insuficiente, dizem. Assim, MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. O princípio contratual da boa fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2006, v. 25, p.90; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88; AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09,. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan 2007; LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 39; THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11.

Regis Fichtner Pereira e Carlyle Popp, antes mesmo do advento do CC/2002, já defendiam sua incidência no momento pré-contratual (PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53 e 88; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 134 ss.).

Mas já existe um projeto de lei elaborado no intuito de melhorar a regra (art. 422). O Projeto Flúza n. 6.960 de 2002 propõe que passe a ter a seguinte redação: “Os contraentes são obrigados a guardar assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

46. Note-se que a legislação consumerista é mais avançada neste particular, pois prevê expressamente a incidência de deveres de informação, clareza, lealdade no momento pré e pós-contratual, como se vê nos arts. 30, 40 e 46. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 20-21). Célia Slawinski aponta dois dispositivos no CDC, que tratam de responsabilidade pós-contratual: o art. 10, §1.º, que estabelece o dever do fabricante realizar aviso público de fatos no produto que possam prejudicar o consumidor; art. 32, que trazem o dever do fabricante de ter peças de reposição de produtos já vendidos (SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva*. O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.141-143).

47. Cf. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 625 et seq; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 100 ss. e 928 et seq.

48. “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

no nível transnacional, na compilação de princípios contratuais comerciais internacionais da UNIDROIT⁴⁹.

Sobre a sua aplicação no momento pós-contratual, cabem algumas palavras. Independentemente de qualquer previsão legal ou jurisprudencial, muito antes do CC/2002 e do CDC, Couto e Silva já defendia que tais deveres anexos deveriam perdurar até mesmo após o adimplemento da obrigação principal. São os chamados deveres independentes: aqueles que dependem da obrigação principal para o seu nascimento, mas podendo perdurar mesmo depois do adimplemento. Seria o caso, exemplifica, do sócio que deixa a sociedade e permanece com o dever de não prejudicar as atividades da sociedade de que participou, “revelando circunstâncias que só podia conhecer em razão da sua qualidade de sócio”. É a situação, ainda, dos médicos e advogado que, mesmo depois de prestado o serviço, devem manter o sigilo profissional⁵⁰.

Em realidade, já na fase de constituição do negócio jurídico, marcada por tratativas preliminares, propostas, contrapropostas, devem ser observados os deveres éticos inerentes à máxima da boa-fé⁵¹. O processo de formação do negócio deve ser, pois, dialógico e cooperativo, impondo-se às partes o dever de informação, lealdade, confiança, sigilo etc, e coibindo-se os abusos nas negociações e no estabelecimento de cláusulas do negócio⁵²⁻⁵³.

-
49. SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva*. O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 141-143.
50. SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 118-119. Antônio Junqueira de Azevedo, reconhecendo a necessidade de respeito à boa-fé na fase pós-contratual, traz excelentes exemplos, que dignos de consulta (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09,. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan 2007, p. 04).
51. Karina Fritz faz uma boa análise dos primeiros sinais de reconhecimento de deveres pré-contratuais na jurisprudência alemã (FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, n.29, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 223).
52. Cf. AZEVEDO, op. cit.; VICENZI, Marcelo. A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 425 ss. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 88; MORI, Igor. *A Responsabilidade Pré-contratual pela Quebra dos Deveres Acessórios*: Admissibilidade no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7598&p=6>. Acesso em: 24 jan 2007. Pontes de Miranda e Von Tuhr reconhecem que na fase pré-contratual é possível que uma das partes seja responsabilizada por conceder informações errôneas ou gerar confiança indevida, por exemplo. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 436-437; TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999, p. 142-143).
53. Carlos Alberto Mota Pinto menciona o art. 227.º, do Código Português, que determina a incidência do princípio da boa-fé, tomado num sentido ético, tanto na fase negociatória (tratativas preliminares), quanto

A concepção de obrigação como processo, que deita suas raízes na teoria sociológica do contato social, explica as razões da imputação de deveres jurídicos quando ainda sequer foi aperfeiçoada a relação contratual⁵⁴.

De acordo com a tese, existem diferentes graus de contatos sociais, desde os mais próximos aos mais distantes, variando-se entre tais extremos. E o ordenamento jurídico dá tratamento diversificado a tais contatos (relações), a depender do nível de estreitamento do vínculo: quanto mais forte e estreito o vínculo (ex.: um contrato), mais intensos são os deveres impostos às partes envolvidas; quanto mais fraco e remoto o vínculo (ex.: quando simplesmente convive-se na mesma sociedade), mais brandos, senão inexistentes, são os deveres a elas imputados⁵⁵.

Note-se, contudo, que existem situações intermediárias (“contatos especiais”). É o caso das tratativas e negociações preliminares, que se caracterizam pelo estabelecimento de um vínculo de intensidade considerável, porquanto mantêm as partes negociantes laços visíveis e relativamente próximos. E essas ligações revelam riscos de prejuízos e lesões às respectivas esferas de direitos, e, por isso, devem ser tuteladas pelo ordenamento jurídico. Impõe-se, assim, o respeito a deveres recíprocos de boa-fé, reduzindo ao máximo os perigos de danos existentes.

É daí que decorre a chamada responsabilidade civil pré-contratual.

na fase decisória (proposta e aceitação) do contrato. Assevera o autor que: “O dano a ser ressarcido pela responsabilidade pré-contratual é o chamado dano da confiança, resultante de lesão do interesse contratual negativo. Quer dizer: deve colocar-se o lesado na situação em que estaria, se não tem chegado a depositar uma confiança, afinal frustrada, na celebração dum contrato válido e eficaz. Coisa diversa seria a reparação do interesse contratual positivo, que consistiria em colocar as coisas na situação correspondente ao cumprimento de um contrato válido” (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 443-444).

54. Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 397 a 403; SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 89- 90; FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, n.29, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 220. Ruy Rosado de Aguiar Jr. parece ter adotado a concepção (Cf. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26 e 27)
55. Judith Martins-Costa assevera que o declínio do voluntarismo viabilizou novas leituras da relação obrigacional, admitindo que advenha não só da vontade (ex.: contrato) ou da lei (delito), mas, igualmente, de atos existenciais – que se manifestam por “condutas socialmente típicas”, que independem do elemento volitivo. Por independem da vontade, os atos existenciais têm natureza jurídica de ato-fato, diz, e, não, de negócio – malgrado gerem efeitos negociais típicos. É o caso do menor incapaz que compra um lanche na escola, do ato de estacionar um veículo no shopping ou, ainda, daquele desencadeador de responsabilidade civil objetiva. E conclui, a autora, que a boa-fé objetiva impõe deveres instrumentais também para relações advindas de atos existenciais, ainda que despidos de voluntarismo (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 397 a 408).

Não são poucos os doutrinadores e julgados que reconhecem a existência dessa fase de gênese do negócio, informada por mandamentos de boa-fé objetiva, que, descumpridos, impõe a responsabilidade civil pré-contratual⁵⁶⁻⁵⁷.

56. Tais como PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina. 2003. p. 350 et seq.; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 50-51; SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 89-90; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39; AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09, Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan 2007. p. 03; GOMES, Orlando. *Contratos*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 61; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 267 et seq.; FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, n.29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 220; GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado*, n.26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 34 et seq.; VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, Rio de Janeiro: Padma Ltda., 2004, p. 03 et seq.; RUSSO JR., Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual*. Salvador: Jus Podivm, 2006. p. 41-44; CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 142 et seq.; SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 159; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25 a 27.
57. A propósito, Igor Mori esmera-se ao coletar julgados paradigmáticos que reconheceram – ou ao menos cogitaram – a incidência do princípio na fase pré-contratual ao longo da história de nossos tribunais, comentando-os: “O primeiro dos casos que vale destacar refere-se a fato levado aos nossos tribunais já no ano de 1959, cuja ementa segue abaixo transcrita: ‘RESPONSABILIDADE CIVIL. Ato ilícito. Inexistência. Artista convidada a participar do elenco de certo filme. Contrato que não chegou a ser concluído. Pretendida indenização pelos gastos que teria tido com preparativo de vestuário. Lucros cessantes. Inadmissibilidade. Ação improcedente’ [Ap. Civ. 29.193, Tribunal de Apelação de São Paulo, rel. Juiz Tácito M. de Góes Nobre, j. em 20.05.59. São Paulo: RT, v. 289, ano 48, nov/1959, p. 630-633].[...] A decisão não reconheceu a possibilidade de indenização por inadimplemento contratual, tampouco a existência de culpa *stricto sensu*, uma vez que segundo o raciocínio expendido pelo relator do caso, não ocorreria qualquer ato ilícito. Vê-se assim, que sua tese foi mal fundamentada, uma vez que em verdade não se tratava de mero ressarcimento por gastos realizados, mas sim de negociação preliminar com natureza contratual, não havendo portanto nenhum motivo a justificar a ruptura posterior do acordo. [...] Provavelmente influenciado pela experiência havida a partir do julgado anterior, no mesmo ano de 1959, questão envolvendo a responsabilidade pré-contratual chegou à apreciação do STF em acórdão da lavra do Min. Villas Boas, cuja ementa se vê a seguir: ‘CULPA IN CONTRAHENDO. CONCEITO. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado “interesse negativo.” Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos. [RE 43.951/SP, Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Villas Boas, j. em 22.12.59. Disponível em: . Acesso em: 25 ago. 2003]. Nesta decisão vê-se, pela primeira vez, que a delimitação do *quantum* indenizatório refere-se apenas ao *interesse negativo*, de que já tratamos em momento anterior. Apenas lembrando o que já dissemos, por meio dele deve-se entender não como o direito ao cumprimento do contrato, mas tão somente o de não ter o seu patrimônio diminuído por gastos inúteis quanto à um negócio que não irá se realizar. Daí em diante houve diversos outros julgados envolvendo este assunto (MORI, Igor. *A Responsabilidade Pré-contratual pela Quebra dos Deveres Acessórios*: Admissibilidade no Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7598&p=6>>. Acesso em: 24 jan 2007).

Afinal, as tratativas não são procedimentos totalmente arbitrários, nos quais as declarações são irresponsáveis, egoístas, despidas de força jurídica. As partes em negociação podem ser responsabilizadas juridicamente pelo que dizem, fazem e prometem. É possível, sim, que uma manifestação de vontade vincule, sobretudo, quando é gerada a confiança e expectativa legítima na contraparte de efetiva realização do negócio.

Se uma das partes rompe subitamente o liame contratual que vinham gradualmente atando, sem justo motivo, e isso gera prejuízos para a outra, deverá indenizá-la: “Esta indenização não corresponde ao valor dos lucros que a parte teria se o contrato tivesse sido concluído, porque concluído não foi e, assim, não poderia ser levado em consideração. A indenização é devida pelo ato ilícito, levando-se em conta os danos decorrentes da interrupção, desmotivada, das tratativas: passagens aéreas, despesas com hotel, divulgação de material, protótipos, maquetes, eventualmente a perda de outros negócios”⁵⁸⁻⁵⁹.

Outros exemplos de condutas retas e probas, exigidas na fase de formação do negócio, podem ser enumerados: i) deve atuar com lealdade e probidade o proponente ao expor para o oblato as vantagens e desvantagens de adquirir o seu produto, fornecendo-lhe informações claras, corretas e precisas; ii) deve ser fiel e correto o proponente comunicando ao oblato eventuais dificuldades que tenham

58. MACHADO, Marcello Lavenère. Formação dos Contratos: Comentários aos artigos 427 a 435 do Código Civil. In: LÓBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 85

59. Antonio Junqueira de Azevedo traz e analisa casos clássicos e ilustrativos de sua aplicabilidade: “Cito um caso entre a Cica e plantadores de tomate, no Rio Grande do Sul, no qual, em pelo menos 4 acórdãos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que a Companhia Cica havia criado expectativas nos possíveis contratantes – pequenos agricultores –, ao distribuir sementes para que plantassem tomates e, depois, errou ao se recusar a comprar a safra dos tomates. Houve, então, prejuízo dos pequenos agricultores, baseado na confiança despertada antes do contrato, fase pré-contratual. Logo, o caso do art. 421 deveria também falar em responsabilidade pré-contratual ou extensão do comportamento de boa-fé na fase pré-contratual. Faço um parêntese para exemplificar, transformando em hipótese o que li nos jornais de hoje sobre o caso da Ford com o Governador do Rio Grande do Sul. A Ford, durante os dois anos em que teria procurado montar a sua indústria, certamente teve muitos gastos e, de repente, o negócio não teria sido efetivado. O problema da responsabilidade pré-contratual é justamente esse, qual seja, o dos gastos que se fazem antes do contrato e quando há a ruptura. Se essa hipótese da Ford for pré-contratual – no caso, suponho ter havido algum contrato anterior – mas se não houvesse, e se fosse apenas um problema de negociações, antes de qualquer efetivação do negócio, haveria dois pressupostos da responsabilidade pré-contratual: a confiança na realização do futuro negócio e o investimento na confiança. Faltariam, talvez, outros dois pressupostos: o de poder atribuir uma justificação à confiança que alguém teve e, em segundo lugar, o de que essa confiança tenha sido causada pela outra parte. Assim, poderíamos duvidar se o Governador chegou a criar essa confiança e, portanto, provocou a despesa da indústria; e, ainda, se a indústria não confiou demais e assim por diante. São problemas em aberto, mas de qualquer maneira, o meu primeiro ponto sobre a responsabilidade pré-contratual é que há uma omissão do Projeto de Código Civil, no artigo em causa”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan 2007, p. 03).

surgido para o regular selamento do negócio; iii) deve a empresa, ao anunciar seu produto ou seu serviço, ser fidedigna às suas qualidades, evitando a publicidade enganosa; iv) dados confidenciais obtidos enquanto encetadas as negociações não podem ser repassados onerosa ou gratuitamente a terceiros ou ser utilizados para fazer uma concorrência desleal.

Há que se falar, ainda, da incidência da boa-fé objetiva na fase de execução do negócio. Também no curso da efetivação do negócio impera a exigência da boa-fé objetiva. Devidamente firmado o negócio, é vedado à parte adotar posturas desconformes com a lealdade e cooperatividade, tais como: selar contratos com ele incompatíveis, gerar incidentes que impeçam seu adimplemento para provocar o desejo de distrato na outra parte, ocultar informação decisiva para o perfeito adimplemento da prestação da contraparte, fazer concorrência desleal, dentre outros.

Mas interessa, nesta fase de cumprimento do negócio, uma situação mais específica, a do chamado “adimplemento restritivo”, que redundará na imposição de privação patrimonial a uma das partes. Dá-se quando uma das partes, em posição de primazia contratual, vendo-se diante do inadimplemento da outra, em posição de vulnerabilidade jurídica, pretende impor alguma restrição convencional aos seus direitos (ex.: cláusula penal, multa, resolução ou sanção de qualquer natureza). É o caso do condomínio que pretende sancionar o condômino por violação da convenção condominial; ou do clube social, cooperativa ou associação que tenciona castigar o associado por alguma violação estatutária.

Para que seja possível infligir essa punição contratual restritiva de direitos é necessário que seja garantido à parte potencialmente prejudicada um processo prévio, com garantias mínimas, como o contraditório e a ampla defesa, respeitando-se, inclusive, a boa-fé objetiva. Deve ser ouvido em tempo de influenciar no convencimento da contraparte, não deve ser privado de nenhuma informação, dado ou documento relativo à sua situação (ex.: portarias internas, atas de assembleias condominiais, depoimentos/relatos de seus pares aí registrados etc.), deve ser beneficiado com a *supressio* do poder de punir da contraparte, se não exercido em um tempo razoável, dentre outros.

Deve instaurar-se, pois, um processo dialógico, leal e cooperativo, para que se alcance o fim desejado: o perfeito adimplemento do contrato e/ou a justa apuração da falta convencional com as conseqüências cabíveis, sendo que a decisão daí resultante, acaso conclua pelo descumprimento da avença e pela necessidade de imposição de sanção convencional, deve ser, como já dito, equilibrada e razoável⁶⁰.

60. Sobre o tema, conferir outra obra da autora, onde o objeto desse artigo também é abordado: BRAGA, P. S. Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Particulares. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

4. EQUIDADE OU EQUIVALÊNCIA MATERIAL

A equidade, também chamada de equivalência material, visa a preservar o equilíbrio efetivo entre os direitos e deveres inerentes ao contrato. Busca garantir uma boa proporção e harmonia no sinalagma contratual.

Essa preocupação existe em todas as fases do negócio, inclusive no seu processo de formação e de execução. O negócio deve ser construído, firmado, e cumprido de forma equilibrada, moderada e paritária, “seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis”⁶¹⁻⁶². Um negócio para ser bom, deve ser bom para todos os envolvidos.

As disposições pactuadas não devem promover o enriquecimento indevido de uma das partes à custa da ruína da outra; não devem ser excessivamente benéficas para uma e onerosas para outra. Ao revés. Devem ser justas, equânimes, proporcionais. “O princípio *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas”⁶³.

Que fique claro: o que se quer não é uma equivalência absoluta de prestações, mas, sim, um equilíbrio proporcional e equitativo, evitando-se desproporções aberrantes entre elas⁶⁴. E isso só pode ser obtido, de forma justa, com um balançamento circunstancial e sensato, feito em cada situação específica e concreta. Deve-se ir além da igualdade (tratamento substancialmente paritário) para assegurar-se equidade (que agrega a serenidade e harmonia neste trato), tal como expõe

61. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 18.

62. “Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou excessiva discrepância entre as obrigações assumidas, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 169).

63. LÔBO, op. cit., loc. cit.

64. SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 312-314.

E isso só se faz à luz do caso concreto, tal como pontua José Oliveira de Ascensão sobre a equidade contratual: “A equidade é, na definição clássica nunca superada, a justiça do caso concreto. Só a análise das circunstâncias do caso concreto permite chegar à solução justa. (...) Vemos que desta sorte se não infirma, antes se confirma, que a questão respeita à justiça do conteúdo. É de justiça que se trata; mas de justiça do caso concreto, portanto de equidade” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2006, v.25, p.112/113).

Cláudia Lima Marques, com base na melhor doutrina francesa: “tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com equilíbrio e calma, é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto!”⁶⁵. Afigura-se presente, na sua doutrina, uma exigência de razoabilidade.

No âmbito consumerista, a máxima conta com previsão normativa expressa. O Código de Defesa do Consumidor, nos seus arts. 4º, III, c/c 51, IV, dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade. Devem ser conforme a equidade e, portanto, justas, éguas e equilibradas.

Verdade seja dita: para que haja equilíbrio contratual, pressupõe-se a existência de boa-fé, antes, durante e depois da conclusão do contrato. Não foi por acaso que a exigência de equidade sucedeu à de boa-fé na redação legal do CDC (arts. 4.o, III, c/c 51, IV)⁶⁶.

O Código Civil de 2002 não foi de todo omissivo. Encontram-se dispositivos, tal com os arts. 423 e 424, que indiretamente adotam a exigência de equivalência contratual, tal como revela Paulo Luiz Netto Lobo: “No que toca ao princípio da equivalência material o Código incluiu, de modo indireto, nos dois importantes artigos que disciplinam o contrato de adesão (art. 423 e 424), ao estabelecer a interpretação mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*) e ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio (cláusula geral aberta, a ser preenchida pela mediação concretizadora do aplicador ou intérprete, caso a caso)”⁶⁷.

Já Humberto Theodoro Júnior diz ser o art. 478, CPC, a autêntica sede da paridade contratual no Código Civil de 2002⁶⁸⁻⁶⁹.

65. Para a autora, pós-moderno é o direito de ser diferente e ser respeitado em suas diferenças, com ponderação (MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise confiança ou crescimento do contrato? In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54-57).

66. Fazendo essa associação entre boa-fé e equidade, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116. Entendendo tratar-se de institutos distintos, AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24; SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 157.

67. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 15.

68. THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09.

69. Não se pode negar que a máxima teria, de fato, levado o legislador civil a proteger o contratante da *lesão* (art. 157, CC/2002) – que permite a anulabilidade do negócio por iniciativa daquele que o firmou por inexperiência ou necessidade urgente, contraindo uma prestação desproporcional e iníqua – e da *oneriosidade excessiva* (arts. 478 e 479, CC/2002) – que dá ensejo à revisão ou resolução do negócio quando um

Mas o fundamento normativo essencial do princípio encontra-se na Constituição Federal. É expressão dos princípios da igualdade substancial⁷⁰ e da proporcionalidade (devido processo legal substancial), que impõem que as relações contratuais sejam substancialmente justas e paritárias⁷¹.

De todas essas considerações, podem ser extraídas duas conclusões: i) em sendo a exigência de equidade inerente à máxima da boa-fé objetiva (art. 422, CC/2002), aplica-se, por essa via, a todos aqueles contratos regidos pelas normas cíveis, em que se constatem desequilíbrios substanciais; ii) e mais, necessário é que se vislumbre a exigência de equidade contratual como decorrência dos princípios constitucionais da igualdade substancial e da proporcionalidade/razoabilidade (devido processo legal substancial), para, também por isso, estendê-la à seara cível. Essencial é que se analise o Direito Civil sob a tão aclamada perspectiva constitucional.

Raquel Salles, nessa linha de intelecção, reflete sobre o tema, asseverando que: “O fato é que, embora o Código Civil não tenha chegado ao ponto alcançado pelo Código de Defesa do Consumidor, de certa forma revelou uma preocupação com o equilíbrio da relação obrigacional, mesmo quando os contratantes ocupem, em tese, posições de igualdade”. Desequilíbrios substanciais podem ocorrer até mesmo entre pessoas formalmente iguais, entre simples comerciantes, por exemplo. Um olhar mais atento permite encontrá-los (os desequilíbrios), muitas vezes, no âmago do negócio, ainda que velados sob suas estruturais formais ou simplesmente disfarçados em suas entrelinhas. Daí a necessidade reconhecida pela autora de vislumbrar uma unidade no sistema de regulamentação dos contratos – sem setorizar regras consumeristas e cíveis –, tomando como ponto de referência e fonte de valores (igualdade substancial, razoabilidade e boa-fé) a própria Constituição Federal⁷².

evento inesperado torna a prestação excessivamente despendiosa para uma das partes e a contraprestação sobremodo benéfica para a outra.

Segundo Teresa Negreiros, o ressurgimento do instituto lesão é um símbolo da valorização da equidade contratual e foi decisivo para que ela seja considerada um dos princípios basilares do direito contratual (NEGREIROS, op. cit., p. 169).

70. Cf. NEGREIROS, op. cit., p. 158-159; AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 207.

71. Com isso, naturalmente, o art. 127, CPC, que restringe o poder judicial de decidir com base no juízo de equidade às hipóteses em que há expressa autorização legal, perde sua eficácia. A Constituição se sobrepõe. E na jurisprudência já se encontram decisões arraigadas na equidade, independentemente de permissivo legal.

72. SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 331-332.

Também pregando a visão unificada dos sistemas consumerista e cível, Paulo Luiz Netto Lôbo, *in verbis*: “Os princípios sociais adotados aproximam, muito mais do que se imaginava, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. A tendência, portanto, é o desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos básicos”⁷³.

Mas os negócios substancialmente desiguais não devem ser assim, de pronto, eliminados, e fadados à completa ineficácia. O princípio da conservação dos negócios em termos equilibrados e proporcionais, somado às regras da boa-fé objetiva e equidade contratual, determinam a revisão dos ajustes contratuais inquinados por vícios desse estilo, tais como a onerosidade excessiva – que sobrevém já na fase execução do contrato – a lesão, e as cláusulas abusivas em geral – que são congênitas, já nascem com o contrato. Reexaminado o contrato e balanceados equanimemente seus termos, deve-se preservá-lo, mantê-lo vigente entre as partes contratantes⁷⁴.

Tudo isso pode ser visto sob outro ângulo⁷⁵.

A autonomia privada é poder que se atribui aos sujeitos de direito para livremente reger sua vida negocial, poder este reconhecido a nível constitucional – art. 5º, *caput*, XIII, XXII, XXX (liberdade, propriedade, herança, trabalho, dentre outros), art. 1º, IV, art. 170 (livre iniciativa), todos da CF. Materializa-se por meio da celebração de negócio jurídico, que é seu instrumento por excelência.

Mas a autodeterminação de um particular, na prática de ato negocial, não pode ser exercida de forma a ofender direito fundamental alheio, agredindo-o, aniquilando-o. Aclama-se, no ordenamento brasileiro, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais do próximo, o que limita o exercício de sua liberdade contratual.

Assim, se o conteúdo de um ato negocial é ofensivo aos bens jus fundamentais de uma das partes, sobretudo a dignidade da pessoa humana, observa-se uma tensão valorativa: de um lado, a autonomia privada, a liberdade de contratar; de outro, a

73. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 15.

74. SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 315- 316.

75. Para conferi-lo, DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

dignidade da pessoa humana e seus consectários. E esses valores em tensão devem ser ponderados, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, isto é do *substantial due process of law* (devido processo legal substancial).

Também sob essa perspectiva, o teor dos atos negociais deve ser substancialmente justo e correto⁷⁶. A liberdade negocial não deve ser exercida de forma abusiva, não pode ser pretexto para uma investida arbitrária contra direito fundamental do outro.

Segundo Marcelo Duque, “se a autonomia privada e a liberdade contratual são elementos constitutivos irrenunciáveis do Direito Privado, uma intervenção contra um contrato injusto ou desleal não significa o abandono desses elementos, mas sim uma necessidade para sua garantia e desenvolvimento, tanto sob a perspectiva do Direito Civil, quanto do Direito Constitucional”⁷⁷.

Mas a justiça e lealdade de um contrato é algo que deve ser aferido à luz das circunstâncias concretas que o envolve, tais como, o equilíbrio entre as partes, a vulnerabilidade (econômica, social, técnica, intelectual) de uma delas, a equivalência de prestações, a existência de violação a seus direitos e liberdades fundamentais, a disponibilidade dos bens em jogo, a natureza da relação jurídica travada, os seus efeitos para terceiros, o desempenho de sua função social, dentre outros. São dados como estes que poderão definir até onde a limitação à autonomia privada é legítima.

E alguns exemplos podem ser vistos na jurisprudência brasileira⁷⁸. Foi como se portou a Primeira Turma do STJ ao considerar abusivo, por afrontar a dignidade da pessoa humana, impor corte de serviço público essencial para cidadãos inadimplentes em razão de uma situação de necessidade e miserabilidade⁷⁹. Da mesma forma, quando entendeu prevalecer o direito do médico cooperado atender pacientes particulares (livre exercício da profissão), fora da cooperativa, sem que isso afrontasse os termos do seu estatuto (autonomia contratual)⁸⁰.

76. Essa exigência é mais facilmente vislumbrada nos negócios bilaterais e plurilaterais, mas também deve incidir, quando cabível, nos negócios unilaterais. É o caso do consentimento informado, analisado no capítulo derradeiro.

77. DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 134.

78. Bem analisado em DUQUE, op. cit., p. 127 ss.

79. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. *Recurso Especial n. 684442*, da 1.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 03 de fev de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=servi%E7o+p%FAblico+e+essencial+e+corte+e+dignidade&processo=684442&b=ACOR>. Acesso em: 10 jan 2008.

80. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. *Recurso Especial n. 261155*, da 2.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Rui Rosado de Aguiar. Brasília, 10 de mar de 2004. Disponível em: <

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2006, v.25.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09,. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan 2007.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994.
- FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, n.29, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. III. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado*, n.26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=261155&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 10 jan 2008.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.
- MACHADO, Marcello Lavenère. Formação dos Contratos: Comentários aos artigos 427 a 435 do Código Civil. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise confiança ou crescimento do contrato? In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. O princípio contratual da boa fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2006, v. 25.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MORI, Igor. *A Responsabilidade Pré-contratual pela Quebra dos Deveres Acessórios: Admissibilidade no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7598&p=6>>. Acesso em: 24 jan 2007.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005.
- PEIXOTO, Felipe. A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea: uma nova teoria contratual?. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de (coord). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.
- PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

- POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- RUSSO JR., Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual*. Salvador: Jus Podivm, 2006.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva. O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. V. I. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, Rio de Janeiro: Padma Ltda., 2004.
- VICENZI, Marcelo. A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: Cláudia Lima Marques (Coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIII

Blame it on the states: A comparative analysis of the American and the European State Action Doctrines

Eduardo Ferreira Jordão

The author is a Visiting Researcher at Yale Law School; PhD in Public Law candidate at the Universities of Paris (Panthéon-Sorbonne) and Rome (La Sapienza), in a joint degree. Master of Laws (LL.M) at the London School of Economics and Political Science (LSE), University of London; Master in Economic Law at the University of São Paulo (USP); Bachelor of Laws (LL.B) at the Federal University of Bahia (UFBA). This article corresponds to his final dissertation of his Master of Laws at the London School of Economics and Political Science. The author can be contacted through his email address: efjordao@terra.com.br

Abstract: This article discusses the relationship between public regulation of the economy and antitrust enforcement. It compares American and European State Action Doctrines.

Resumo: Este artigo discute a relação entre regulação pública da economia e aplicação do direito antitruste, comparando as “State Action Doctrine” vigentes na União Européia e nos Estados Unidos.

Summary: 1. Introduction – 2. The legality of the state action under federal/community competition rules: 2.1. The Case of the United States of America; 2.2. The Case of the European Union: 2.2.1. Violation of generic obligations: article 10 of the Treaty; 2.2.2. Violation of specific obligations: the article 86 of the Treaty; 2.3. The legality of the state action: what if Parker and Brown were European?; 2.4. An alternative: the test of legitimacy and proportionality of the state measure – 3. The consequences of the anticompetitive state measures to the undertakings: the limits of the state action defence: 3.1. The Case of the United States of America: 3.1.1. The required “clear articulation”; 3.1.2. The required “active supervision”; 3.1.3. The amplitude of the antitrust immunity in the United State; 3.2. The Case of the European Union; 3.3. The antitrust immunity: what if Parker and Brown were European? – 4. Conclusion – 5. Bibliography: 5.1. Books and Articles; 5.2. American Cases; 5.3. European Union Cases

1. INTRODUCTION

Traditionally, antitrust law¹ has been concerned almost exclusively with *private restraints* to competition. It is indeed mainly enforced against private agreements

1. The terms “competition law” and “antitrust law” will be used as equivalents in this dissertation.

or practices that have the effect of limiting competition. This fact is problematic, since the actions carried out by the State itself or by other public entities might produce harms of similar or higher degree. As Timothy Muris puts it, “*attempting to protect competition by focusing solely on private restraints is like trying to stop the flow of water at a fork in a stream by blocking only one of the channels. Unless you block both channels, you are not likely to even slow, much less stop, the flow. Eventually, all the water will flow toward the unblocked channel*”.²

Evidently, enforcing antitrust law exclusively against private restraints will produce the sole consequence of dictating the form by which competition will be restricted. Since private actions are blocked, the undertakings will have an incentive to restrict competition through the public path, by lobbying before public institutions so that *they* will pass anticompetitive regulations.³ Such a private-biased antitrust policy would thus be incomplete, formalistic and ineffective in its task of protecting competition.

In this dissertation, I will deal with one kind of public interference with the competitive process: the state regulation.⁴ For the reasons stated above, this issue clearly deserves further attention and study. The dissertation shall then discuss the relationship between public regulation of the economy and antitrust enforcement. Being this issue a large one, further limitation of the scope of our study is needed.

To start with, I decided that a comparative study would be interesting as a means to enhance the critical approach to the issue of the anticompetitive public regulation. The jurisdictions I chose to compare were the European and the American. Whereas in the United States the subject of our study is to some extent well developed, in the European Union the Courts and the commentators started to deal with it only recently.

Furthermore, it should be noticed that there are two kinds of conflict, depending on the source of the regulation.⁵ Considering the enforcement of antitrust law at

2. T. Muris, ‘State intervention/State Action: a U.S. perspective’, in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003) 518.

3. This is especially problematic because private lobbies are normally exempted from competition law, as they are understood as one of the expressions of Democracy. In the United States, such an idea has given rise to the so-called *Noerr-Pennington Doctrine*, about which some references may be found later in this dissertation. On the acceptance of such a doctrine in the European Union, see A. J. Vossestein, ‘Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition’ (2000) 37 CLMR 1390.

4. The other kind of such interference is the pursuit or termination of entrepreneurial activities by the State, as noticed by L. Gyselen, ‘Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard’ (1993) 19 ELRev Competition Checklist 55, para. II.

5. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial: as estruturas* (São Paulo: Malheiros, 2nd ed, 2002) 211.

the federal (US) or community (EU) level, the conflict with the public regulation can be *horizontal* or *vertical*. In the former case, the community/federal regulation is confronted with the community/federal antitrust enforcement. In the latter case, the regulation passed by the States of the American federation or the Member States of the European Union runs counter to the community/federal antitrust policy. I will focus here on the *vertical relationship* between public regulation of the economy and antitrust enforcement. It is within this context that the anticompetitive public regulation is better developed both in the United States and in the European Union. In the former jurisdiction, this issue corresponds to the “State Action Doctrine”. The concept has been imported to the European Union, in spite of the Courts’ reluctance to use it.

Such a limitation of the scope of the dissertation had to be undertaken so that the questions of public restraints to competition could be analyzed with some depth. There is an obvious trade-off between the will of the States to guarantee the fulfilment of some local interests and the goal of a competitive common market and the free-movement of goods and services.⁶ In many situations, particularly those related to the services of general economic interest, the local goals of universal and continuous services are hardly compatible with a free and competitive market. In other cases, the constraints can be a result of social or cultural values, e.g. the regulated labour market.⁷

I divided the issue in two basic problems. The first problem is related to the conditions under which a given state action is deemed legal or illegal before the federal/community competition rules. The second problem concerns the consequences of the anticompetitive regulation to the private actions that are carried out in conformity with it. Under some circumstances, state regulation might exempt from competition law actions that would otherwise be deemed contrary to it. Albeit connected, these two problems are of a different nature. And since the intention is to provide a comparison of the way in which two different jurisdictions regulate one issue, it is methodologically adequate to compare equivalent problems.

In this dissertation, these problems will be treated separately. First I shall deal with the conditions of the legality of the state regulation under federal/community competition rules (item 2). Then I will evaluate the conditions for the private exemption from competition law as a consequence of a state regulation (item 3). In the end of each section, I will propose some changes in the approaches of both

6. A. S. Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico* (Rio de Janeiro: Forense, 2003) 294.

7. P. Areeda, *Antitrust Analysis: material, text, cases* (Boston: Little, Brown and company, 1967) 12.

jurisdictions to the problem of the anticompetitive state regulation. Finally, I will terminate by reviewing the conclusions reached (item 4).

2. THE LEGALITY OF THE STATE ACTION UNDER FEDERAL/COMMUNITY COMPETITION RULES

In this section of the dissertation I shall deal with the question of the limits and conditions of the legality of the State Action under the community or federal antitrust law rules or principles. The core questions here are: (i) in which circumstances will the regulation passed by the States be deemed unlawful under competition rules and principles in force? (ii) Must the States take into account federal/community competition rules when regulating the economy? (iii) How do the former limit the latter? The answers are not equivalent in the American and European cases.

2.1. The Case of the United States of America

The first time the Supreme Court had to deal with the legality of a state regulation under federal competition rules was in *Parker v Brown*, in 1943. The State of California had authorized a Committee comprised almost entirely of raisin producers to fix the price of raisins and limit its production, establishing what was called a “state raisin cartel”. A California raisin producer called Brown sued Parker, who was the Director of Agriculture of the State of California and had permanent seat at the aforementioned Committee. In his suit, Brown alleged that this State regulation restrained competition among raisin producers, therefore violating the rules of the Sherman Act. The suit was dismissed on the grounds that Brown had sued an officer of the state, and not the state itself, which was the subject ultimately responsible for the program.⁸

Nevertheless, the suit would not have had a different outcome had it been filed against the State itself for enacting and enforcing a statute that runs counter to a federal law. The Supreme Court was clear in holding that the Sherman Act does not apply to acts by a state and does not prevent a state from imposing a restraint of trade, as an act of government.⁹ In fact, the Supreme Court went further stating that the Sherman Act does not prevent “activities directed by the legislature” and that it was never its intention to restrain the states sovereignty to establish

8. *Parker v Brown* (1943) 317 U.S. 351, 352. And also: “*The Sherman Act makes no mention of the state as such, and gives no hint that it was intended to restrain state action or official action directed by the state*”.

9. D. C. Hjeltnelt, *Antitrust and regulated industries* (New York: John Wiley & Sons, 1985) 275.

whatever policies they deem appropriated. In the Court's words: "*the state in adopting and enforcing the prorated program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit*".¹⁰

The Court's position privileged American strong federalism and the state sovereignty over federal competition policy. Competition rules are not enforced against states.¹¹ Thus, the competitors harmed by the states regulation cannot sue them to have it judicially reviewed nor can they claim damages. This is especially true since, under the 11th Amendment to the United States Constitution, citizens cannot file suits against states in federal courts. The upshot is that the states enjoy large immunity to federal competition rules. Whether or not this was the best decision to be taken by the Supreme Court is largely controversial.

Some aspects of this decision are worth highlighting. First of all, it has been said that at the time that this regulation was passed, ninety-five percent of the California raisins were destined for interstate or foreign commerce.¹² This fact suggests that the protection of the State of California sovereignty in this case ends up having considerable effects *outside* the State of California. The effects of the state action will be felt by the consumers of other states. The question arises whether state sovereignty should be protected even when it harms the citizens of other states or when it restricts other states' own sovereignty.¹³ The FTC has long insisted that the State Action Doctrine should not be applied when it results in anticompetitive effects on other states of the American federation – the so-called "spill-over effects".¹⁴ It is in fact nonsense to privilege one state's autonomy over others'. One may wonder if activities whose effects are not constrained to a single state would not be more properly regulated at a federal level, so as to prevent unbalanced results among the states. Nevertheless, the fact is that the mentioned restrictions on standing to the courts in suits against states make the spill-over effects hardly challengeable.

10. *Parker v Brown*, cit, at 352.

11. A. F. Gagliardi, 'United States and European Union Antitrust versus state regulation of the economy: is there a better test' (2000) 25(4) ELR 355, 356.

12. E. M. Fox, 'State action in comparative context: What if *Parker v. Brown* were Italian?', in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003) 466.

13. Gagliardi, *op cit*, 369-371.

14. Federal Trade Commission, 'Report of the State Action Task Force' at <http://www.ftc.gov> (last visited 12 May 2007) 02.

Furthermore, it has been alleged that, as a result of the California program, raisin prices rose more than 20 per cent. The fact suggests that the state regulation was established on behalf of the producers rather than the consumers. This outcome is not surprising – it is rather expected from the system established by the Supreme Court’s ruling in *Parker v Brown*. Under this system, states are not asked to justify their regulation, nor do they have to pass a test of proportionality: there is virtually no judicial constriction to a state’s discretion. The content of the state regulation is protected under the formal justification of the states’ autonomy. However, it does not seem that the states autonomy would be harmed if the programs they establish were to be submitted to some sort of soft judicial review. States would still be able to set forth their regulation schemes, but they would have to justify such schemes as a means to achieve the public interest. After all, it should not be forgotten that the protection of the local public interest is the reason for the states’ autonomy doctrine in the first place. It should not be protected unless they respect the very reasons for which it has been conceived.

The almost unrestrained liberty that the *Parker v Brown* ruling allocates to the states is particularly problematic in face of the *Noerr-Pennington doctrine*. This doctrine is a result of the Supreme Court’s judgments in two cases¹⁵ where it had to deal with the legitimacy of private lobbies to the enactment of anticompetitive regulation. Under this doctrine, the “mere attempt” to influence the government to pass regulations that restrain competition is absolutely lawful and is protected by the First Amendment to the American Constitution. In the words used by the courts:

“... the whole concept of representation depends upon the ability of the people to make their wishes known to their representatives. To hold that the government retains the power to act in this representative capacity and yet hold, at the same time, that the people cannot freely inform the government of their wishes would impute to the Sherman Act a purpose to regulate, not business activity, but political activity, a purpose which would have no basis whatever in the legislative history of that Act. Secondly, and of at least equal significance, such a construction of the Sherman Act would raise important constitutional questions. The right of petition is one of the freedoms protected by the Bill of Rights, and we cannot, of course, lightly impute to Congress an intent to invade these freedoms”

It is important to notice that the *Noerr-Pennington doctrine* provides a sort of antitrust immunity¹⁶, one that covers the private acts taken *before* the establishment of a specific regulatory policy and that allows space for a particularly effective way of monopolizing a market: the way of public restraints.

15. The cases were *Eastern Railroad Presidents Conference v Noerr Motor Freight* (1961) 365 U.S. 127 and *United Mine Workers v. Pennington* (1965) 381 U.S. 657.

16. H. Hovenkamp, ‘Antitrust and the regulatory enterprise’ (2004) CBLR 352.

When taken together, the *Parker v Brown Doctrine* and the *Noerr-Pennington doctrine* create a very strong incentive for firms to seek public restraints to competition. On the one hand, the private action that it requires (private lobbies) is deemed lawful and, one might suppose, even encouraged as a means to enhance democracy. This is not the case for the anticompetitive measures taken directly by the firms, which, if caught by authorities, will make them face heavy fines and other kinds of sanctions. On the other hand, public restraints are even more effective than private restraints in foreclosing competition. Unlike private restraints, public restraints do not require secrecy nor the incursion on the costs of conducting a covert cartel.¹⁷ Furthermore, the public regulatory schemes often include a “built-in cartel enforcement mechanism”, making unnecessary the private costs of preventing cheating within a cartel: within public restraints, cheaters will be sanctioned through public institutionalized processes.

Interestingly enough, recent studies of the Federal Trade Commission reveal that there has been a undesired expansion to the Noerr-Pennington doctrine, which results in the immunization of conduct that hold no connection whatsoever with the values protected by the First Amendment or with the original border of the doctrine.¹⁸

As we can see from the above, there is a wide scope for anticompetitive regulation in the United States. On the one hand, state regulation cannot be challenged under federal competition law, given the 11th Amendment and the *Parker v Brown* doctrine. On the other hand, the private lobbies promoting the passing of anticompetitive regulation are shielded from competition law, as they are encouraged as a manifestation of democracy. The outcome is that the public way has become the safest and most effective manner to seek restriction of competition in the United States.

2.2. The Case of the European Union

The European position is rather different. The community competition policy applies to the actions of Member States and thus the relevant provisions of the Treaty impose constraints upon national regulation. In spite of their literal terms, the European Courts were never impressed by the argument that the articles 81 and 82 of the Treaty are addressed only to companies.¹⁹ Consequently, member

17. Muris, *op cit*, 518.

18. See Federal Trade Commission, ‘Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine’ at <http://www.ftc.gov/2006/11/noerr.html> (last visited 12 May 2007).

19. Gyselen, *op cit*, introduction.

state regulation can be deemed unlawful for violation of European competition rules, in which case it can be judicially reviewed and damages can be claimed by harmed competitors.

State regulation can be unlawful under community competition rules for violation of article 10 or article 86 of the Treaty. In the former, general obligations to the states are established to facilitate the achievement of the Community goals. In the latter, the obligations are specific and are related to the state measures regarding the services of general economic interest (SGEI) or the markets where there are public or “privileged” companies.²⁰ The discipline established by the European Court of Justice (ECJ) for each one of these cases is distinct and that is the reason why I shall deal with them separately.

2.2.1. Violation of generic obligations: article 10 of the Treaty

According to article 10 of the Treaty, “Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community’s tasks. They shall abstain from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of this Treaty”. The article establishes positive and negative obligations. Thus, the Member States *shall take* the measures that are necessary to the achievement of the goals of the Treaty and *shall abstain* from other measures that could jeopardise such goals.²¹ The question is: when can we say that a specific state measure has violated the community goals or jeopardised their attainment?

The first answer to that question came with the ECJ judgment in *INNO*, in 1977. According to this ruling, the Member States regulation would be deemed to violate the Treaty when it deprives the community competition provisions of their effectiveness.²² Obviously, this formulation was still far from clear. It did not mean anything specific and it provided little guidance for future assessment of the lawfulness of a given state action. For a long period afterwards, at least until 1988, the hesitation remained between two different approaches: one that privileges the “effectiveness of competition rules” and other that attempts to

20. According to R. Whish, privileged companies are those to whom exclusive (monopolies) or special rights (entry regulated) have been given (in *Competition Law* (London: Lexis Nexis, 5th ed, 2003) 219).

21. One of those goals that must be preserved is the institution of a system “ensuring that competition in the internal market is not distorted” (see article 3, para 1(g) of the Treaty).

22. Case 13/77 *GB-Inno v. ATAB* [1977] ECR 2115.

preserve and respect the autonomy of the State to restrain competition on behalf of the local public interest.²³

The *INNO Doctrine* was finally clarified in *Van Eycke*²⁴, where the ECJ established its commonly repeated understanding that there is a violation of Article 10 of the Treaty, when read in conjunction with articles 81 and 82, when a given state regulation (A) requires or favours the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to article 81 or when it reinforces their effects, or (B) deprives its own legislation of its official character by delegating to private traders responsibility for taking decisions affecting the economic sphere.

(A) The promotion of conducts contrary to article 81

The first cause by which a given state action may be deemed unlawful is when it promotes the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to article 81. As the first phase of the *Van Eycke* test tells us, this might happen through the requirement or the favour of such actions or through the reinforcement of their effects.

In *ASBL Vereniging van Vlaamse*²⁵, the ECJ had to deal with a Belgium's Royal Decree that made a Code of Conduct set up by the Union of Belgian Travel Agents compulsory. Among other things, the Code prohibited discounts, in an explicitly price fixing scheme contrary to Article 81. According to the Decree, it was unlawful to disrespect the prices and tariffs set up in the Code. It also established that the commissions received by the travel agents could not be shared with the clients and provided that the violation of the terms of the Code could lead to the withdraw of the licence to work as a travel agent. Notwithstanding all these threats, one Belgian travel agent gave his clients some discounts and was sued by the Flemish Travel Agents Association for infringing the Code. The travel agent defended himself by claiming that the Code was contrary to the EC Law, setting up a state cartel. The question was referred to the ECJ which ruled that the Decree was incompatible with the EC Law for reinforcing a private agreement and sanctioning a cartel.

23. R. Wainwright and A. Bouquet, 'State intervention and action in EC competition law', in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003) 542.

24. Case 267/86 *Pascal Van Eycke v ASPA NV* [1988] ECR 4769, para. 16.

25. Case 311/85 *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801

Van Vlaamse is an example of a case where the Member State *requires* the undertakings to adopt anticompetitive conduct.²⁶ However, the mandatory provision is not a condition for the state action to be considered unlawful. It would be enough if a Member State encouraged or facilitated a conduct contrary to the competition rules.²⁷ In this latter situation, the private undertakings are not compelled to act against the community competition rules. They remain free to not follow the Member State's orientation.²⁸

(B) The delegation of normative powers to private traders

The second cause by which a given state action in the “simple markets”²⁹ may be deemed unlawful is when it delegates to private traders responsibility for taking decisions that affect the economic sphere. Nevertheless, the case law shows that the ECJ has a peculiar notion of “delegation”.³⁰ In *Reiff*³¹, the German State had delegated the power to fix the road haulage tariffs to a private organization. The organization was comprised by experts nominated by the German Ministry of Transports, following the indication of the regulated companies. The regulatory scheme derived from a request of the regulated companies and the tariffs fixed would have to be abided by the companies that wanted to act in the sector.

The program explicitly restricts competition, by making price competition unlawful. This notwithstanding, the ECJ took some of its features into consideration to decide that no violation to the rules of the Treaty existed.³² First, the fact that the road haulage tariffs were defined by a group of independent experts who, according to the law, had to take the “public interest” into consideration was relevant to the Court's decision. Moreover, the Court also stressed that the tariff had to be sanctioned by the Minister of Transports, who could also substitute the experts decision with his own, if he deemed it appropriated to do so.

26. Disagreeing on the compulsion feature of *Van Vlaamse*, see Gyselen, *op cit*, section 1.1.

27. It will be important to distinguish these situations when it comes to assess the limits of the state action defence, in the next section.

28. For other cases concerning the State reinforcement of pre-existing cartels, see: Case 136/86 *BNIC v Aubert* [1987] ECR 4789; Joined Cases 209 to 213/84 *Ministère Public v Asjes* [1986] ECR 1425.

29. By simple markets I mean the markets where there are no public or privileged companies.

30. Gyselen observes that three pre-Van Eycke cases would have fallen in the second branch of its test: *Inno* (1977), *Van de Haar* (1984) and *Leclerc* (1985), where the companies set minimum or maximum retail price for books and tobacco (in *op cit*, section 1.1)

31. Case C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* [1993] ECR I-5801.

32. Suggesting that the ECJ decision in *Reiff* is close to the United States Supreme Court's state action doctrine, Gyselen, *op cit*, section 1.1.

It should be clarified that the powers that remained with the German Minister had never been used. The German Minister of Transports had never fixed the tariffs by himself nor had he censured the tariffs suggested by the group of experts. In spite of that, the provisions allowing him to do so were deemed enough to guarantee the maintenance of the regulatory powers in his hands. Therefore, the ECJ decided that the system introduced by the German Government was compatible with the EU Treaty and that the public authorities *had not delegated their powers* to private economic agents.³³ In the words used by the Court:

[The Treaty does] not preclude rules of a Member State which provide that tariffs for the long distance transport of goods by road are to be fixed by tariff boards and are to be made compulsory for all economic agents, after approval by the public authorities, if the members of those boards, although chosen by the public authorities on a proposal from the relevant trade sectors, are not representatives of the latter called on to negotiate and conclude an agreement on prices but are independent experts called on to fix the tariffs on the basis of considerations of public interest and if the public authorities do not abandon their prerogatives but in particular ensure that the boards fix the tariffs by reference to considerations of public interest and, if necessary, substitute their decision for that of the boards.³⁴

Reiff should be read in conjunction with *Commission v Italy*.³⁵ In the latter case, the state program was considered incompatible with the EC Treaty. Italy had delegated its normative powers to a professional organization that reunited the representatives of professional customs agents, the National Council of Customs Agents (in Italian, *il Consiglio Nazionale degli Spedizionieri*). The Council fixed the compulsory tariffs that would have to be followed by every customs agent. There was no provision on the need to take into consideration the general public interest or the interest of the consumers. The Commission denounced the system and, after Italy appealed, the case reached the ECJ. The Court eventually decided that there had been a “delegation of normative powers to private traders” and the Italian program was deemed incompatible with the Treaty.

Two factors were relevant to the decision. First, the Court highlighted the composition of the Council. While in *Reiff* the entity to which the powers had been delegated was comprised of independent experts, the composition of the National Council of Customs Agents was rather partial, given that the representatives of professional customs agents were in the board. Besides that, “nothing

33. *Reiff*, cit, para23.

34. *Ibid* para24.

35. Case C-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851. For other cases concerning the second branch of the Van Eycke doctrine, see Case C-2/91 *Wolf W. Meng* [1993] ECR I-5751; Case C-245/91 *Ohra Schadeverzekeringen NV* [1993] ECR I-5851.

in the national legislation [prevented] the [Council] from acting in the exclusive interest of the profession”.³⁶

The criticism that must be addressed to these decisions is twofold. To start with, it should be noticed that the Court used very interesting terms to treat the cases differently: in its view, there has been a delegation of powers in *Commission v Italy*, but not in *Reiff*. The idea is that the power remained in the government’s hand in *Reiff*, since the ultimate decision was left with the German Minister. The first problem with this view is that it seems to manipulate the concept of “delegation”. It is clear that there have been delegations in both cases, even if the ECJ denies it. The real difference between the programs is that the first one was designed in such a way as would probably lead to the public interest, whereas the second would probably favour the interests of the customs agents over the general interest or the interest of the users of the services. Sharing this view, Harm Schepel notices that the Court has established a “procedural public interest test” by which self-regulatory arrangements are considered immune to antitrust law when “they can make a plausible claim to put the ‘public interest’ over narrow private interests”.³⁷ In such cases the public interest was defined procedurally, to avoid questions of whether the Court could assess the substance of the Member States policies.³⁸

Schepel’s interpretation of the Court’s decision seems interesting but, by preferring to refer to the cases in terms of delegation or non-delegation, the Court provides little guidance to future decisions by the Member States and, thus, compromises legal certainty. In fact, it is not sufficiently clear which facts the Court could take into consideration to assess whether or not there has been a delegation. In other words, it is not clear which concept of delegation the Court adopts and, therefore, which kind of programme is lawful and which is not.

Secondly, it is disappointing to see that the ECJ’s decisions rely on the theoretical architecture of the system, rather than on the way it effectively works. In *Reiff*, the ECJ deemed it enough, to justify the legitimacy of the German regulatory system, that there was a provision whereby the German Minister *could* fix

36. In the Court’s words: “It follows that the members of the CNSD cannot be characterised as independent experts (...) and that they are not required, under the law, to set tariffs taking into account not only the interests of the undertakings or associations of undertakings in the sector which has appointed them but also the general interest and the interests of undertakings in other sectors or users of the services in question” (in *Commission v Italy*, cit, para44).

37. H. Schepel, ‘Delegation of Regulatory Powers to Private Parties Under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test’, (2002) 39 CMLR 31.

38. D. Chalmers *et alli*, *European Union Law* (Cambridge: Cambridge, 2006) 1121.

the tariffs by himself or censor the tariffs suggested by the group of experts. The fact that he had never used such competence was simply ignored as if it was irrelevant. Equally, the provision that the “independent experts” would have to take the public interest into account before fixing the tariffs was considered relevant by the Court, although it is out of question that it has very little power to constrain their liberty. Indeed, virtually every decision can be justified in terms of public interest.³⁹ A better decision of the Court would be the one that would take into consideration how the regulatory system is actually working. That would be a much more substantial approach than the one taken by the Court. As we have seen so far, though, substantiality is not a quality of the State Action Doctrine, neither in the United States nor in the European Union.

2.2.2. Violation of specific obligations: the article 86 of the Treaty

Different is the ECJ’s approach to the cases that involve public undertakings or undertakings to which Member States grant special or exclusive rights (public or privileged companies). This is particularly the case of state regulation of services of general economic interest (SGEI). In such cases, article 86 applies. This Treaty provision is known for establishing specific obligation to the Member States in terms of anticompetitive regulation. Its first part is redundant: the Member States shall not enact measures contrary to the rules contained in the Treaty. The relevant part of the article is its second paragraph, where it reads:

Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.

The way the paragraph was written is misleading. It seems to prevent anti-competitive regulation, but it in fact authorises it. Competition rules (and, more generally, the Treaty rules) will not apply when it compromises the performance of the tasks that the State has assigned to some undertakings. In other words, and literally interpreted, the State may displace the community rules to achieve some local goals. The article provides no guidance in reference to which kind of goals are acceptable and even if there is any limitation of this kind. Similarly, it says nothing about obligations of proportionality.

39. On the difficult definition of the “Public Interest”, see H. J. Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1989); and F. A. Marques Neto, *Regulação estatal e interesses públicos* (São Paulo: Malheiros, 2002).

The rules contained in article 86 are as abstract and empty as the ones of article 10. It is therefore necessary to see how the Courts have been applying them. Unfortunately, however, not even doing that can we have more clear guidance on what is lawful and what is unlawful regarding anticompetitive state regulation. The European Court of Justice has not set an overall doctrine that can be broadly applied. It rather considers each case in its peculiarity. Different authors have struggled to find a rationality that underpins the ECJ approach to article 86, but the immense variety of opinions shows that it is not an easy task.⁴⁰ In the following lines, I will present the classification proposed by the Advocate General Jacobs in his Opinion in *Albany*.⁴¹ It has the merits of simplicity and authority. According to AG Jacobs opinion, the ECJ's approach to the cases under article 86 can be divided into three groups, whose names refer to the leading case of each of them: *ERT*, *Höfnér* and *Corbeau*. The first two types of cases are more closely related to article 86(1), whereas the last type concerns specifically article 86(2).

(A) *The ERT-type cases*

The first type of cases includes those where the Member State gives exclusive or special rights to some undertakings and, at the same time, allows them to act in another market, where they compete with undertakings that depend on their services. In *ERT*, one Greek undertaking held two exclusive rights that led to a conflict of interest. It was the only undertaking that could broadcast its own programmes, but it was also the only undertaking that could retransmit foreign broadcasts. The situation pushed the undertaking to favour its own programmes over the foreign ones.⁴² A similar conflict arose in *Raso*.⁴³ An Italian regulation granted some dock-work companies the exclusive right to supply temporary labour to other companies but simultaneously allowed the former to compete with the latter, which depended on their services. Also in this case, there was a clear situation of conflict of interests.

40. Some commentators even suggest that no rationality exists. This is the opinion of the Advocate General Fenelly: "I do not think that any general test can be enunciated for determining in advance the existence of such a link. Instead, in each individual case, it will be necessary to assess the impact of impugned national rules in the economic and factual circumstances in which they operate" (in Case C-163/96 *Silvano Raso* [1998] ECR I-533, para. 65).

41. See Advocate General Jacobs opinion in the Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.

42. Case C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorassi (ERT) AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas* [1991] ECR I-2925.

43. Case C-163/96 *Silvano Raso* [1998] ECR I-533.

Two things are noteworthy in the ERT-type cases. Firstly, the granting of exclusive or special rights is not in itself unlawful. It is precisely the ancillary features of the regulatory program that make it unlawful, by making the abuse of dominant position very likely. Secondly, there is no need for the undertakings to actually abuse their dominant position so that the regulation can be deemed unlawful. The mere probability of the abuse in view of the conflict of interests that arises from the regulation is enough for the Courts to declare it incompatible with the Treaty.

(B) The Höfner-type cases

In the second type of cases, the establishment of a dominant position by the State is deemed enough to justify the reprehension of the regulation, due to some characteristics of the relevant market. That might suggest a substantial limitation to anticompetitive state regulation – it would not be possible in some markets. Here, the Court has considered that the privileged undertaking would have no option but to abuse of its dominance. The abuse would be committed by the mere exercise of its activity. One of the most recurrent forms of this kind of infraction is when the Member State grants exclusive rights to an undertaking that will not be able to face the demand for the pertinent services.

In *Höfner*, the Court assessed the compatibility with the Treaty of a German law that reserved the employment procurement to a public agency. The regulation was challenged by a German company that intended to hire some executives. The company alleged that the agency could not provide this service properly and without delays. The ECJ agreed with it and reprehended the regulatory program as incompatible with the Treaty rules.⁴⁴

The *ERT* and *Höfner* types of cases are similar in that the state regulation ends up producing an abuse of dominant position. The terms used by the Court in each of them are slightly different, though: whereas in the *ERT* type of cases the abuse is “very likely” due to the existing conflict of interest; in the *Höfner* type of cases, the undertakings holding the dominant position “cannot avoid” abusing it, given the features of the market. The fact that in some cases it will be difficult to distinguish between these two situations is not problematic, since whatever the grounds of the illegality, the consequences are the same.

44. Case C-41/90 *Höfner & Elser v Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979.

Here also, some comments are needed. Firstly, the Court's approach in these type of cases establishes that, if the Member State wants to grant monopolistic rights to an undertaking, it must make sure that the relevant service will be efficiently provided. Secondly, there is an undeniable tension between this type of cases and the wording of the art. 86(1), according to which the mere granting of exclusive rights could not in itself be deemed incompatible with the Treaty.

(C) The Corbeau-type cases

In the Corbeau-type cases, the European Court of Justice adopts a very curious position: it assesses directly the defence of the article 86(2), even before verifying the existence of an infraction to the Treaty rules. This procedure might suggest that the Court understands that in the cases where the exception of the article 86(2) applies, the Member States' granting of privileges to public or private undertakings is always justifiable.⁴⁵ This provision would then be understood as a derogation of all the state's obligation within the Treaty and not necessarily connected to the article 86(1).⁴⁶ Indeed, as we have seen, according to this provision the rules of the Treaty apply to the undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest only *in so far* as that does not obstruct the performance of the tasks assigned to them. In other words, the Treaty rules are set aside when they could obstruct the attainment of the national goals that correspond to the services of general economic interest.

In *Corbeau*, the Court assessed the compatibility with the Treaty of a Belgian legal monopoly of postal services.⁴⁷ The *Régie des Postes*, a public postal operator, held the exclusive rights to distribute mail within Belgium. The relevant national legislation predicted criminal penalties for other undertakings who disrespected these monopolistic rights. The law was challenged by the businessman Paul Corbeau, in his defence on a criminal action brought against him for violating the aforementioned Belgian law. Corbeau offered a specific postal service. His company collected mail within the city of Liège and delivered them by the following morning (door to door express service). Corbeau alleged that the Belgian legislation violated the competition rules of the Treaty.

45. V. Korah, *An introductory guide to EC Competition law and practice* (Portland: Hart, 2004) 194.

46. According to Chalmers *et alii*: "the Corbeau type cases are those where the Court begins by considering whether EC law applies rather than considering whether there is a breach of EC Law law which may be justified" (*in op cit*, 1132).

47. Case C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau* [1993] ECR I-2533.

In its decision, the Court observed that the article 86(2) of the Treaty allows the Member States to entrust some companies with the operation of services of general economic interest and, by doing that, to displace the competition rules of the Treaty *in so far as their application obstructs the performance of the tasks assigned to them*. It then moved on to evaluate whether competition would, in the case of the Belgian postal services, prevent their proper provision. The classic situation where this could happen is where the regulatory program entails a system of cross-subsidisation, whereby the less profitable postal services (say, the deliverance of regular mail to hardly accessible places) are subsidised by more profitable postal services. The rationale behind this program is to guarantee universal access to some essential services.⁴⁸ In its absence, the price of sending a basic correspondence from (or to) a hardly accessible place would be prohibitive and it would probably deprive their inhabitants of this service.⁴⁹ Such an idea underpinned the Belgian postal services regulation; the scheme was imagined as a way to establish a cross-subsidisation between the postal services and to avoid the “cream skimming” by companies that would be interested in offering only the profitable services.

Nonetheless, the Court stated that the exclusion of competition would not be justifiable in the case of services that are not provided by the public postal operator and, thus, did not contribute to the financing of the other services. In the Court’s words, “*such specific services, by their nature and the conditions in which they are offered, such as the geographical area in which they are provided, do not compromise the economic equilibrium of the service of general economic interest performed by the holder of the exclusive right*”.⁵⁰ The ECJ left it to the Belgian Criminal Court to evaluate whether the Belgian case met these criteria.⁵¹

The argument of the ECJ, though, is unsound. The fact that the services offered by Corbeau are not provided by the Régie des Postes does not mean that they *could not* be provided by this public company nor does it mean that allowing other companies to offer it would have no effect in the Belgian regulatory scheme. The

48. In his opinion to *Glöckner*, the Advocate General Tesauro stressed the importance of the universal service obligation in the context of postal services. According to Tesauro, the fulfilment of such obligation would contribute to the promotion of “social cohesion”. See Case C-475/99 *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* [2001] ECR I-8089.

49. On the cross-subsidisation schemes, reasons and forms, see G. Davies, ‘Competition, Free Movement and Consumers of Public Services’ (2006) EBLR 95.

50. *Glöckner*, cit, para19.

51. L. Flynn and C. Rizza inform that the Belgian Criminal Court decision is not fully available, though it is known that Corbeau was absolved from the criminal penalties (“classé sans suite”). See ‘Postal Services and Competition Law: a Review and Analysis of the EC Case-Law’, (2001) 24 *World Competition* 478.

services offered by Corbeau are *perfect substitutes* to some services that are in fact provided by the Régie des Postes. Given that Corbeau is not facing the costs of fulfilling the universal service obligation, he may offer those services for a lower price. Consequently, it is reasonable to expect that some of the usual customers of the Régie des Postes would prefer to start purchasing Corbeau's services, thus harming the solidarity scheme established in the Belgian Law.

Anyway, to the national court was left the complex task of evaluating the necessity and proportionality of the regulatory scheme in order to fulfil the universal service obligation. This assessment is indeed indispensable, as the article 86(2) only shields from the Treaty competition rules the cases where their application would compromise the particular tasks assigned to the relevant undertakings. The main questions for the Corbeau case were: to what extent is the cross-subsidisation actually occurring and to what extent is the universal service obligation, rather than public company inefficiency, being financed? In any case, as Valentine Korah notices:

It is not clear what the petty criminal court in Liège should do. Should it work out how great a profit the post office needs on each letter within a substantial town in order to subsidise delivery at a distance or to areas where few people live? Such a task would be difficult for a regulatory Commission and virtually impossible without one. If the national court does not do this, would the postal service have to decide the matter itself, subject to review by the Commission which could make a decision under Article 86(3)?⁵²

Finally, it is noteworthy that the Court's ruling in Corbeau has some similarities with the one in Höfner. In the former case, the Court might have stated, as it did in the latter, that if the public operator cannot meet the specific demand of some of its customers, those services would have to be liberalised.

Anyway, *Corbeau* must be contrasted with *Glöckner*.⁵³ In the latter case, the article 86(2) provision was applied to the benefit of a German law regarding ambulance services. According to this law, one company held the exclusive rights for two different services: (i) the first was the emergency ambulance service, which was non-profitable, though socially essential; (ii) the other was the non-emergency ambulance service, this one being very profitable. The idea was that the costs to provide the first service would be offset by the income from the second service. *Ambulanz Glöckner*, a company wishing to offer the profitable service, challenged

52. Korah, *op cit*, 194. L. Flynn and C. Rizza suggest that the burden of proof of the necessity and proportionality rests upon the Member State that passed the regulation and restrained the competition (in *op cit*, 479).

53. *Glöckner*, *cit*.

the German law, alleging incompatibility with the competition rules of the Treaty. The action was dismissed by the Court, in view of the exception of the article 86(2).

Here too the assessment of the necessity and proportionality of the regulatory measure was needed. There is in fact a high probability that the income generated in the profitable service does not correspond precisely to what would be needed to finance the other, less profitable, one. In the case where the difference is relevant, one may wonder whether competition, or at least an alternative and more proportional measure, would not be desirable.

The interpretation of the Court's ruling in the Corbeau-type cases challenges European commentators. Several readings are possible. One interesting view is the one that considers the possibility of a political approach by the Court: it would be more rigorous in those cases concerning less relevant services (the temporary supply of dock-work being an example), and more lenient where the case concerns socially relevant services.⁵⁴ There is a special sensibility in the questions related to the services of general economic interest. They touch on the issue of the Member-States autonomy to organise the provision of services that are essential to their citizens.⁵⁵ This circumstance justifies a more cautious approach by the European Court of Justice.

2.3. The legality of the state action: what if Parker and Brown were European?

In her article comparing the American and the European State Action Doctrines, Eleanor Fox places an interesting question, one that I want to repeat here: what if Parker and Brown were Italian?⁵⁶ The mention of Italy is a reference to the case *Conorzio Industri Fiammiferi* (CIF), where the ECJ has established the limits for the State Action Defence in the European Union. As I have stated in the introduction, this issue of the antitrust immunity that results from the anticompetitive state measures will be dealt with in the third (and next) section of this dissertation. Beforehand, we shall consider the problem of the legality of the state action.

54. Chalmers *et alli*, *op cit*, 1133. See also M. M. Mendes, 'State intervention/State Action: a U.S. and EC Perspective from Cassis de Dijon to Altmark Trans and beyond: trends in the assessment of state intervention by the European Courts', in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003) 498.

55. The European Commission defines the services of general economic interest in very broad terms: "market services which the Member States or the Community subject to specific public service obligations by virtue of a general interest criterion" (in "Communication from the Commission, Services of General Interest in Europe", OJ 2001 C17/4 Annex II).

56. Fox, *op cit*.

Let us first reverse Fox's question and wonder what would have happened if, for example, INNO, Van Eycke, Van Vlaamse, Reiff, ERT, Hoffner and Corbeau were all American. The answer is straightforward: the state regulation in all of these cases would be deemed unchallengeable under the federal competition rules. As we have said, in the United States any attempt to scrutinize state action is seen as a violation of its autonomy. The State's intention to displace competition is not contrasted with the benefits that a competitive market could potentially provide to its citizens.

On the other hand, were Parker and Brown European, the outcome of their case would be hard to tell, at least in what concerns the legality of the state action. In Europe, *Parker v Brown* would certainly fall under article 81 combined with article 10. It is, indeed, a case of "state-produced cartel", which triggers the applicability of the *Van Eycke* doctrine. In my opinion, the European cases whose facts are the most similar to the ones in the American case are *Reiff* and *Commission v Italy*. *Parker v Brown* seems to be somewhere in between these other two cases. In all of them, the regulatory power to set the prices of the goods/services involved (raisins/road haulage tariffs and customs agents services) were in the hands of an organization, not in those of the central government of the relevant State. The ECJ relied on the features of these organizations to decide whether or not the program was lawful.

In *Parker v Brown* there was a representative of the State of California in the Committee who was entrusted with the power to fix the price of the raisins and limit its production. In fact, the Director of Agriculture of the State of California (Brown) had a permanent seat there. Would this be enough for the ECJ to consider that no delegation of the regulatory powers actually occurred? To reach such a conclusion in *Reiff*, the ECJ stressed the fact that the German Minister of Transport held a seat in the organization that fixed the road haulage tariffs. However, that was not the only feature deemed relevant by the Court. First, there was the fact that the tariffs were sanctioned by the German Minister, who could fix it himself, when appropriate. Second, the organization was comprised of a group of independent experts, even though they were appointed by the regulated companies. Finally, the pertinent legislation required the experts to take the "public interest" into account, when fixing the tariffs. None of these features were present in the Californian Raisin Program.

It is then probably the case that *Parker v Brown* is closer to *Commission v Italy* than to *Reiff*. Much like in the former case, in *Parker v Brown* the organization entrusted with the power to fix the price of the goods/services was comprised of representatives of the regulated companies. In addition, in neither of these two

cases did the relevant legislation compel the mentioned organization to take the public interest into account. So we might be able to conclude that if Parker and Brown were European, the outcome of their case would have been different: the Raisin Program idealised by the State of California would be in breach of the article 81, taken together with article 10.

2.4. An alternative: the test of legitimacy and proportionality of the state measure

From the previous paragraphs stems the conclusion that the European Union deploys more severe treatment than that of the United States against the anticompetitive state measures. It is then more difficult for a given European Member State to interfere in the competitive market than it is for the American States. This suggests that, at least in this issue, competition is better protected in the EU than in the US. Although agreeing with this view, I would add that competition is not sufficiently protected in either of the jurisdictions.

In fact, in none of them are the reasons of the regulatory programmes important to dictate their lawfulness. Whereas in the United States the intention to judicially review the state regulation is quickly dismissed as a violation of its autonomy, in the European Union, the Courts will go no further than a theoretical and procedural approach to the regulatory programs. That raises the question of whether a more substantial test would be desirable. Those who advocate that it is not would probably argue that such substantial approach would have the effect of substituting the State's discretion with that of the Courts. In such case, an accountability deficit would arise, as the Courts are certainly not the institutions best suited to deal with issues that involve important political decisions.⁵⁷ I would reply that this seems to be an unnecessary "all-or-nothing" view. To claim for a more substantive approach in the case of anticompetitive state regulation is not the same as to advocate a very intrusive approach by the Courts. A proportionality-based "soft-look" review of the state regulation is possible and, in my view, desirable.

In such case, the state regulation would be exempted from the antitrust scrutiny when it can claim to seek a *legitimate and proportionate economic policy*. This is the test I propose. By "legitimate" economic policy I understand those decisions that will serve the public interest, rather than the interests of the regulated companies. By "proportionate", I mean that three different features are needed.

57. See on this subject H. Rasmussen, *On Law and Policy in the Court of Justice* (Hague: Martinus Nijhoff, 1986); and C. Harlow, 'European Governance and Accountability', in N. Bamforth and P. Leyland (eds), *Public Law in a Multi-Layered Constitution* (Oxford: Hart, 2003).

First, the state measure would have to be *adequate*, in the sense that the means chosen are suitable for the purpose of achieving the policies goals. Second, the state measure would have to be *necessary*, in the sense that there are no less restrictive way to achieve the same goals or that the state did not go beyond what was needed to achieve them. Finally, the state measure would have to be *strictly proportional*, by which I mean that the state would have to show that the public interest at stake overrides the concerns of the competition policy.⁵⁸ This three prong understanding of the “principle of proportionality” (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) is extracted from the tradition of the German Supreme Court.⁵⁹ The state measure would have to meet all these conditions to be deemed lawful.⁶⁰

It does not seem to me that this test would constitute a deep interference by the Courts into the State’s autonomy.⁶¹ If applied in the United States, the States would remain holding the power to restrain competition, in order to put forward a policy in the interest of their local population. The Courts would not assess the convenience of the state policy. This political decision would remain in the states’ hands. They would only have to show (i) that the displacement of competition is *necessary* for the achievement of the goals of such policy; (ii) that the measure they want to establish is *adequate* to attain them; and (iii) that the local goals it is trying to protect are relevant enough to justify the restriction to competition. Without violating the state’s autonomy, the proportionality test would help to avoid public restrictions to competition whose only goal are to protect the companies that lobbied for it. This is particularly helpful in the United States, in view of the aforementioned *Noerr-Pennington Doctrine*, which creates strong incentives for private lobbying.

In the European Union, this test would be equally helpful. For one thing, it would provide the desirable theoretical basis for the European Court’s approach to the anticompetitive state regulation. In one simple sentence: state regulation that restricts competition is lawful under the competition provisions of the Treaty when it entails a *legitimate and proportionate economic policy*.⁶² This simple statement

58. In the words of G. Vedel and P. Delvolvé: “*Les réglementations doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour obtenir le résultat d’ordre public et ne pas aller au-delà*” (in *Droit administratif* (Paris: PUF, 1992) 706).

59. On this subject, see H. B. Ávila, *Teoria dos princípios* (São Paulo: Malheiros, 2003) 104; and L. V. A. Silva, ‘O proporcional e o razoável’ 25 *Revista dos Tribunais* 798.

60. J. Schwarze, *European Administrative Law* (London: Sweet and Maxwell, 1992) 687.

61. In the same sense, G. Nolte, ‘General Principles of German and European Administrative Law: A comparison in Historical Perspective’ (1994) 57 *MLR* 193.

62. The test I propose here is similar, though not identical, to the one proposed by L. Gyselen, according to which the following questions would have to be posed before prohibiting state measures as contrary to competition law: (i) does the regulation at stake distort competition? (ii) If so, does it aim at achieving

would replace the messy and unsystematic current approach. The outcome of such a change is a gain in legal certainty. Of course, the claim for proportionality is still very abstract and requires further clarification. However, it is beyond any doubt that it establishes the parameters of the discussion on the lawfulness of a state measure under Competition Law. Under the test of proportionality, the parties do know what they must demonstrate to prove their case: they have to discuss the *necessity*, *adequacy* and *strict proportionality* of the state measure.

In addition, the mentioned test would resolve most of the problems in the current European case law, that I indicated above. The unclear second branch of the Van Eycke's doctrine (the delegation of regulatory powers), which does not necessarily stem from the provisions of the Treaty, could be replaced by the requirement of the *legitimacy* of the state policy. In that case, the state would have to prove that its measure was designed to achieve public goals. It could do that by assessing the features of the legislation that delegated the regulatory programs. As we have seen from Schepel's comments, that is what the Courts have been currently doing, even though they use their peculiar notion of "delegation", which makes things obscure. Moreover, the "adequacy" requirement of my test would allow the Court to scrutinize more concretely some of the theoretical provisions of the state program.

As for the ECJ's approach under article 86, it would also be covered (and made uniform) by the *legitimate and proportionate state policy* test. In fact, the ERT-type cases would be caught under the *strict proportionality* requirement, since there certainly are less restrictive ways to pursue the local goals than those that create a conflict of interest that ends up harming the consumer's interests. In a very simple example, the company entrusted with the task of supplying temporary labour to other companies should not simultaneously be allowed to compete with them, as it was the case in *Raso*. Equally, the state measures in Hoffner-type cases are clearly *inadequate* to achieve their goals, given that they entail an unavoidable abuse of dominant position, as in the cases of inability to meet the demand.

As for the Corbeau-type cases, they could not be more fit to the *legitimate and proportionate state policy* test. In fact, the article 86(2) itself explicitly requires a proportionality evaluation. According to its terms, competition and other Treaty provisions could be displaced only *in so far* as their application does not obstruct

genuine economic or monetary policy objectives? (iii) If it does not, does it aim at achieving other legitimate objectives that could override the concerns of the competition policy? See *op cit*, section 1.2. The legitimacy test proposed by A. F. Gagliardi is also similar to our test, though it does not include the proportionality assessment. See *op cit*, 372.

the performance of the particular tasks assigned to them (this requirement is similar to our “necessity” limb). Furthermore, its last sentence requires a non-excessive affection of the development of trade, and this corresponds to the “strict-proportionality” limb of our test. Thus, the Court could have argued in *Corbeau* that the absence of competition to the services provided by him was not *necessary* to fulfil the universal service obligation. And under the strict-proportionality branch, the Court would be able to assess whether the reservation of the non-emergence ambulance service in *Glöckner* was not excessive way to finance the provision of the emergence ambulance service (*strict proportionality*).

I should add that the legitimacy and proportionality test is absolutely compatible with the relevant Treaty provisions. To start with, the European Court of Justice has acknowledged that the principle of proportionality is a part of the European legal order.⁶³ Moreover, as I have just showed, the test I propose is very close to the terms of article 86, which set the conditions under which the Treaty provisions can be set aside on behalf of local goals. Finally, it is also compatible with a reasonable interpretation of article 10, when taken together with articles 81 and 82. I say “reasonable interpretation” because it is obvious that article 10 cannot be interpreted literally, since such a reading would deprive article 86 of any sense.

In addition, the adoption by the Courts of the test I propose here would have the additional merit of coherence with its position under the free-movement of goods (article 28).⁶⁴ According to the ECJ’s ruling in *Keck*, the state restrictions to the movement of goods between the Member States are prohibited “*unless their application can be justified by a public-interest objective taking precedence over the free movement of goods*”.⁶⁵ This is an undeniable application of the strict-proportionality requirement, which corresponds to the third limb of our test. Given that the free-movement and the competition provisions are complementary to the goal of establish a common market,⁶⁶ the Court should approach them in an equivalent manner.

63. See, for instance, Case C-21/85, *Maas v BALM* [1986] ECR-II 3537, 3556; and Case C-122/78, *Buitoni v FORM* [1979] ECR-II 677, 685. See also K. Lenaerts and P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union* (London: Sweet & Maxwell, 2005), 109-115; and Schwarze, *op cit*, 677-689.

64. Gagliardi, *op cit*, 365.

65. Joined cases C-267/91 and C-268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard* [1993] ECR I-06097, paragraph 15. On the exceptions to article 28, see P. Oliver, *Free movement of goods in the European Community* (London: Sweet & Maxwell, 2003) 91-156.

66. J. B. Cruz, *Between competition and free-movement: the Economic Constitution Law of the European Community* (Oxford: Hart Publishing, 2002) 86-91. See also G. Druesne, *Droit materiel et politiques de la Communauté européenne* (Paris: PUF, 1986) 159; and R. J. Van den Bergh and P. Camesasca, *European Competition Law and Economics: a comparative perspective* (London: Sweet & Maxwell, 2006) 39.

To sum up, it seems to me that the adoption of this *legitimacy and proportionality test* would contribute to improving the treatment of anticompetitive state regulation in both jurisdictions. In the case of the United States, it would make sure that only those measures that were passed on behalf of the public interest and without excessive restriction to competition would be cleared. In the case of the European Union, it would maintain and improve the current protection to competition, as well as make the Court's approach to the anticompetitive state measure uniform and coherent, with gains to legal certainty.

3. THE CONSEQUENCES OF THE ANTICOMPETITIVE STATE MEASURES TO THE UNDERTAKINGS: THE LIMITS OF THE STATE ACTION DEFENCE

In most cases, the goals of the anticompetitive policies set by the States can only be achieved through the private actions that are required, encouraged or favoured by the relevant regulation. In other words, the State intended policy becomes reality through the actions of the undertakings. The question follows as to the applicability of the competition rules and principles to these conducts which would *a priori* contravene them. In this section of the dissertation, I shall focus on the limits of the *State Action Defence* in each of the jurisdictions analyzed. The State Action Defence is a defence strategy put forward by undertakings accused of violation of the antitrust rules. It consists of claiming antitrust exemption on the grounds that the conduct challenged was backed up by a state policy.

The rationale behind this defence is twofold. From the public perspective, the absence of a state action defence would undermine the effectiveness of the state's intended policy to displace competition. Indeed, if the undertakings were punished for undertaking the conduct authorised, required or encouraged by the public regulation, they would probably refrain from doing it, in which case the state's goal would not be achieved and the state's autonomy to put its policy forward would be compromised. From the private perspective, the clear explanation to the State Action Defence is the protection of legal certainty and legitimate expectations.⁶⁷ In one example, it is not fair that a company should be held liable for the mere fact of complying with a State imposition. It should not be forgotten that public acts in general enjoy a presumption of legitimacy. Thus, private conduct that

67. The protection of the legitimate expectations is one of the core principles of the European Union Administrative Law. It is enshrined in the Code of Good Administration, adopted by the European Parliament in 2001, and has been recognized as enforceable by the European Courts in cases like T-70/99 *Alpharma v Council* [2002] ECR II-347, para 100; Case T-13/99 *Pfizer* [2002] ECR II-3305; and Cases 205-215/82, *Deutsche Milchkontor* [1983] ECR 2633, 2668. See also Nolte, *op cit*, 195.

conforms to them is a consequence of the confidence that the citizens have on their lawfulness. It is not reasonable to expect that a company will disrespect the state's determination and ignore the relevant sanctions, only in the name of their interpretation of the competition rules of the Treaty.

The main questions of this part of the dissertation are: (i) under which circumstances can the undertakings rely on the public regulation to defend themselves from an accusation of violation of competition rules? (ii) When is private anticompetitive action to carry out a state program shielded from federal or community competition laws? My objective is to compare the answers in the United States with those in the European Union, as well as to criticize them and suggest alternative approaches.

3.1. The Case of the United States of America

According to the case law of the American Supreme Court, the private immunity to competition rules depends on the application of a biphasic test. The state policy would have this effect when it is (i) clearly articulated and (ii) actively supervised. Thus not only does its theoretical architecture matter; its actual operation is also important. If we recall that the *ratio* of the antitrust immunity is the preservation of the effectiveness of the states' policy, it is easy to understand that the above mentioned test is a means to verify whether the conduct shielded is a consequence of the state programme.

The biphasic test is usually referred to as the "Midcal Test" for it was firstly stated in the Supreme Court's ruling in *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Aluminium*⁶⁸, following hesitant drafts in previous cases.⁶⁹ In *Midcal*, a Californian law obliged the local producers of wine to fix the resale price to be applied by the retailers. According to the legal provision, the retailers would be sanctioned if they disrespected such a determination. Nonetheless, the state had no control whatsoever over the price that was established for the wines, not even over its reasonability. In its decision, the Supreme Court noticed that, despite the fact that the policy was *clearly articulated* in the relevant law, it was not actively supervised by the State of California. The prices fixed by the wine producers were immediately valid. Therefore, there was no evidence that they were fixed according to the interests of the consumers and not only in the benefit of the producers.

68. See *California Retail Liquor Dealers v Midcal Aluminium* (1980) 445 U.S. 97.

69. See, for instance, *Goldfarb v Virginia* (1975) 421 U.S. 773; *Cantor v Detroit Edison* (1976) 428 U.S. 579; *Bates v State Bar of Arizona* (1977) 433 U.S. 350.

The programme did not pass the second phase of the test and thus did not result in any antitrust exemption.

3.1.1. The required “clear articulation”

According to the first phase of the Midcal Test, the state policy must be *clearly articulated and affirmatively expressed* so that the antitrust immunity can apply. This first requirement seems to be connected to the need of making sure that the immunity in question is a consequence of a *deliberate state intention* of setting competition rationale aside.⁷⁰ It reconciles the State’s autonomy to set its local policies with the national policy favouring competition by guaranteeing that the antitrust law will not be supplanted where this was not the intention of the State, and that the States will be free from the limitations of the antitrust law when their intended policy conflicts with it.⁷¹

There is no well-defined method to verify the clear articulation, although the foreseeability of the anticompetitive effects of the programme is not rarely taken as indicative of the state’s deliberate intention to displace competition. One could imagine that competition would have to be *explicitly* set aside in the state policy, but the Supreme Court has already considered the first requirement to be accomplished in cases where the State had implicitly (albeit clearly) intended to displace competition.⁷² In any case, it is clear that under such circumstances, the defender will probably have more problem in proving the clear articulation of the program and in convincing the judge that the restriction to competition is necessary to the effectiveness of the state policy.

It seems important to stress that, when antitrust immunity is not a necessary consequence of the state policy, it should not be granted. That means that competition is the rule and the conditions that justify the immunity must be understood as an exception and, therefore, interpreted restrictively. As a recent report of the Federal Trade Commission has shown, the Courts have been applying the *Midcal Test* in a very lenient way and that might produce outcomes that are harmful to competitors and consumers.⁷³

70. The Federal Trade Commission has criticized some lower Courts for applying the antitrust exemption with little or no evidence that the state intended to restrain competition (in Federal Trade Commission, ‘Report...’, cit, 01). Accordingly, see Muris, *op cit*, 531-532.

71. P. Areeda and H. Hovenkamp, *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application* (Aspen Pub, 2nd ed, 2000) 374.

72. See *Town of Hallie v City of Eau Claire* (1985) 471 U.S. 34, 42-43; and *City of Columbia v Omni Outdoor Advertising* (1991) 499 U.S. 365.

73. See Federal Trade Commission, ‘Report...’, cit, 02.

3.1.2. *The required “active supervision”*

The second element that must be verified for the antitrust immunity to be applied has a factual nature: the state that passed the regulation must actively supervise the private action that is promoted in accordance to it. The goal is to guarantee that the consequences of the state policy remain under the state’s control, avoiding the risk of the policy ending up by exclusively protecting the interests of the regulated companies.

The important feature of this requirement is its factual nature: a “sufficient”, “effective” and “independent” control of the private conduct must be shown so that immunity can be granted. It will not be enough to show that the legislation provides for institutions and mechanisms of control; it will be necessary to show that these powers provided theoretically are indeed used by the competent institutions so that the antitrust law immunity can be granted. That is a great progress in relation to the theoretical approach put forward by the European Court of Justice in *Reiff*, for example.

3.1.3. *The amplitude of the antitrust immunity in the United States.*

Until the mid 80s, there was some controversy in American legal literature about the amplitude of the antitrust immunity that is a consequence of the State Action Doctrine. Some authors advocated that antitrust immunity would only be applicable to the conduct that was *compelled* by the state regulation. In the case that a given action was merely authorized, approved or even encouraged – whenever there was some margin and autonomy to the undertakings – it would be subject to the antitrust law.⁷⁴ This understanding derived from ambiguous Supreme Court decisions.⁷⁵

In its ruling in *Southern Motor Carriers v. United States* in 1985, however, the Court itself clarified that the compulsoriness of a given private action is not a requirement of antitrust immunity applicability – the immunity will depend solely on the above mentioned biphasic test. In the Court’s words: “*Although we recognize that the language in Goldfarb is not without ambiguity, we do not read that opinion as making compulsion a prerequisite to a finding of state action immunity*”.⁷⁶

74. This was the understanding of Hjelmfelt, *op cit*, 287.

75. See, especially, *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1973); *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579 (1976) e *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

76. *Southern Motor Carriers v. United States*, 471 U.S. 48 (1985). In *Town of Hallie v City of Eau Claire* (1985) 471 U.S. 34, 64-65, the Court reaffirmed its position.

3.2. The Case of the European Union

We have seen that the exemption applied by the American Supreme Court as a consequence of the State Action Doctrine is rather broad. Whenever a private action is promoted in accordance to a clearly articulated and actively supervised state policy that displace competition, the antitrust immunity applies. The European Union approach to the same question was clarified in November 2003, in the European Court of Justice ruling in *Conorzio Industri Fiammiferi (CIF)*⁷⁷ and is much more nuanced than the American one. This is an obvious result of the fact that the assessment of the legality of the state action is itself nuanced in the European Union.

The *Conorzio Industri Fiammiferi* was a group of Italian match producers created by a Royal Decree that conferred to it the exclusive rights (monopoly) to produce the matches that were necessary to the Italian national market. By a convention annexed to the Decree, Italy agreed to fix the price for the matches and to prevent any match producer outside the consortium from acting in the Italian market, whereas the CFI was suppose to guarantee the payment of the relevant taxes. The original content of the programme suffered some alterations along the time, but the main limitations remained. The case was then brought before the Italian competition authority (*Autorità garante della concorrenza – AGDC*) by a German match producer that denounced difficulties in entering the Italian market and argued that the Italian rules violated the competition rules on the Treaty establishing the European Union. The AGDC referred the case to the European Court of Justice.

According to the ECJ's decision, when an anticompetitive state regulation is lawful, the action promoted in accordance to it will always be lawful. Thus, the state action defence in this case is unlimited. The private undertaking will be able to defend itself from the accusation that it is in breach of the community competition law. Conversely, where that the state regulation is deemed contrary to the Treaty, then the application of the antitrust immunity to private conduct will depend on whether the regulation (i) compels a given private action or (ii) merely authorizes, facilitates or favours it. It is equally important to separate the cases where (i) the private action was promoted before the decision that the regulation was unlawful; (ii) it was implemented after such decision.

77. Case C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-8055. On this case, C. Rizza, 'The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the state action defence (Case C-198/01 CIF)' (2004) 25(2) ECLR 126.

Let's first consider the case in which an anticompetitive conduct was compelled by the national regulation. The general principle was firstly stated in *Ladbroke*, where the Court held that the competition rules of the Treaty “*apply only to anticompetitive conduct engaged in by undertakings on their own initiative*”.⁷⁸ However, the ECJ clarified that this exemption is only valid for the conduct taken prior to the decision that established the illegality of the state regulation. After this decision, the undertakings can no longer rely on the state defence to escape from the antitrust liability. They will have to ignore the national regulation, otherwise they might be held liable under EC Law.

The Court was less lenient with the case of conduct that was not compelled by the national regulation, but merely authorised, favoured, facilitated or encouraged by it. Under these circumstances, there is no antitrust exemption, neither prior to nor after the decision of its illegality. When the national regulation leaves any space whatsoever for the undertakings to decide what to do and they opt for the anticompetitive conduct, they shall be punished by their infraction. In such cases, the private action will be considered to be restricting the *residual competition*.⁷⁹ The ECJ clarifies, though, that depending on the circumstances of the case, the penalty to be applied might be attenuated.⁸⁰

In reference to the situations where the state regulation was considered legal under competition rules, the Court is right to grant antitrust immunity to the undertakings that act in accordance with it. The reasons have been given in the introductory part of this section: the effectiveness of the state policy and the protection of the undertaking legitimate expectation.

I also agree with the understanding that the immunity should be granted whenever the state regulation compelled or required a given action, even in the cases that such regulation is later judged to be contrary to the competition rules of the Treaty. The European Commission disagrees. It has stated in *Ladbroke* that in such cases the undertakings should be obliged to contest the national rules, because of the primacy of community law.⁸¹

78. Cases C-359/95 and 379/95P *Commission and France v Ladbroke Racing Ltd.* [1997] ECR I-6265, para. 33.

79. *Rizza, op cit*, 128.

80. R. Wainwright and A. Bouquet take the view that “*such attenuating circumstance can of course only be contemplated where there is some doubt about the unlawfulness of the agreement or behaviour*” (in *op cit*, 553-554).

81. *Ladbroke, cit*.

That is an unrealistic and excessively harsh demand. It is undisputed that the verification of an antitrust law violation is a hard task. In most of the cases, one would need to recur to not easily accessible market information and proceed with difficult economic evaluation. Even after that, the actual violation of the antitrust rules is very frequently subject to high controversy. As a result, there is a considerable degree of uncertainty as regards the application of competition law. Given that situation, to require that the undertakings assess the legality of the State's regulations under the Community competition law and then refrain from respecting it corresponds to pushing them further down the problem of the lack of legal certainty. More importantly, in the dynamic and competitive environment of business, it is not reasonable to expect that the undertakings will go to the national courts whenever they think that a State regulation might be in breach of the community rules and then wait the case be judged before acting. It should not be ignored that this judicial claim would probably be referred to the Community Courts, in which case it would take even longer to be concluded. As the Advocate General Jacobs has stated, the Commission's suggestion corresponds to "*imposing on undertakings the duty to enforce Community law which rather belongs to Community and national authorities*".⁸²

I also disagree with the ECJ on the issue relating the conduct that was not compelled, but merely authorised, favoured, facilitated or encouraged by the national regulation. The Court argues that since there was some space for the undertakings to decide by themselves what to do, they should be sanctioned when they opt to breach the Community competition law. I do not see how this argument can be coherent with the Court's protection of the legitimate expectation, which it treats as a fundamental right.⁸³ It is obviously legitimate to expect that a state measure be legal. Thus, the undertakings would have to be protected from any negative consequence of the confidence they deposit on the national legislation. In any case, I would expect the divergence to be mitigated by the Court's statement that the national competition authority might take the features of the case into account to attenuate the penalties to be applied.

Finally, as another attenuation of the Court's ruling, the undertakings that are ultimately damaged by their reliance on the state regulation might be able to claim damages against the Member States, under the *Francovich* doctrine.⁸⁴

82. Opinion of the Advocate General Jacobs, Case C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-8055, para. 50.

83. Schwarze, *op cit*, 867.

84. See Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357, as well as Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029. See also Rizza, *op cit*, 129.

3.3. The antitrust immunity: what if Parker and Brown were European?

I shall get back to Eleanor Fox's interesting question: what if Parker and Brown were Italian? Now it is time to deal with the consequences of such a nationality change to the antitrust immunity that may result from the anticompetitive state action. In the United States, the Californian Raisin Program was found legal and the raisin producers could not be sued under the competition law. What would have happened in Europe? I have concluded above that the Californian Raisin Program would have been considered incompatible with the Treaty provisions, under the second limb of the *Van Eycke* doctrine, regarding the delegation of regulatory powers to the undertakings. However, the conduct of the raisin producers was compelled by the State of California. Indeed, violations to the program were punishable by fines and jail.⁸⁵ To these cases, the ECJ's would apply the antitrust immunity, exempting the undertakings of any liability or penalty for the conduct *taken before the decision of the illegality of the program*. Differently to what happened in the US, though, Antitrust rules and sanctions could be applied after the Raisin Program was deemed unlawful. Also unlike his American counterpart, the European Brown would have been able to claim damages from the State of California, under the *Francovich* doctrine.⁸⁶

And what if the *Consorzio Industri Fiammiferi* was in fact the "Californian Match Producers Association"? Then the important questions would be (i) if the relevant legislative provisions were a result of a clearly articulated policy and (ii) if such policy was effectively supervised by the State. The facts of the case make clear that the Italian policy was "clearly articulated and affirmatively expressed", in the sense that it corresponds to a clearly intended displacement of competition. The fact that the correspondent Royal Decree established the consortium of domestic match manufacturers and conferred on it the exclusive right to manufacture and sell matches to the Italian market is conclusive.⁸⁷ As for the existence of an "active supervision" of the program by the Italian government, the answer is not equally straightforward. I will make reference here to the original features of the CIF, which are the most intrusive ones. These features were changed and the program was gradually attenuated in the following decades, due to some rulings of the Italian National Courts.

The operational details of the CIF were set in its agreement with the Italian State which was attached to the relevant Royal Decree. According to it, the

85. Fox, *op cit*, section II.

86. *idem*, section V.

87. *CIF, cit*, para3.

decisions concerning the allocation of match production quotas were taken by a special committee. Among the five members of the Committee, there was one representative of the Italian State, an official of the State Monopolies Board (*Amministrazione dei Monopoli di Stato*), who was its chairman. The other members of the Committee were representatives of the CIF itself and of the member undertakings. The decisions were taken by majority vote and then were communicated for the approval of the State Monopolies Board. In addition to that, certain decisions, such as those concerning the transfer of quotas, would have to be communicated to and approved by the Ministry of Finance.⁸⁸

It is uncertain whether these control mechanisms would have been deemed enough to characterise the State supervision. Anyway, as I have previously stated, such potential or theoretical supervision in itself is not enough to justify the granting of the antitrust immunity. The American Supreme Court's requirement of an *active* supervision means that the State must be effectively controlling and supervising the program, for example, through the *actual* scrutiny of the CIF decisions by the State Monopolies Board or the Ministry of Finance. There is no such indication in the factual narrative in the ECJ's judgement. I would thus believe that the CIF would not have been granted the antitrust immunity by the American courts. In this case, the United States would have been stricter than the European Union, which indicated that exemption should be granted regarding the facts prior to the decision declaring the illegality of the program.

4. CONCLUSION

Unfairly neglected by the American and European legal commentators, the issue of public restraints to competition deserves further attention. In this dissertation, I focused on one of the problems that might arise within this context: what happens in the United States and in the European Union when the States are the ones to blame for the restriction of competition? The text was divided into two main problems: (i) the limits of the legality of the state action; (ii) the immunity consequences of the state action to private parties.

Although the European position seems to be a little more protective of competition than the American one, I suggested that neither of them protect it enough. To the problem of the limits of the legality of the state action, a *legitimacy and proportionality* test was proposed. I argued that this test is absolutely compatible with both jurisdictions and that it would help to avoid regulation that has been

88. *ibid*, para7.

passed to the interests of the regulated companies only. By the same token, *legitimate and proportional* state regulation would not find limits in competition law.

As for the issue relating the state action defence, I showed some inconsistencies with the Courts positions in other matters and suggested the means to correct it. In most of the cases, this dissertation's contributions have been extracted from the Administrative Law. Notions like proportionality, legitimate expectation, legal certainty and state liability have an important role to play in the development of the American and European State Action Doctrine.

There is still a long way to go until the treatment to public restraints to competition can be considered satisfactory. Hopefully, this dissertation can be seen as a step in this direction.

5. BIBLIOGRAPHY

5.1. Books and Articles

Aragão, A. S. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico* (Rio de Janeiro: Forense, 2003).

Areeda, P. and Hovenkamp, H. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application* (Aspen Pub, 2nd ed, 2000).

Areeda, P. *Antitrust Analysis: material, text, cases* (Boston: Little, Brown and company, 1967).

Ávila, H. B. *Teoria dos princípios* (São Paulo: Malheiros, 2003)

Chalmers, D. *et alli, European Union Law* (Cambridge: Cambridge, 2006)

Cruz, J. B. *Between competition and free-movement: the Economic Constitution Law of the European Community* (Oxford: Hart Publishing, 2002)

Davies, G. 'Competition, Free Movement and Consumers of Public Services' (2006) EBLR 95.

Druesne, G. *Droit materiel et politiques de la Communauté européenne* (Paris: PUF, 1986)

Escola, H. J. *El interés público como fundamento del derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1989)

Federal Trade Commission, 'Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine' at <http://www.ftc.gov/2006/11/noerr.html> (last visited 12 May 2007)

Federal Trade Commission, 'Report of the State Action Task Force' at <http://www.ftc.gov> (last visited 12 May 2007)

- Flynn, L. and Rizza, C. 'Postal Services and Competition Law: a Review and Analysis of the EC Case-Law', (2001) 24 *World Competition* 478.
- Forsyth, C. "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations" (1988) 47 CLJ 238
- Fox, E. M. 'State action in comparative context: What if Parker v. Brown were Italian?', in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003)
- Gagliardi, A. F. 'United States and European Union Antitrust versus state regulation of the economy: is there a better test' (2000) 25(4) ELR 355
- Gyselen, L. 'Anti-competitive state measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard' (1993) 19 ELRev Competition Checklist 55
- Harlow, C. 'European Governance and Accountability', in N. Bamforth and P. Leyland (eds), *Public Law in a Multi-Layered Constitution* (Oxford: Hart, 2003)
- Hawk, B. (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003)
- Hjelmfelt, D. C. *Antitrust and regulated industries* (New York: John Wiley & Sons, 1985)
- Hovenkamp, H. 'Antitrust and the regulatory enterprise' (2004) CBLR 352.
- Jowell, J. and Lester, A. "Proportionality: neither novel nor dangerous" (1988) 41 CLP 52
- Korah, V. *An introductory guide to EC Competition law and practice* (Portland: Hart, 2004)
- Lenaerts, K. and van Nuffel, P. *Constitutional Law of the European Union* (London: Sweet & Maxwell, 2005)
- Marques Neto, F. A. *Regulação estatal e interesses públicos* (São Paulo: Malheiros, 2002)
- Mendes, M. M. 'State intervention/State Action: a U.S. and EC Perspective from Cassis de Dijon to Altmark Trans and beyond: trends in the assessment of state intervention by the European Courts', in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003)
- Muris, T. 'State intervention/State Action: a U.S. perspective', in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003)
- Nolte, G. 'General Principles of German and European Administrative Law: A comparison in Historical Perspective' (1994) 57 MLR 193.
- Oliver, P. *Free movement of goods in the European Community* (London: Sweet & Maxwell, 2003)

- Rasmussen, H. *On Law and Policy in the Court of Justice* (Hague: Martinus Nijhoff, 1986)
- Rizza, C. 'The duty of national competition authorities to disapply anti-competitive domestic legislation and the resulting limitations on the availability of the state action defence (Case C-198/01 CIF)' (2004) 25(2) ECLR 126
- Salomão Filho, C. *Direito concorrencial: as estruturas* (São Paulo: Malheiros, 2nd ed, 2002)
- Schepel, H. 'Delegation of Regulatory Powers to Private Parties Under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test', (2002) 39 CMLR 31
- Schwarze, J. *European Administrative Law* (London: Sweet and Maxwell, 1992).
- Silva, L. V. A. 'O proporcional e o razoável' 25 *Revista dos Tribunais* 798
- Van den Bergh, R. J. and Camesasca, P. *European Competition Law and Economics: a comparative perspective* (London: Sweet & Maxwell, 2006)
- Vedel, G. and Delvolvé P., *Droit administratif* (Paris: PUF, 1992)
- Vossestein, A. J. 'Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition' (2000) 37 CLMR 1390
- Wainwright, R. and Bouquet, A. 'State intervention and action in EC competition law', in B. Hawk (ed), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003* (New York: Juris, 2003)
- Whish, R. *Competition Law* (London: Lexis Nexis, 5th ed, 2003)

5.2. American Cases

- Bates v State Bar of Arizona* (1977) 433 US 350
- California Retail Liquor Dealers v Midcal Aluminium* (1980) 445 US 97
- Cantor v Detroit Edison* (1976) 428 US 579
- City of Columbia v Omni Outdoor Advertising* (1991) 499 US 365.
- Eastern Railroad Presidents Conference v Noerr Motor Freight* (1961) 365 US 127
- Goldfarb v Virginia State Bar* (1975) 421 US 773
- Parker v Brown*, (1943) 317 US 351
- Southern Motor Carriers v United States* (1985) 471 US 48
- Town of Hallie v City of Eau Claire* (1985) 471 US 34
- United Mine Workers v Pennington* (1965) 381 US 657

5.3. European Union Cases

- Case 13/77 *GB-Inno v ATAB* [1977] ECR 2115.
- Case 136/86 *BNIC v Aubert* [1987] ECR 4789
- Case 267/86 *Pascal Van Eycke v ASPA NV* [1988] ECR 4769, para. 16.
- Case 311/85 *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801
- Case C-122/78, *Buitoni v FORM* [1979] ECR-II 677, 685.
- Case C-163/96 *Silvano Raso* [1998] ECR I-533.
- Case C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* [1993] ECR I-5801, para. 23.
- Case C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I-8055.
- Case C-2/91 *Wolf W. Meng* [1993] ECR I-5751
- Case C-21/85, *Maas v BALM* [1986] ECR-II 3537, 3556;
- Case C-245/91 *Ohra Schadeverzekeringen NV*. [1993] ECR I-5851.
- Case C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorassi (ERT) AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas* [1991] ECR I-2925.
- Case C-320/91 *Procureur du Roi v Paul Corbeau* [1993] ECR I-2533.
- Case C-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851.
- Case C-41/90 *Höfner & Elser v Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979.
- Case C-475/99 *Ambulanz Glockner v Landkreis Sudwestpfalz* [2001] ECR I-8089.
- Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.
- Case T-13/99 *Pfizer* [2002] ECR II-3305;
- Case T-70/99 *Alpharma v Council* [2002] ECR II-347, para 100;
- Cases 205-215/82, *Deutsche Milchkontor* [1983] ECR 2633, 2668.
- Cases C-359/95 and 379/95P *Commission and France v Ladbroke Racing Ltd.* [1997] ECR I-6265.

Joined Cases 209 to 213/84 *Ministère Public v Asjes* [1986] ECR 1425.

Joined cases C-267/91 and C-268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard* [1993] ECR I-06097.

Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029.

Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357.

IX

Derecho de Superficie, ¿Ius in re aliena?

Negocio superficiario publico
– negocio superficiario privado en el derecho romano clásico

Guillermo Suárez Blázquez

Prf. Dr. Titular – Universidad de Vigo – España.

I. Negocio superficiario público: concesión demanial administrativa-tributaria de superficie: “locatio – conductio de loco publico fruendo” – II negocio superficiario privado: contrato sinalagmático de superficie/locatio conductio de superficie privada – III. La superficie pública y privada como unidad económica – jurídica del negocio superficiario.

I. NEGOCIO SUPERFICIARIO PÚBLICO: CONCESIÓN DEMANIAL ADMINISTRATIVA-TRIBUTARIA DE SUPERFICIE. “LOCATIO- CONDUCTIO DE LOCO PUBLICO FRUENDO”

La jurisprudencia clásica presenta la concesión superficiaria sobre solares públicos de forma copulativa a las concesiones demaniales de los campos agrarios públicos o **ager vectigalisque**: “**SED ET VECTIGALIA VEL SUPERFICIARIA**”¹, “**ITEM IN FUNDO VECTIGALI VEL SUPERFICIE**”². Las vidas jurídicas paralelas de estas instituciones, como observaron **BOVE**, **PASTORI** y, recientemente, **BEN STOOP**,³ no deben resultar extrañas.

Los orígenes de la calificación administrativa de ambos tipos de suelo son comunes y, con mucha probabilidad, se encuentran en los procesos administrativos de demarcación territorial y deslinde del suelo municipal, agrario – urbano, que llevaban a cabo los agrimensores romanos – **ager divisus et adsignatus**-. En esta

1. D. 10, 2, 10.

2. D. 7, 4, 1.

3. **BOVE**, “*Ricerche sugli agri vectigales*”, Napoli, 1960, p. 84. **PASTORI**, “*PROSPETTIVA STORICA DELLA SUPERFICIE NEL SISTEMA DEI DIRITTI*”, Ed. Cisalpino - Goliardica Milano, 1979, p. 196. **BEN STOOP**, “*LAW AND ECONOMY IN ANTIQUITY: THE HOUSING SHORTAGE IN ANCIENT ROME AND THE RESPONSE OF THE CLASSICAL JURISTS TO THE DEMANDS OF COMMERCE*”, *POLIS, Studi interdisciplinari sul mondo antico*, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, II 2006, L'ERMA di BRETSCHNEIDER, Roma, 2006, p. 262.

dirección, **TREBACIO**, asesor y jurista de **CESAR**, informaba fidedignamente de los fines que perseguía el procedimiento administrativo catastral del **AGER LIMITATUS**: “**agrum, qui hostibus devictis, ea conditione concessus sit, ut in civitatem veniret, habere alluvionem, neque esse limitatum; AGRUM AUTEM MANUCAPTUM LIMITATUM FUISSE, UT SCIRETUR, QUID CUIQUE DATUM ESSET, QUID VENISSET, QUID IN PUBLICO RELICTUM ESSET**”, (el terreno, que vencido los enemigos, haya sido concedido, con la condición de que vuelva a la ciudad, tiene derecho de aluvión y no está limitado; el territorio que hubiese sido ocupado fue limitado para que se conociese cuál y cuánto había sido dejado en privado a cada uno, cuál fue vendido, cuál se dejó para el uso público).⁴

Si el terreno agrario o **ager vectigalsque** y los solares urbanísticos públicos o **predios superficarios** encuentran su origen y forman parte del “**ager limitatus quid in publico relictum esset**”, no sería arriesgado mantener que los solares públicos fueron desgajados del “**ager limitatus in publico**” por el pueblo romano, las ciudades y las colonias, y, en ambos casos, entregados a los particulares para su edificación.

Las fuentes del Digesto distinguen por una parte el **ager vectigalsque** agrario, de los llamados **praedia superficaria**, -predios superficarios urbanos-, y por otra, los **praedia superficaria** de los **aedificia vectigalis superficarios**. Esto significa que el Estado Romano, magistrados - cónsules, cuestores, censores y ediles – y, posteriormente, el emperador y sus funcionarios – **praefectii, curatores** – y, junto a ellos, el Senado, planificaban el diseño urbanístico de la ciudad y calificaban previamente el régimen jurídico del suelo y, esta calificación jurídica alcanzaba, por el principio de accesión, a la superficie:

– **Praedia Superficaria:**

- Los **PRAEDIA SUPERFICARIA**⁵ son solares públicos calificados, previamente, con este título jurídico administrativo y tributario público. Esta calificación habilita a los poderes políticos romanos para conceder o entregar, mediante concurso público, estos solares a los ciudadanos para su construcción y explotación superficaria. El concesionario es beneficiario del derecho de construcción y explotación superficaria,⁶ construye o disfruta privativamente del uso del edificio

4. D. 41, 1, 16.

5. D. 10, 2, 10. D. 43, 8, 2, 3.

6. CIL. 1585b.

público y, en contraprestación, paga periódicamente un tributo público al erario en nombre del pueblo romano por el suelo (**VECTIGAL SOLARIVM PVBLICO POPULI ROMANI**).⁷

– **Aedes Vectigalis:**

- En otras ocasiones, **el Estado romano construye sus edificios públicos y los entrega mediante concurso superficiario a los ciudadanos**. En ambos casos, los concesionarios están subyugados, permanentemente, al pago del vectigal. La construcción superficiaria pública es calificada jurídicamente por el Estado romano, o sus entes territoriales municipales, con el título de **AEDES VECTIGALIS**.⁸

La construcción de edificios públicos superficiarios por el Estado romano es testimoniada por **VITRUVIO**. El arquitecto trata en su monografía **DE ARCHITECTURA**, escrito entre los años 30 – 24 a. d. C., en el libro V sobre el urbanismo y la construcción de los edificios públicos. En el capítulo I, hace un estudio del foro y de los pórticos públicos. Estas construcciones eran financiadas, generalmente, por el Senado, los magistrados y los emperadores. Según testimonia **VITRUVIO**, en los foros porticados de Roma y de las ciudades de Italia “**Italiae vero urbibus**”, “... **ideo quod a maioribus consuetudo tradita est gladiatoria**” (se celebraban los espectáculos gladiatorios conforme a la costumbre de los antepasados) y añade “**igitur circum spectacula spatiosiora intercolumnnia distribuuntur circaque in porticibus argentariae tabernae maeniaque superioribus coaxationis conlocetur, quae et usum et ad vectigalia publica recte erunt disposita**” (sin embargo, por el espectáculo del circo las columnas son distribuidas muy espaciadas, y debajo de los pórticos deben estar situados los locales de la banca y unidas a las plantas superiores, las galerías <comerciales> cuyo uso <privado>⁹ se sujeta al pago de un tributo público), **L. V, Cap. I, 2**.

Los locales de negocio y las galerías comerciales balconadas son *unidades*¹⁰ *superficiarias públicas* que el Tesoro romano explotaba, generalmente mediante concesión pública administrativa. Los comerciantes, los empresarios de las finanzas, las **societates publicanorum** y los colegios profesionales concurrían a la oferta pública de construcción o uso privado de los edificios y de las unidades superfi-

7. D. 43, 8, 2, 17. D. 50, 16, 17, 1.

8. D. 39, 2, 15, 26.

9. Son glosas explicativas añadidas al texto por el autor.

10. D. 50, 10, 5, 1.

ciarias. Los adjudicatarios quedaban sujetos y subyugados, permanentemente, al pago del tributo superficiario público por el derecho uso de la superficie pública.

En esta dirección, no sorprende que el jurista precise **LABEO**, coetáneo de **AUGUSTO** y **VITRUVIO**, precise qué lugares públicos son susceptibles de uso privado: **loci publici** son los solares –**areas**– y los edificios –**insulas**–.¹¹ Los solares que menciona el jurista pueden ser **predios superficiarios públicos** y, de la misma forma, los edificios pueden ser **insulae superficiarias públicas** si son entregados a los particulares sujetos al pago del tributo –**vectigal**–. La calificación administrativa previa de los solares y los edificios públicos superficiarios, la transmisión del uso mediante negocios privados y la sujeción al derecho tributario y fiscal del Estado romano se deducen de la información cristalina que nos transmite **ULPIANO** sobre las obras públicas: “**finis publicos a privatis detineri non oportet. Curabit igitur Praeses provinciae, si qui publici sint, a privatis separare, ET PUBLICOS POTIUS REDITUS AUGERE, SI QUA LOCA PUBLICA VEL AEDIFICIA IN USUS PRIVATORUM INVENERIT, aestimare, utrumne VINDICANDA IN PUBLICUM SINT, an VECTIGAL IIS SATIUS SIT IMPONI; et id, quod utilius esse reipublicae intellexerit, sequi**”, (no es conveniente que los lugares públicos sean detentados por los particulares. Así el **Praeses** de la provincia cuidará de separar los lugares públicos de los privados, y de estimar y aumentar las rentas <superficiarias> de los lugares públicos si descubre lugares públicos <suelo superficiario y edificios superficiarios> en el uso privado de los particulares, o si hayan de ser reivindicados para el dominio público, o si es preferible que se les sujete al pago de un tributo <**solarium**>; y cuidará de lo que sea más conveniente para la utilidad pública de la República”).¹²

Los negocios superficiarios públicos están dominados y subyugados siempre por el Imperium político, administrativo y fiscal del Estado romano y de los entes territoriales, sitios en Italia y las provincias. Los magistrados, el Senado, los Príncipes y sus funcionarios delegados, los gobernadores y los decuriones estaban habilitados por ley, es decir, eran soberanos para imponer, de modo unilateral, las condiciones de la concesión administrativa tributaria en superficie. El ciudadano interesado en participar en el concurso o licitación de los solares superficiarios no podía negociar las condiciones de la adquisición del solar. El superficiario quedaba subyugado a las cláusulas públicas del contrato de la concesión superficiaria, y al control financiero y tributario del Tesoro del Estado Romano o de sus entes municipales. Cualquier cambio en las condiciones

11. D. 43, 8, 2, 17.

12. Los corchetes recogen glosas explicativas a la traducción.

de la concesión superficiaria debía ser solicitado al ente público concedente. Éste mediante decreto podía acceder a lo solicitado (exención del pago del solárium, prórroga de la concesión etc.) o rechazar de modo unilateral la pretensión del particular.

Las concesiones administrativas de la superficie encuentran su origen en la ley,¹³ y en el derecho y reglamentaciones urbanísticas municipales de las ciudades.¹⁴ Si en Roma, al decir de **CICERÓN**, las concesiones de suelo público son competencia del Senado, “**senatusconsultum de loci publici**”, y de los magistrados: “**SUPERFICIEM CONSVLES EX SENATUS CONSULTO AESTIMABUNT**”,¹⁵ -práctica seguida por los Príncipes mediante **DECRETO** y **EDICTO**¹⁶- en Italia y las provincias las concesiones son reguladas por las leyes municipales-. Por ejemplo, la **LEX FLAVIA IRNITANA** (91 d. C.) en su **Rúbrica 63, VII, B “De locationibus legibusque locationum proponendis et in tabulas municipis referendis”** dice: “**Qui Iivire dicundo praerit vectigalia ultroque/tributa, sive quid aliut communi nomine municipum eius municipi oportebit, locato. Quasque locationes fecerit, quas leges dixerit et quanti quit / locatum sit, et qui praedes accepti sint in tabulas comunes municipum eius municipi referantur factio, et proposita habeto per omne reliquum tempus honoris sui, ita ut de plano recte legi possint, quo loco decuriones conscriptive proponenda esse censuerit**”.

La información ciceroniana encuentra un apoyo formidable en las leyes municipales pues éstas transfieren la competencia sobre el suelo superficiario a los magistrados y al Senado municipal. Los **Iiviri** pueden arrendar los solares tributarios, se comprenden los terrenos agrarios y los solares públicos, en nombre del municipio. El inicio del concurso público se realiza previa autorización del Senado. La Cámara de Decuriones del municipio fiscaliza, califica y ordena mediante decreto, **DECRETVM DECURIOINVM**,¹⁷ aprobado por mayoría cualificada del órgano político colegiado municipal,¹⁸ la salida a concurso de los solares superficiarios públicos municipales, que los **Iiviri** llevan a cabo: “**quo loco decuriones conscriptive proponenda esse censuerint**”. La concesión pública fija, mediante cláusulas, las condiciones del arrendamiento - **quas leges dixerit**:- las causas de incompatibilidad para participar en el concurso, las condiciones económicas, por

13. CICERON, Ep. Ad. Att. 12, 35. D. 43, 8, 2.

14. D. 43, 8, 2, 1.

15. CICERON, ATT, 4, 1. D. 43, 8, 2.

16. D. 43, 8, 2.

17. LEX FLAVIA IRNITANA, Rúbrica 42, “Si qua decreta decurionum tolli oportebit, quemadmodum tollantur”.

18. LEX FLAVIA IRNITANA, Rúbrica 42.

ejemplo, la cuantía del tributo superficiario, **vectigal solarium**, - **quanti quit**-, los fiadores y avalistas que debe presentar el concesionario, - **qui praedes accepti**- y el tiempo de la concesión. El concurso es público, se anunciará, junto al decreto, por un plazo de treinta días,¹⁹ y deberá ser expuesto por el mismo plazo de tiempo en los tablones públicos del municipio – **tabulas comunes municipum**-.

A finales de la época clásica, la necesidad del concurso no es necesaria, pero el suelo superficiario sigue estando bajo el control del Estado romano. Según manifiesta **ULPIANO**, si algún particular edifica sin permiso en suelo público, el Estado o el municipio puede unilateralmente demoler lo edificado, o autorizar la construcción superficiaria sujeta al pago del tributo superficiario –**solarium**- : “**si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, qui operibus publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere**”,²⁰ (aquel que haya edificado en solar público sin que nadie se le hubiese prohibido, el procurador de las obras públicas debe demolerlo, pero si no obsta debe imponerle al promotor < superficiario > un **solarium**).

El texto ulpiano es claro: la construcción en superficie queda sujeta al control y fiscalización urbanística y tributaria del ente público. Los magistrados y funcionarios públicos municipales vigilaban al suelo público superficiario y a la construcción y el mantenimiento de las obras públicas superficiarias. Este poder de control urbanístico, administrativo y tributario de la superficie pública podía conducir:

- a) A la calificación administrativa previa del suelo público como suelo constructivo superficiario.
- b) A la concesión de licencias y permisos para construir en superficie pública.²¹
- c) A la prohibición de edificar en suelo público superficiario.²²
- d) A la solicitud de cauciones judiciales que garanticen que no se iniciará una obra superficiaria en suelo público.²³

19. LEX FLAVIA IRNITANA, Rúbrica 41 (25) “De Decurionum decretis recitandis et in tabulis municipio referendis”.

20. D. 43, 8, 2, 17.

21. FIRA, III, 110. ID. III, 111.

22. D. 43, 8, 1. D. 43, 8, 2. C. 8, 12, 21. FIRA, III, 110. ID. III, 111.

23. D. 43, 8, 2, 18.

- e) A la concesión de decreto de **Interdictos de loco publico fruendo en defensa del vectigal superficiario**.²⁴
- f) A la denuncia de obra nueva superficiaria pública – **operis novis nunciatio de superficie publica** -.²⁵
- g) A la imposición de cauciones de obra nueva superficiaria – **cautio operis novis de superficie** -.²⁶
- h) A la imposición de cauciones por el daño temido superficiarias públicas – **cauciones damni infecti de superficie publica** -.²⁷
- i) A la imposición de **stipulationes damni infecti** superficiarias públicas.²⁸
- j) A la imposición de cauciones fiscales o tributarias superficiarias a los concesionarios de la superficie pública.²⁹
- k) A la imposición de tributos urbanísticos superficiarios, **vectigal-solarium** (“*a ground-rent*”).³⁰
- l) A la exención del pago de los tributos públicos superficiarios.³¹
- m) A la valoración económica de la superficie pública.³²
- n) A la vigilancia de la transmisión y venta del derecho de uso de superficie pública. El nuevo superficiario, adquirente del derecho de uso, permanece sujeto al pago del **vectigal** o **solarium** al Estado romano.
- o) A la vigilancia del suelo superficiario público.³³
- p) A la vigilancia de los edificios superficiarios públicos.³⁴
- q) A la imposición de multas y sanciones por negligencia en el uso de la superficie pública.³⁵

24. D. 43, 9, 1. D. 43, 9, 1, 1.

25. D. 39, 1, 3, 4.

26. D. 39, 2, 15, 26. D. 39, 2, 15, 27.

27. D. 39, 2, 15, 26. D. 39, 2, 15, 27.

28. D. 39, 2, 13, 8. D. 39, 2, 15, 26. D. 39, 2, 15, 27.

29. D. 50, 8, 3, 1.

30. **A Latin Dictionary, LEWIS AND SHORT, Oxford**, p. 1718, **solarium-ii (sc. Vectigal)** D. 17, 7, 1, 7 & 2. D. 43, 8, 2. D. 30, 1, 39 & 5. D. 50, 8, 3, 1.

31. FIRA III, 111. CIL. VI, 266: “Lis fullonum”.

32. CICERON, Ad. Att. 4, 1. Id. 4, 2, 5.

33. D. 50, 10, 5, 1.

34. D. 43, 8, 2, 17, D. 50, 10, 5, 1.

35. D. 1, 15, 3, 1.

- r) Al ejercicio de la **Acción Reivindicatoria, - VINDICATIO IN PUBLICO** -, dirigida a la declaración judicial del dominio público sobre el solar o el edificio superficiario.³⁶
- s) A la reversión forzosa de la concesión por falta de pago del tributo.³⁷
- t) A la reversión forzosa de la concesión superficiaria por incompatibilidad pública para ser titular de la concesión.³⁸
- u) A la reversión forzosa de la concesión superficiaria por falta de idoneidad económica del concesionario.³⁹
- v) A la emisión de un decreto de demolición de la edificación superficiaria si no se cumplían los requisitos impuestos por la concesión, o por los magistrados municipales.⁴⁰
- w) A la emisión de una orden pública coercitiva de demolición superficiaria pública no ajustada a derecho.⁴¹

El **Imperium** y el dominio público del Estado y de los entes municipales territoriales se imponían sobre el concesionario superficiario privado. Los solares superficiarios, propiedad del pueblo romano, no eran objeto de usucapión. Del mismo modo, los **aedibus vectigalsque** situados sobre solares públicos eran imprescriptibles: “**nec enim dominium capere possidendo potest**” (ni siquiera poseyendo puedes adquirir el dominio).⁴²

Estas **concesiones demaniales administrativas ad edificandum**⁴³ de los solares públicos superficiarios nacieron por causa de utilidad pública e interés social con el fin de dar solución a las **demandas financieras y tributarias del estado romano**⁴⁴ y de sus entes locales. Los predios superficiarios públicos constituyeron junto a los predios patrimoniales de la república uno de los motores más importantes de la creación de la riqueza tributaria pública del Tesoro Romano y del Erario de las ciudades, colonias y municipios del imperio. Las concesiones trataron de dotar de autonomía financiera a los entes municipales. Éstos podían

36. D. 50, 10, 5, 1.

37. D. 50, 8, 9, 2. D. 50, 10, 5, 1.

38. LEX IRNITANA, 48 Rubrica. Qui ne conducant emantve, neve socii sint cum publica locabuntur venibunt.

39. D. 50, 8, 3, 1.

40. CICERON, Ad. Att. 4, 1. D. 43, 8, 2, 17.

41. D. 43, 8, 2, 17.

42. D. 39, 2, 15, 26.

43. D. 43, 8 2. FIRA, III, 110. Id. III 111.

44. D. 50, 11, 5, 1.

financiar, mediante el cobro de las rentas tributarias superficiarias, la construcción y reparación de obras y edificios públicos, esto es, el mantenimiento del urbanismo público. Junto a la utilidad pública las concesiones atendieron a la utilidad privada. La creación de negocios y empresas, y la puesta en circulación de un mercado superficiero público era instrumentos de fomento de la riqueza privada en Roma y en los entes municipales del Imperio.⁴⁵

II. NEGOCIO SUPERFICIARIO PRIVADO: CONTRATO SINAGMÁTICO DE SUPERFICIE / LOCATIO – CONDUCTIO DE SUPERFICIE PRIVADA

Una definición clásica del **negocio superficiero privado** se puede armar del elenco de los escritos jurisprudenciales que nos presenta el Digesto:

“**SUPERFICIE EST NEGOTIO**⁴⁶ **LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS,**⁴⁷
IN RE ALIENA QUIA SUPERFICIE EST IN SOLO ALIENO⁴⁸ **ET IN**
CONDUCTO SOLO POSITAE EST⁴⁹”.

Los juristas romanos y los pretores conocieron y tutelaron el negocio privado de la superficie. La superficie es objeto de arrendamiento y el edificio superficiero constituye una entidad jurídico-económica objeto de un negocio entre una pluralidad de partes. Sobre el suelo y la construcción superficiera fluctúan y pivotan los intereses del arrendador y del arrendatario. **GAYO** es el primer autor y único que da una definición jurídica de esta institución, en sus Comentarios al Edicto Provincial, **Libro XXV**: “**SUPERFICIARIAS AEDES APELLAMUS, QVAE IN CONDUCTO SOLO POSITAE SINT; QUARUM PROPIETAS ET CIVILI ET NATURALI IURE EIUS EST, CUIUS ET SOLUM**”⁵⁰ (llamamos edificios superficieros, aquellos que se construyeron en suelo ajeno tomado en arrendamiento).

El contrato une los intereses del **dominus soli** o **locator** con los intereses del **conductor de superficie**: “**SED PRAETOR SUPERFICIARIUM TUEBITUR SECUNDUM LEGE LOCATIONIS**”, (pero el pretor tutela al superficiero según la ley del arrendamiento).⁵¹ **PAVLO** dice que el superficiero es quien

45. D. 43, 8, 2, 2.

46. D. 19, 2, 35.

47. D. 43, 18, 1.

48. D. 6, 1, 74. D. 43, 18, 1, 1.

49. D. 43, 18, 2.

50. D. 43, 18, 2.

51. D. 43, 17, 3, 7.

tiene la superficie en suelo ajeno, y paga por ello una cierta pensión “**ID EST, QUI IN ALIENO SOLO SUPERFICIEM ITA HABET, UT CERTAM PENSIONEM PRAESTET**”⁵² y, del mismo modo, **ULPIANO** afirma que “**QUI IN CONDUCTO SOLO SUPERFICIEM IMPOSUIT**” (quien en suelo tomado en arrendamiento construyó una superficie), “**QUI SUPERFICIE IN ALIENO SOLO HABET,.. SI CONDUXIT SUPERFICIUM**” (quien tiene una superficie en suelo ajeno,... si conduce una superficie).⁵³

La superficie no es un mero contrato de arrendamiento, **Locatio-Conductio**. **GAYO, POMPONIO, PAVLO** y **ULPIANO** nos dicen claramente que la superficie es un **negocio en cosa ajena**. El superficiario arrienda el suelo para edificar. El superficiario edifica en suelo ajeno y paga una pensión. La pensión es una cantidad de dinero que le debe compensar no sólo por el uso del suelo ajeno sino por la inversión constructiva realizada. Por este motivo, entendemos que el negocio trascendió los límites jurídicos y económicos de la **Locatio-Conductio: arrendamiento de suelo + cláusula de construcción en superficie**. Esta tesis coincide con la definición formulada por el jurista **GAYO** del edificio superficiario: “**superficiarias aedes appellamus quae in conducto solo positae sint**” **D. 43, 8, 2**. La definición es importantísima, porque, aunque, evidentemente, todos los edificios se construyen sobre y apoyados en el suelo y se elevan en superficie, <y en este sentido es acertadísimo el parecer de **CELSO** “**solum partem esse aedium existimo, nec alioquin suiacere, uti mare navibus**”⁵⁴ (el suelo es parte del edificio pues de otra suerte no puede servir de base, como el mar a las naves), regla a la que unimos armónicamente el decir del sapientísimo **JULIANO** “**apellatione aedificii aut superficiem significat, aut solum quoque, cui aedificium superpositum est**” (el significado de edificio significa o superficie o también el suelo, sobre el que es superpuesto el edificio)> no todos los edificios, como se intuye de las palabras de **GAYO** y de los demás juristas clásicos citados, fueron superficiarios. Como se deduce de todos los fragmentos jurídicos de la jurisprudencia clásica, para la existencia de un **aedes superficiario privado** era necesaria la participación de, al menos, dos personas que estuviesen dispuestas a crear, con respeto a la libre autonomía de su voluntad, en condiciones de igualdad y equidad, un negocio superficiario. Este negocio superficiario, o expediente contractual sinalagmático, posibilitó la disociación jurídica del suelo de la superficie. Mediante este negocio, aquellas entidades jurídicas, suelo-superficie, que permanecían en la propiedad y

52. D. 6, 1, 74.

53. D.43, 18, 1, 1.

54. D. 6, 1, 49.

la posesión de una persona se desmembraban y pasaban al poder –**ius, potestas**–⁵⁵ de diferentes personas. Las personas interesadas en la realización del negocio superficialitario permanecían unidas por el contrato sinalagmático del arrendamiento o **Locatio-Conductio**. El **dominus soli** o **locator** ponía a disposición del **conductor** la posesión del suelo y del vuelo superficialitario para edificar, usar y disfrutar de lo edificado. El **conductor superficialitario**, al decir de **PAULO, Libro XXI Ad Edictum**, “**in alieno solo superficie ita habet, ut certam pensionem praestet**”,⁵⁶ tiene la posesión de la superficie en suelo ajeno, **superficie ita habet**, durante el tiempo convenido, a cambio del pago de una pensión, **ut certam pensionem praestet**. La falta del pago es causa de disolución del contrato.

Unido al contrato de arrendamiento pivota el principio de atracción necesaria: el **dominus soli** retenía siempre la propiedad del suelo y de la superficie, unidades jurídicas que permanecían unidas en propiedad vertical,⁵⁷ protegidas por el principio de accesión de inmuebles – “**superficies solo cedit**” -, **pero el contrato permitía la separación jurídica y económica de la superficie de la propiedad del suelo**. En caso contrario, el negocio no sería viable, o podría ser ruinoso para el superficialitario.

El contrato de arrendamiento superficialitario, a diferencia de las concesiones unilaterales públicas administrativas **ad fruendum** superficialitarias, constituyó un negocio sinalagmático privado, y al decir de **GAYO**, “**sed sufficit eos qui NEGOTIUM GERUNT consensisse**” (es suficiente con que consientan aquellos que gestionan el negocio).⁵⁸ El **dominus soli** y el **conductor superficialitario** gozan de libre autonomía de la voluntad, tratan de igual a igual y se mueven libremente en la negociación y composición del contrato. Ambas partes permanecen unidas por la médula de pactos que trenzan en el contrato de arrendamiento de superficie. El nervio conductor principal está constituido por la *cláusula sinalagmática de superficie*: “**EX LEGE LOCATIONIS CONDUCTIONIS DE SUPERFICIE**”.⁵⁹ El **dominus soli** y el superficialitario quedan “**alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet**” (una parte contratante queda obligada para con la otra parte por todo aquello que deba hacer y prestar una a la otra conforme a la buena fe y a la equidad).⁶⁰ Las partes son titulares de derechos y obligaciones y se deben prestaciones y contraprestaciones personales.

55. D. 43, 18, 1. FIRA III, 110. Id. III, 111.

56. D. 6, 1, 74.

57. D. 43, 18, 1, 4.

58. GAYO, Inst. 3, 135.

59. D. 43, 18, 1.

60. GAYO 3, 136.

Las partes deben cooperar de buena fe y conforme a la equidad a la realización del negocio de la superficie. El **locator, dominus soli**, debe poner el suelo y el vuelo a disposición del **conductor** y debe permitir, cláusula sinalagmática de superficie, que éste pueda promover, construir y tener la posesión **usus et fructus potestasque aedifici**.⁶¹ El **conductor superficiario** debe abonar una pensión al dueño por la posesión, el uso y disfrute de la superficie.⁶² El tiempo de vigencia del contrato es determinado libremente por las partes. Tal vez, los factores determinantes para fijar el tiempo del contrato para el **dominus soli** y el **superficiario** son la cuantía de la pensión y el valor de la inversión de la superficie. El **locator** quiere una renta cuantiosa y periódica por sujetar a un gravamen al suelo en beneficio del superficiario. El **conductor** quiere un plazo de tiempo suficiente para amortizar la inversión y explotar la superficie. El negocio superficiario privado romano es claro, limpio y cristalino.

El **locator** es **dominus soli**, pero fruto del contrato y de la cláusula sinalagmática de superficie⁶³ (**lege locationis sive conductionis de superficie**)⁶⁴ el arrendatario es, según afirma **GAYO D. 43, 18, 2 Conductor del suelo, y Conductor de superficie, vale decir, titular contractual jurídico–económico civil de la edificación y explotación en superficie**.⁶⁵ **A nuestro parecer, el conductor superficiario** es poseedor del suelo porque lo toma en arrendamiento para construir el edificio en superficie y es poseedor del edificio en superficie⁶⁶ porque lo construye, usa, disfruta y explota en suelo ajeno durante el tiempo pactado, a cambio del pago de una pensión.

Un problema diferente, es el tipo de posesión – natural, civil, **in bonis, quasi possessio** o posesión de derecho etc.– que tenga el superficiario. Lo que sí parecen apuntar las fuentes, con cierta claridad, es que el superficiario privado (y digo esto para diferenciarle del superficiario público), inicialmente, parece tener una posesión natural **ad fruentum** derivada de la **locatio conductio de superficie** (cláusula edictal del interdicto de superficie) pero esta posesión se irá transformando, gradualmente, por obra de los pretores y del trabajo de la jurisprudencia clásica en una **quasi possessio** o posesión de derecho pretoria útil superficiaria.⁶⁷

61. D. 43, 18, 1. FIRA III, 110.

62. GAYO, 3, 142.

63. D. 43, 18, 1.

64. D. 43, 18, 1.

65. D. 43, 18, 1, 1.

66. D. 6, 1, 49.

67. SAVIGNY M. F.C. "TRATADO DE LA POSESIÓN", Trad. Monereo Pérez J.L. Ed. Comares, Granada, 2005 p. 304 "Aquél a quien compete este **ius in re** no es poseedor ni propietario de la casa, pero tiene una **ius quasi possessio** y en virtud de ella acciones posesorias".

Si el **locator** autoriza en el contrato la transmisión o el traspaso, el superficiario puede transmitir la **posesión uti/frui superficiaria** a terceros mediante negocios **inter-vivos**,⁶⁸ o bien mediante **actos jurídicos mortis-causa**.⁶⁹ **Creo que estas cláusulas dependieron del tipo de construcción superficiaria, del volumen del negocio superficiario, de la cuantía de la pensión etc.**

Por otra parte, el **dominus** es el titular jurídico de la propiedad de ambas entidades materiales,⁷⁰ **pero el superficiario, retiene, además, el valor adquirido por la construcción del edificio en suelo ajeno.** Del mismo modo, que en el negocio de la superficie pública, este reconocimiento jurídico permite una valoración económica de mercado del edificio superficiario, o de los predios superficiarios y su transmisión mediante negocios inter-vivos, por ejemplo, mediante venta y donación. El valor económico es demostrado por los juristas clásicos, cuando afirman que la superficie se transmite por actos mortis-causa. El legatario de superficie recibe el valor económico del heredero gravado.

El contrato de arrendamiento superficiario posibilitó, siguiendo los pasos de la concesión superficiaria pública, la desmembración, vale decir la separación de la propiedad vertical suelo-superficie de la posesión vertical (**uti/frui**) suelo-superficie, (**D. 43, 17, 1 <-> D. 43, 18, 1, 2**) y esto impulsó la realización del negocio urbanístico privado de la superficie, es decir, la construcción en altura mediante la cooperación contractual entre el dueño del suelo, que recibe periódicamente un cantidad de dinero, y los promotores-constructores de los edificios superficiarios en suelo ajeno; promotores que no solo desean vivir en el edificio superficiario; su interés es, generalmente, mayor: la especulación inmobiliaria y la explotación económica y comercial del edificio colectivo dividido por plantas. Ambas partes tienen intereses económicos y desean conseguir lucro y beneficios periódicos. **Estos fines comunes de las partes parecen demostrar que la superficie nació y se concibió siempre en el Derecho Romano clásico como un negocio.** La intervención de los pretores y de la jurisprudencia en el negocio de la superficie se hizo más intensa a medida que éste trascendió los límites de las relaciones entre el **dominus soli** y el superficiario y se extendió a terceros interesados. La desmembración contractual propiedad-posesión superficiaria respetaba escrupulosamente el principio **superficie solo cedit**, pues la propiedad del suelo y del edificio eran del dueño del suelo, pero la posesión del edificio en superficie,

68. D. 6, 2, 12, 3.

69. D. 43, 18, 1, 7.

70. D. 43, 18, 2.

su valor económico, y la posibilidad de su transmisión eran poderes jurídicos y económicos del superficiario; poderes protegidos por el Pretor.

III. LA SUPERFICIE PÚBLICA Y PRIVADA COMO UNIDAD ECONÓMICO- JURÍDICA DEL NEGOCIO SUPERFICIARIO

a) Superficie Pública

Desde los últimos siglos de la República, las concesiones inmobiliarias superficiarias del estado romano y de sus entes territoriales municipales tuvieron varios fines claros:

- El primero, la recaudación permanente y periódica (la concesión queda sujeta siempre al pago del tributo, (**solarium-vectigal**)).
- El segundo, el aumento del dinero tributario público.
- El tercero, el incremento de la edificación pública y de su valor del Estado y de los municipios. La construcción en superficie enriquecía al Tesoro.

Bajo estos presupuestos, **CICERÓN** nos dice en sus cartas a su amigo Ático que la superficie pública es considerada como unidad jurídico-económica pues, a instancias del Senado, es tasada por los magistrados: “**SUPERFICIEM CONSULES EX SENATUS CONSULTO AESTIMABUNT**”.⁷¹

Si para el ente concedente el negocio era claro para los concesionarios superficiarios, el negocio habría sido inviable si el estado no les hubiese permitido retener y negociar con el valor económico de mercado de lo invertido en superficie. Las concesiones superficiarias se hicieron por periodos variables de tiempo. Generalmente, de cinco a cien años. Durante este tiempo, además del uso (**uti**) y de la explotación del edificio o predio superficiario público (**frui**), el concesionario podía negociar económicamente, inter-vivos, con terceros. Esta práctica comercial superficiaria es testimoniada de modo irrefutable por **ULPIANO**:

“Qui tabernas argentarias, vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed ius vendit, quum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet”.

(El que vende locales de banca, u otros locales de negocio, que están en suelo público, no vende el suelo, sino el derecho porque estos locales son públicos, cuyo uso pertenece a los particulares).⁷²

71. CICERON, Ad Att. 4, 1.

72. D. 18, 1, 32.

La construcción de locales de empresa públicos en superficie, sujetos al pago de un **vectigal**, también fue testimoniado por el arquitecto **VITRUBIO**. El texto del jurista es contundente. Del fragmento se puede deducir que bien, el estado romano, bien los concesionarios del suelo público superficiario construyen locales de negocio, destinados al ejercicio de empresas. En ambos supuestos, por el principio de accesión o atracción necesaria, los locales edificados pasan a ser propiedad del pueblo romano. Ahora bien, el derecho de uso superficiario privado es objeto de compra y venta. La primera consecuencia es inmediata. La superficie tiene un valor económico de mercado y este valor económico es titularidad del superficiario público. A pesar de las objeciones de **BEN STOOP**, quien afirma que “*originally it was not posible to transfer the ius superficiarium*”,⁷³ nosotros estimamos que el derecho de transmisión de uso superficiario público acredita, sin duda, la existencia de un mercado inmobiliario superficiario público en Roma y sus municipios desde tiempos de la República. El superficiario no puede transmitir la propiedad del suelo público ni el local de negocio. Pero ¡sí puede vender la posesión superficiaria! El principio de absorción “**superficie solo cedit**” es respetado, pero el principio queda superado por la existencia de prácticas financieras y comerciales sobre la superficie pública. El Estado romano tiene la propiedad del suelo y de lo edificado en superficie, pero el superficiario tiene intereses en el negocio de la superficie, intereses que se materializan mediante contraprestaciones jurídicas y económicas. El superficiario es titular de:

- a) **La posesión tributaria uti/frui de la superficie pública: “usus ad privatos pertinet”.**
- b) **El valor económico del derecho de uso privado de la superficie pública. Valor que nace bien fruto de lo invertido en la construcción, bien fruto de lo invertido en la adquisición del local superficiario público ya construido, bien fruto del valor adquirido por el local superficiario por el ejercicio continuado de empresa (volumen del negocio, clientela etc.).**
- c) **El derecho a traspasar o vender la posesión superficiaria uti/frui del local superficiario público a cambio de un precio: “sed ius vendit”.**

Del texto ulpiano se extrae una importante consecuencia:

La consideración del local como unidad económica superficiaria. La consideración de superficie no recae necesariamente sobre la totalidad del edificio público. Los edificios colectivos públicos se componen de numerosos predios

73. BEN STOOP, cit. p. 23.

superficiarios públicos, vale decir, de numerosas unidades económicas-jurídicas superficiarias individuales. Cada unidad es objeto de uso y de negocio independiente del resto de los predios superficiarios públicos.

En relación a la tasación del valor económico de la superficie pública es indudable que la práctica comercial de cada momento histórico, determinaría el valor del derecho de uso superficiario. Por ejemplo, la posición del local comercial superficiario, su ubicación en el foro o en el centro financiero y comercial de la ciudad, el grado de proximidad a las principales calles y avenidas, el grado de tránsito y movimiento de las gentes, su proximidad a otros negocios, empresas y edificios públicos, y el volumen de negocio de la empresa serían factores que tendrían, sin duda, muy en cuenta los superficiarios. En este sentido, al decir de **BEN STOOP**: “*the Romans were already aware of the value of goodwill and of the importance of the physical location of a business*”.⁷⁴ Esta opinión nos parece acertada. La superficie como unidad económica jurídica, objeto de negocios, estaba sujeta a aumentos y disminución del valor de mercado. En periodos de expansión urbanística se apreciaría de valor. En tiempos de guerra y de crisis generalizada el mercado superficiario público se depreciaría. En todo caso, los negocios superficiarios privados sobre edificios y locales superficiarios públicos constituyeron un mecanismo poderoso de fomento del urbanismo en altura, del comercio, de la industria y de la creación y circulación de riqueza privada en el imperio.

b) Superficie Privada

La compra y venta de solares privados constructivos⁷⁵ y la transmisión **mortis causa de insulae⁷⁶ y de insulae superficiarias,⁷⁷** o inmuebles y edificios colectivos divididos por plantas en varias alturas, es un fenómeno económico e inmobiliario que se desarrolla a lo largo de la época clásica. Ambas clases de transmisiones ponen de manifiesto la tutela jurídica de la superficie como objeto de circulación entre personas diferentes, y la asignación de un valor económico individual (determinable o determinado) con independencia del valor económico del suelo donde se ubique. El valor económico de la superficie no sigue al valor económico del suelo. Son valores diferentes y están fuera del principio de atracción necesaria. **El dueño del suelo es dueño de la superficie. Pero el dueño del suelo no es dueño del valor económico del uso de la superficie.**⁷⁸

74. BEN STOOP, cit. p. 260.

75. D. 6, 2, 11, 9: “si aream emero, et insulam in ea aedificavero”.

76. D. 4, 3, 18, 2.

77. D.10, 2, 10. D. 30, 86, 4.

78. D. 18, 1, 32.

POMPONIO acredita el negocio de la compra venta de la superficie privada. El jurista transmite esta valiosa información, de modo indirecto, en un texto jurídico casuístico, pues cuando escribió este fragmento estaba resolviendo una duda sobre la pertenecía y atribución de un dinero obtenido por el precio de venta de unos bienes pertenecientes a una dote:

“SI EX LAPIDICINIS DOTALIS FUNDIS LAPIDEM VEL ARBORES, QUAE FRUCTUS NON ESSENT, SIVE SUPERFICIUM AEDIFICII DOTALIS VOLUNTATE MULIERIS VENDIDERIT, NUMI EX EA VENDITIONE REEPTI SUNT DOTIS”, (si con la voluntad de la mujer, el marido hubiese vendido piedra de canteras de un fundo dotal, o árboles que no fuesen de fruto, o bien un edificio superficiario de la dote, el dinero percibido por esta venta es de la dote), **D. 23, 3, 31**.

La mujer es poseedora de un edificio superficiario; el marido vende, con el permiso de su esposa, el edificio a terceros:

- La transmisión de la superficie privada, mediante contrato de compra y venta, sin la intervención del dueño del suelo, queda acreditada por el jurista.
- El precio o valor de la venta es acordado por el comprador y el vendedor del edificio superficiario.
- El valor de venta es independiente del valor del valor económico del suelo donde se asienta el edificio.
- En el contrato de compraventa del edificio superficiario no interviene el dueño del suelo.

Este fragmento parece demostrar que circulación de edificios superficiarios en el mercado inmobiliario de Roma es una realidad. Este fenómeno es acreditado por los juristas clásicos posteriores. Por ejemplo, **ULPIANO**, comentando la rúbrica del Edicto sobre el Interdicto de Superficie, dice que:

“QUI SUPERFICIE IN ALIENO SOLO HABET, CIVILIACTIONE SUBNIXUS EST, NAM SI CONDUXIT SUPERFICIEM, EX CONDUCTO, SI EMIT, EX EMPTO AGERE CUM DOMINO SOLI POTEST”

(Quien tiene una superficie en suelo ajeno, está sometido a la acción civil, si arrendó la superficie, puede demandar con la acción del arrendatario “**ex conducto**”, y si compró la superficie, el comprador de la superficie puede demandar con la acción de compra “**ex empti**”) **D. 43, 18, 1, 1**.⁷⁹

79. Traducción no literal.

La venta de superficie se podía realizar por el dueño del suelo como acredita este fragmento, o con independencia del dueño del suelo, como acredita el primer fragmento citado, **D. 23, 3, 31**.

Las transmisiones de edificios y predios superficiarios abrieron la intervención de terceros. Esta participación rompió las relaciones civiles **dominus soli - superficiario**. Los límites del negocio se abrieron y se extendieron **erga omnes**. Los negocios de traspasos y ventas podían quedar afectos a los supuestos de evicción, “**si soli possessori superficies evincatur**”⁸⁰ (si al poseedor del suelo se le hiciera evicción de la superficie) y a casos de transmisiones por parte de quien no era dueño – a **non domino** - de los edificios superficiarios: “**IDEM EST, SI SUPERFICIARIAM INSULA A NON DOMINO BONA FIDE EMERO**”, (lo mismo es, si yo hubiese comprado un edificio colectivo en altura superficiario a quien no era dueño). **D. 6, 2, 12, 3**.

La existencia de un mercado inmobiliario privado de edificios en altura, no estrictamente superficiarios, es un hecho constatado por **CICERON**: “**ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti Claudium Centemalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum artitudo officeret auspiciis, CLAUDIUS PROSCRIPTI INSULAM VENDIDIT, EMIT P CALPURNIUS LANARIUS**”⁸¹ y los juristas del inicio del Principado. **LABEO** trató de un supuesto de una venta y un arrendamiento concertados al mismo tiempo con personas distintas por un **DOMINUS INSULAE**: **Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti**, (diste en arrendamiento todo el edificio por un precio, y lo vendiste),⁸² **SUETONIO**: “**pro posito milies sestertium gratuito in trienni tempus et rursus quibusdam DOMIIS INSULARUM, pretio restituo**”⁸³. **ULPIANO** confirma la pervivencia de este mercado inmobiliario al inicio del siglo III d. C.: “**Item inquit: si insulam emi**”, (también dice: si compré un edificio colectivo en altura).⁸⁴

Los fragmentos jurídicos demuestran la inversión, tal vez, con frecuencia, de cantidades millonarias de dinero en la compraventa y el arrendamiento de **insulae** o edificios en altura. Las **insulae** eran edificios compuestos de numerosas plantas (a veces, 6 ó 7 niveles en altura). A pie de la calle se ubicaban los locales de negocio y en las plantas superiores las galerías, los pisos, los apartamentos,

80. D. 18, 1, 5.

81. CICERON, DE OFFICIIS, 3, 66. Id. 3, 67.

82. D. 19, 2, 58.

83. SUETONIO, TIBERIO, 48.

84. D. 6, 2, 11, 10.

las habitaciones, los desvanes y los trasteros. Las inversiones financieras en el mercado superficiario (suelos superficiarios y edificios superficiarios) debieron producir negocios especulativos y procesos inflacionarios en los precios del suelo, de las viviendas y de los alquileres. Desde la República, las fuentes jurídicas y literarias constatan la existencia de un mercado inmobiliario de este tipo de edificios, construcciones ubicadas, generalmente, en las manzanas y distritos más importantes de las ciudades y de las colonias.

En este escenario de negocios inmobiliarios urbanos, creemos, en contra de la opinión civil dominante, que no es pretencioso afirmar que **el arrendamiento y, además, la compra y venta de insulae superficiarias privadas**, o inmuebles colectivos en altura construidos en suelo ajeno privado, fue un negocio económico inmobiliario que debió emerger a finales de la República y se desarrolló en la época clásica. Estimamos que la datación de este fenómeno se puede apoyar en un fragmento del jurista **ALFENO VARO**:

“QUI INSULAM TRIGINTA CONDUXERAT, SINGULA COENACULA ITA LOCAVIT, UT QUADRAGINTA EX OMNIBUS COLLIGERENTUR; DOMINUS INSULAE, QUIA AEDIFICIA VITIUM FACERE DICERET, DEMOLIERAT EAM” (si conduces <arrendaste> un **insula** por treinta, y arrendaste individualmente cada piso, de modo que percibieses por todos cuarenta, y el dueño de la **insula** por vicios del edificio la había demolido) **D. 19, 2, 30**.

El **dominus insula** es el **locator** de la **insula**. El arrendatario de la **insula** es **conductor de una insula superficiaria** que está ubicada en suelo ajeno. El supuesto de **ALFENO**, ignorado por la doctrina civil, es un caso de negocio y explotación de una **insula superficiaria**. No hay duda al respecto. El dueño del suelo es el **dominus insulae**. El **dominus insulae** arrienda la **insula** a un tercero. El arrendatario es un **conductor de superficie** en suelo ajeno.

El arrendamiento y la compraventa de este tipo de edificios colectivos en altura (el fragmento citado es cristalino) requerían grandes cantidades de dinero. La compra y el mantenimiento de un edificio de seis o siete plantas, compuestas de numerosos locales de negocios, pisos y habitaciones exigían un gran esfuerzo financiero. Podemos decir que este negocio superficiario privado solo estaba al alcance de personas y sociedades civiles muy ricas.

La compra y venta de **insulae** superficiarias posibilitó su circulación en el mercado inmobiliario sin la intervención del dueño del suelo. Según el tenor del texto de **ULPIANO, D. 6, 2, 12, 3** “**si insulam superficiariam a non domino bona fide emero**” se debería admitir la posibilidad de que el comprador de la **insula** pueda adquirir a título derivativo el título jurídico de superficiario. Y esta afirmación es acorde con el parecer del jurista en **D. 43, 18, 1, 1**: “**qui superficiem**

in alieno solo habet,....., si emit ex empto cum domino soli agere potest”, (quien tiene un edificio en superficie en suelo ajeno,....., si compra el edificio superficiario puede demandar con la acción civil de compra al dueño del suelo). Si el comprador adquiere la superficie del dueño del suelo está protegido con la acción civil. Si la compra de otro superficiario está protegido, además, con las acciones pretorias útiles superficiarias. En ambos casos, el vendedor de la **insula superficiaria**, traspa la posesión superficiaria, es decir, la **posesión uti/frui** sobre la superficie. Si interpretamos el texto **D. 6, 2, 12, 3** a sensu contrario, en el Derecho clásico parecen existir compras de **insulae superficiarias** a título de dueño, **-a domino -**. Ello parece conducir a la posibilidad de la existencia de un dominio superficiario que ejercitaría el titular del derecho de superficie. Sin embargo, *sabemos bien que la propiedad civil superficiaria no existió en el derecho clásico*. Como bien demostrara **SAVIGNY**⁸⁵, el superficiario no goza de “*animus domini*”; ¿Cómo interpretar este fragmento jurídico? Algunos autores señalan la posibilidad que el **dominus soli** es el único facultado para vender la **insula superficiaria a domino** (fruto del principio de atracción necesaria). Este supuesto es viable; el **dominus soli** puede retener la propiedad del suelo y del edificio y puede vender la posesión de su edificio que pasa a ser, fruto de la compra y venta, un inmueble superficiario. Pero el fragmento dice que el adquirente compra un **insula superficiaria a non domino**.⁸⁶ El comprador puede adquirir **a domino et ad non domino** una **insula superficiaria**, vale decir, un edificio que anteriormente era superficiario. El superficiario no tiene **animus domini** y no puede transmitir **a domino** civil la superficie.⁸⁷ Pero el superficiario sí puede transmitir el **in bonis habere util de su possessio de superficie**. Todo parece apuntar, a que esta adquisición **a non domino** derivativa es una adquisición del **in bonis habere útil de la posesión superficiaria**. Y por ello, el adquirente está protegido, en vía útil, con la **Actio Publiciana**.⁸⁸ El superficiario tiene una posesión superficiaria pretoria que no es ad usucapionem. Esta posesión es distinta de la posesión civil del **dominus soli**. Sólo éste puede transmitir la posesión civil **ad usucapionem** del suelo y de la superficie, regla jurídica que es fruto del principio de absorción, **superficie solo cedit**. Este supuesto se produce si el **tradens** transmite la posesión civil al **accipiens –adquirente-** del suelo-superficie y éste por **iusta causa traditionis** adquiere, además, de buena fe, la posesión del suelo y de la superficie. Este marco jurídico pretorio de posesión útil/ficticia superficiaria permitió la creación del

85. **SAVIGNY M.F.C.** cit. p. 70.

86. **BEN STOOP**, cit. p. 266 afirma, en sentido condicional, que “*one should understand here non dominus soli*”.

87. **SAVIGNY MCF DE**, cit. p. 70.

88. En este sentido, **PASTORI**, cit. p.321. **BEN STOOP**, cit. p. 266

mercado inmobiliario superficiario privado en Roma y posibilitó la circulación y los negocios **inter-vivos** de los edificios y predios superficiarios en altura entre terceros sin la intervención de los propietarios. Los propietarios del suelo eran dueños de los edificios; estaban protegidos por el principio **superficie solo cedit**. Este principio imposibilitaba la usucapión del **in bonis habere superficiario**; era necesario la adquisición de la posesión civil, o del **in bonis habere** del suelo. Tal vez, ante esta compleja situación, fruto de la no admisión de la propiedad superficiaria independiente de la propiedad del suelo, los pretores y la jurisprudencia solucionaron algunos de los problemas jurídicos antieconómicos que aquél principio suscitaba; de esta forma, se dio curso a la circulación económica de los predios superficiarios en suelo ajeno, sin la intervención del dueño del suelo. Este negocios jurídicos del superficiario con terceros se verifican por las noticias que nos transmiten los fragmentos jurídicos clásicos: “**sin autem ab alio prohibeatur**”,⁸⁹ (más si le prohibiese <poseer la superficie> por un tercero), “**quia melius est possidere potius quam in personam expiriri**”⁹⁰ (puesto que es mejor poseer <la superficie> que ejercitar la acción personal frente al tercero). Ambas son expresiones del jurista **ULPIANO** y certifican la participación de terceros en el negocio de la superficie sin la intervención del **dominus soli**.

Como hemos acreditado, la adquisición de edificios colectivos en altura implicaba el pago de cantidades millonarias en dinero. El comprador de la superficie debía tener unas garantías jurídicas extraordinarias que protegiesen su inversión y el desarrollo del negocio superficiario. Por ejemplo, la **INSVLA ARRIANA POLLIANA**⁹¹ de Pompeya se componía de 300 locales de negocio y 150 apartamentos. La compra de esta **insula** suponía la compra de 450 unidades económicas en altura. Si esta **insula** hubiese sido superficiaria, la compra y venta supondría el desembolso de grandes cantidades de dinero que no estaban al alcance de cualquier ciudadano. La compra y venta de **insulae** acredita la existencia de un negocio de edificios y unidades económicas superficiarias muy activo y vivo en la época clásica. En este marco económico se comprende muy bien, que los Glosadores⁹² y los Comentaristas⁹³ sostuvieran la existencia de un dominio directo a favor del **dominus soli** y de un dominio útil a favor del superficiario, a semejanza de la enfiteusis. Esta tesis fue contestada por **DONELLO**, quien tras afirmar que el

89. D. 43, 18, 1, 1.

90. D. 43, 18, 1, 1.

91. CIL, IV, 138.

92. **JACOBUS COLUMBI II, 39**. Hostiensis, Libro III de Feudis, Quod ius acquiratur, n. II. PASTORI, cit. p. 65-66-67.

93. **BARTOLO**, In primam Digesti Novi partem commentaria, in L. Ait Praetor, ff. De superficiebus, & qui superficiem (D. 43, 18, 1, 1) n.1 (ed. Augustae Taurinorum, 1574, fol. 147 v <recte. Fol. 157v>).

derecho de superficie tiene lugar en suelo ajeno: “**ius superficiei in alieno solo habendae**”,⁹⁴ sostuvo que el “**superficiarius tenendae, possidendae, persequendaeque superficiei ius habet solus, non aliter quam dominus in re sua**”⁹⁵ (el superficiario tiene solo el derecho a tener, poseer y perseguir la superficie, pero no más allá que el dueño sobre su cosa).

Nosotros entendemos que atribuir, por regla general, el dominio útil a favor del superficiario es excesivo. El término dominio útil significaría tener todas las facultades y poderes del propietario civil, protegidos en vía útil. Es una afirmación, tal vez, muy absoluta, pues parece poner en pie de igualdad jurídica al **dominus soli** con el superficiario. Sin embargo, sabemos bien, que este paralelismo de poderes y facultades dominicales no fue la regla jurídica clásica general que presidió el derecho de superficie, pues al decir de numerosos juristas clásicos, el superficiario tiene un reconocimiento jurídico ¡discrecional! pretorio de poder comportarse como propietario, y puede ejercer, en ocasiones, facultades como propietario; y aparejado a esta calificación, se le concede una protección procesal útil. El superficiario no tiene un título de dominio útil pretorio que forma parte de un dominio dividido y compartido con el **dominus soli**.⁹⁶ Basta pensar en los supuestos de “**conductio de superficie ad modicum tempus**”⁹⁷. **Acaso sería preferible entender que el poseedor superficiario gozaría, en algunas ocasiones, de facultades defensivas propias del dominio.** Este pretendido dominio útil es un dominio ficticio, no es un dominio civil; sin embargo, el Pretor tuteló la “**POSESIÓN UTIL IN BONIS UTI/FRUI SUPERFICIARIA**” mediante la ficción procesal y jurisdiccional, (**causa cognita**) aplicada a los negocios de compra y venta de superficie. El magistrado romano operó así para apoyar jurídicamente y económicamente la viabilidad del mercado inmobiliario superficiario romano clásico. El superficiario es titular de una posesión superficiaria **in bonis** útil, es decir, protegida en vía jurisdiccional útil, *pero excluida de la usucapio*; **possessio** que es diferente de la posesión civil del **dominus** sobre el suelo y su edificio. La tutela de la posesión del superficiario permitió hacer viable el tráfico jurídico inmobiliario, es decir, el negocio especulativo inter vivos superficiario

94. DONELLO, *Comentarii de iure civili*, Ib. IX, cap. XVI, n.1 (*Opera omnia*, II, Romae, 1828, 1291).

95. DONELLO, *cit. cap. XVII, n. 2, 1302*.

96. En este sentido, PASTORI, *cit. p. 64*. En consonancia con ello, quiero subrayar que VOLTERRA, (tesis acogida en la actualidad por RODRÍGUEZ-ENNES L y DAZA MARTÍNEZ J., “*Instituciones de Derecho Privado Romano*”, 4ª edición, revisada y ampliada Valencia, 2009, p. 243-244) ha advertido que sostener la existencia de un dominio dividido en el Derecho Romano clásico es excesivo. Se trataría más bien de supuestos en los que el poseedor **in bonis** gozaría de algunas facultades que le corresponderían ejercer al **dominus** de la cosa.

97. D. 43, 18, 1, 3.

mediante compra y venta de la posesión de edificios en altura o superficie privada en suelo ajeno:

- a) **Superficie privada como unidad económico-jurídica.**
- b) **Superficie privada como unidad económica y jurídica transmisible en el tráfico jurídico de los negocios.**
- c) **Superficie privada como unidad económica independiente del suelo con valor de tasación de mercado: “NUNC DEMUM INTELLEGO P. CLODI INSULAM ESSE VENALEM, CUTUS HIC IN AEDICULIS HABITAT DECEM”, CICERON, PRO CAELIO 3, 17.**
- d) **La superficie sigue la condición jurídica del suelo, “superficie solo cedit”, pero la accesión jurídica no alcanza al valor económico. El principio de absorción no puede extenderse al valor económico del uso del edificio. El superficiario vende el uso del edificio y cobra un precio del comprador de la superficie. Ese precio es el valor económico del uso y explotación, que es independiente e inalcanzable para el principio de atracción jurídica.**

Estas perspectivas histórico-jurídicas, inexploradas por la doctrina civil, deben ser tenidas en consideración para valorar el verdadero significado de la institución y para determinar su naturaleza jurídica. Los conceptos jurídicos civiles medievales del dominio duplex -dominio directo-dominio útil-, y el concepto jurídico civil humanista de superficie como **ius in re aliena** se nos antojan como conceptos inapropiados, tal vez, demasiados rígidos, si consideramos a la superficie privada clásica vestida con estos “trajes civiles” y no atendemos a otras claves jurídicas. Estos conceptos son válidos y operativos si se considera al “dominio útil del superficiario” como una “**posibilidad de defensa jurisdiccional in rem**”, pues el superficiario no tiene **animus domini** ni una posesión **ad usucapionem**.⁹⁸ Aquella posibilidad de defensa procesal es discrecional, pues depende del **imperium** del pretor; posibilidad que complementa a la superficie como **negocio inter-partes**, vale decir, como negocio que obliga: a) **dominus soli-superficiario**, b) **dominus soli - superficiario- terceros**, c) **superficiario-terceros**.

Las partes del negocio superficiario regulan y defienden sus intereses. Las partes se pueden atribuir las facultades que estimen por conveniente, (tiempo de duración del negocio, posibilidad de transmisión y circulación económica de

98. SAVIGNY M.F.C. cit. pp. 70 y 304.

la superficie en el mercado inmobiliario, etc.). Que estos negocios sinalagmáticos superficiarios, o procesos de regulación y circulación superficiaria privada (arrendamientos de superficie por largo tiempo, traspasos de negocios, venta de superficie) animaron a los pretores a su tutela jurisdiccional es evidente, y el fenómeno explicaría la defensa personal:

- Del **dominus soli** y del superficiario.
- La defensa jurisdiccional del **dominus soli-superficiario** frente a terceros mediante la cesión de acciones **in personam**, “**sin autem ab alio prohibetur, praestare ei actiones suas debet dominus, et cedere**”.⁹⁹
- La creación de la protección extraprocésal mediante el **interdicto de superficie**.
- La *protección procesal real* de la superficie: **in factum** y útil “**erga omnes**”. Protección jurisdiccional real que posibilitó:

1) La independencia de la ayuda del **dominus soli**, mediante la cesión de acciones. 2) La operatividad plena y transmisión de la superficie entre los superficiarios, al margen de los dueños del suelo, en el mercado inmobiliario: “**longe utile visum est, quasi in rem actionem polliceri**”.¹⁰⁰ 3) La defensa de la superficie por el superficiario frente a terceros.

En todos los supuestos, la jurisdicción procesal “**in rem util pretoria et in personam** civil, a la postre, protegió siempre al negocio superficiario, y por ende, a los mercados inmobiliarios. Y al albur de estas reflexiones, **sive velint sive nolit**, es forzoso situar aquí la defensa de la superficie frente a los supuestos que amenazan ruina económica para ellas. Según el parecer de **ULPIANO**:

“**Si ego superficiarius sim, et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? Movet, quod QUASI INQUILINUS SUM. Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur, et operis novi nuntiatio debet mihi concedit**”¹⁰¹, (si yo soy superficiario y el vecino realiza una obra nueva, ¿puedo denunciarla? Se duda, porque soy un QUASIIINQUILINO. Pero el Pretor, me concede acciones útiles **in rem**, y por lo tanto, me concede acción por causa de la servidumbre, y debe concederme la Denuncia de obra nueva).

Según el jurista, el superficiario es un inquilino especial. Él lo denomina **quasi inquilino**. Es un inquilino que puede estar protegido “como si fuese propietario”,

99. D. 43, 18, 1, 1.

100. D. 43, 18, 1, 1.

101. D. 39, 1, 3, 3.

o al menos, protegido como si tuviese facultades reales de protección sobre la superficie. El superficiario puede vindicar una servidumbre a favor de la superficie y parar la construcción de una obra nueva. Sin embargo, del texto, se deduce que la protección **in rem** útil es discrecional. **ULPIANO** duda y dice que el Pretor ¡debe conceder!: “**debet mihi concedit**”. El magistrado no está obligado a conceder una protección real al superficiario. El superficiario no tiene un **ius in re aliena civil**. El superficiario no tiene un **ius in re aliena pretorio**. El superficiario no tiene un dominio útil permanente sobre la superficie. Según **ULPIANO**, el superficiario, titular de un derecho personal (**quasinquilinus**), tiene una protección jurisdiccional **in rem** útil que se valora caso por caso. Esta protección, que es una posibilidad de defensa, servía para la protección del jurídica y económica del superficiario frente a terceros sin necesidad de la intervención directa del **dominus soli**. Esta es la razón por la que el jurista llama al superficiario **quasi inquilinus**. Es inquilino, pero ¡es algo más! Es un titular de un derecho civil **in personam**, pero puede defender su derecho **in rem** útil bajo el manto protector del Pretor. Sin embargo, el derecho de superficie no fue un derecho **tam in rem quam in personam**, pues la protección procesal útil fue discrecional.

El problema de la protección procesal útil volvió a surgir paralelamente en relación al daño temido. El desarrollo de la construcción en altura hizo intervenir a los pretores, **causa cognita**, en la resolución de los casos de edificios ruinosos que planteaban amenazas para la vida y la economía de las personas. En los inicios del Principado, si el jurista **SABINO** no admite la protección jurisdiccional del vecino frente al superficiario,¹⁰² dos siglos después, **POMPONIO** afirma que “**damni infecti stipulatio latius patet; et ideo et ei, QUI SUPERFICIARIAM INSULAM HABET, UTILIS EST EA STIPULATIO, SI QUID IN SUPERFICIE DAMNUM DATUM FUERIT; ET NIHILOMINUS ET SOLI DOMINO UTILIS EST, SI SOLO DAMNUM DATUM FUERIT, ut tota superficies tolleretur; fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda**” (la estipulación del daño que amenaza permite más supuestos; y así es útil esta estipulación para quien tiene un edificio colectivo en altura en superficie, si el edificio superficiario sufre daño; y no lo menos para el dueño del suelo si el solar sufre daños de modo que la totalidad del edificio superficiario sea una ruina).¹⁰³

El jurista pone de manifiesto que la superficie es un negocio en el que están implicados el dueño del suelo y un tercero que tiene un edificio colectivo en altura superficiario, en solar tomado en arrendamiento. **Los pretores concedieron una**

102. D. 39, 2, 15, 12.

103. D. 39, 2, 39, 2.

protección real a favor de ambas partes mediante la cautio damni infecti porque es útil para sus intereses económicos. El fragmento es muy importante porque la protección in rem útil es en favor de ambos contratantes:

1. El **superficiario – conductor-** puede denunciar y obligar a estipular mediante la prestación de caución del daño temido al vecino que amenaza ruina, y que puede poner en peligro el edificio superficiario: **in superficie damnum datum fuerit** .
2. El **dominus soli – locator** - puede denunciar al vecino porque la ruina del solar **damnum solo fuerit** puede arruinar el edificio superficiario y, en consecuencia, pierde la pensión que le abona periódicamente el poseedor del edificio.

ULPIANO confirma, significativamente, que: “**superficiarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat**”¹⁰⁴ (el superficiario puede hoy estipular en vía útil por el daño temido). El superficiario puede forzar en vía procesal a prestar caución por el daño temido en vía útil. El superficiario denuncia al propietario del edificio vecino por la posesión de un edificio que amenaza ruina. Según **ULPIANO**, el superficiario puede obligar a estipular en vía procesal útil, es decir, a prestar caución ante el Pretor por el daño temido; el tercero queda obligado, personalmente, por lo estipulado frente al tercero. La defensa del superficiario fue una defensa útil de su interés económico: defensa del valor económico del edificio en superficie, y de su explotación comercial y financiera.

La protección procesal derivó del **Imperium** del Pretor. Estas actuaciones de **Derecho Público** tutelaron, por una parte, el **interés general público urbanístico y de la edificación**, y, por otra, el **mercado inmobiliario superficiario público y privado** en dos vertientes:

- Vertiente económica del dueño del suelo, del superficiario y de los terceros.
- Vertiente jurídica del dueño del suelo, del superficiario y de los terceros.

104. D. 39, 2, 13, 8.

Texto clássico

**X. Institutos do direito comum
no processo civil brasileiro**
Enrico Tullio Liebman





X

Institutos do direito comum no processo civil brasileiro¹

Enrico Tullio Liebman

Tradução e notas de adaptação de Otávio Domit ^{A-B}

Resumo: A presente tradução visou a oferecer em língua portuguesa um dos textos mais interessantes escritos por Enrico Tullio Liebman. Em uma demonstração de toda a espessura e solidez de seus conhecimentos acerca da formação histórica do direito europeu, Liebman empolga pela perfeita noção da gênese dos ordenamentos jurídicos latino-americanos. A leitura perpassa, assim, num primeiro momento, todos os principais eventos históricos que maiormente contribuíram para a formação do direito do “novo mundo”, em especial, do direito brasileiro. Sucessivamente, e com vistas a comprovar as suas impressões, analisa a origem de institutos processuais da mais alta importância, evidenciando o porquê de sua compreensão do modo como ocorria à época – notadamente, ao menos até os primeiros anos de vigência do Código de Processo Civil de 1939. Não é difícil perceber, após a leitura das linhas que seguem, a razão pela qual o insigne processualista italiano fez ressentir tão fortemente no país a sua influência e a de sua escola, tornando-o sem quaisquer dúvidas o responsável maior pelo modo como o direito processual civil passou a ser compreendido pela generalidade da doutrina brasileira nos últimos três quartéis do século passado.

Palavras-chaves: Formação Histórica do Direito; Direito Ibérico Medieval; *Fueros* Espanhóis; *Siete Partidas*; Ordenações Portuguesas; Direito Comum; Colonizações; Invasão Francesa; Códigos Napoleônicos; Formação Histórica do Direito Brasileiro; Institutos do Direito Comum no Processo Civil Brasileiro.

Riassunto: La traduzione ha voluto offrire in lingua portoghese uno dei saggi più interessanti di Enrico Tullio Liebman. In una dimostrazione di tutta la profondità e consistenza della sua conoscenza sulla formazione storica del diritto europeo, il Liebman entusiasma per la perfetta sapevolenza sulla genesi degli ordinamenti giuridici latino-americani. Il saggio, dunque, discorre per primo su tutte le vicende storiche che maggiormente hanno contribuito per la formazione del diritto del “nuovo mondo”, in speciale, del diritto brasiliano. Sucessivamente, e volendo provare le sue idee, analizza l’origine di alcuni dei più importanti istituti processuali, mettendo in evidenza la ragione per la sua comprensione nel modo come si faceva all’epoca – per di più, fino ai primi anni dopo che è stato in vigore il Codice di Processo Civile di 1939. Non è difficile capire, dopo che si ha letto le righe che seguono, la ragione perché il maestro italiano ha fatto riverberare così fortemente la sua influenza e della sua scuola, il che ha tornato lui, senza dubbi, il maggior responsabile per il modo in cui andò inteso il diritto processuale civile da grande parte della dottrina brasiliana nei tre quarti finali del secolo scorso.

Parole-chiavi: Formazione Storica del Diritto; Diritto Iberico Medievale; *Fueros* Spagnoli; *Siete Partidas*; Ordenazioni Portoghesi; Diritto Comune; Colonizzazioni; Invasione Francese. Codici Napoleonici; Formazione Sotrica del Diritto Brasiliano; Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano.

1. Publicado nos *Estudos em homenagem a Enrico Redenti* (Milano, Giuffrè, 1951), na *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Roma, 1948) e nos *Problemi del Processo Civile* (Napoli, Morano, 1962)

Sumário: §1. Premissa. - §2. Formação histórica do direito brasileiro: 1. Generalidades; 2. Espanha e Portugal na Idade Média; 3. As “Ordenações” portuguesas; 4. Relações com o Direito Comum; 5. Acontecimentos sucessivos; 6. O direito brasileiro – §3. Resenha: 7. As ações de “jactância”; 8. Proposição da demanda; 9. As “exceções dilatórias”; 10. A apelação do terceiro; 11. A apelação *beneficium commune*; 12. A *querela nullitatis*; 13. O *processus executivus*.

§1. PREMISSA

As pesquisas de direito comparado tiveram, de nossa parte, prevalentemente como objeto o direito francês e o direito germânico e foram conduzidas mais como momento integrativo do estudo do nosso direito positivo do que como investigação autônoma, em que o confronto de ordenamentos jurídicos diferentes conseguisse adquirir uma finalidade autônoma. As razões de tal preferência são intuitivas e múltiplas. Assaz menos conhecido é o direito anglo-saxão, embora tão importante: a originalidade do sistema de fontes e as peculiaridades da sua formação histórica, enquanto tornam fascinante o seu estudo, oferecem ao jurista continental dificuldades muito grandes.

De todo descuidada é, por sua vez, a experiência dos direitos da Península Ibérica e das nações da América Latina, que formam uma grande família, unida pela origem comum e pela grande afinidade de conteúdo. Tais ordenamentos podem não ter, para os juristas italianos, as razões de interesse que apresentam os direitos antes mencionados; mas possuem outras, de diversa ordem. Trata-se, de fato, em primeiro lugar, de nações ligadas à Itália por vínculos de comum civilidade e de estreitas relações de comércio e de afeto, destinadas a se tornarem sempre mais frequentes e profundas. Mas a isso se ajunta o fato de que as instituições jurídicas de tais nações também derivam diretamente do tronco do Direito Comum europeu da época intermédia e que, por isso, o seu estudo permite não apenas alargar os nossos horizontes e enriquecer a nossa experiência, mas nos faz ter em conta um conhecimento maior da sorte travada por um direito que foi grande parte da nossa tradição jurídica e um quadro mais completo dos vários caminhos pelos quais se despedaçou e se fracionou a antiga unidade jurídica dos séculos passados. Quem adentra o estudo desses direitos verá, aliás, crescer o seu interesse à medida que avançar na pesquisa, porque descobrirá, um pouco por vez, um fato inusitado: ou seja, é propriamente nesses países, e sobretudo naqueles mais distantes e de mais recente formação, que a face original do Direito Comum europeu conservou-se mais genuína até os tempos modernos. Dentro de tais ordenamentos jurídicos encontramos, muitas vezes quase intocados, numerosos institutos do nosso direito intermédio que entre nós desapareceram de há muito ou mudaram de todo o seu

aspecto. Tem-se a impressão de aproximar-se de uma janela e assistir, fascinados e interessados, ao desenvolvimento em plena vida de institutos e relações dos quais havíamos tido até agora apenas um indireto conhecimento pelos empoeirados volumes de Durante e de Bartolo.

A procura de uma explicação para esse aparente paradoxo não deixará de jogar nova luz sobre alguns aspectos dos próprios direitos vigentes hoje na Europa; também as relações existentes entre eles ver-se-ão em uma perspectiva um pouco diferente daquela usual.

E no redescobrir em um direito estrangeiro formas e conceitos de um nosso longínquo passado, que entre nós se perderam e foram sobrepujadas pelos eventos históricos, ocorre questionar se não é do outro lado do oceano que nos é permitido entrever aquele que talvez teria sido o nosso direito, ou alguma coisa com esse muito semelhante, se a evolução natural das nossas antigas instituições não houvesse sido perturbada e interrompida pelo violento surgimento de fatores estranhos que mudaram o seu curso.

§ 2. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO BRASILEIRO

1. *Generalidades.* – A fim de resumir em uma fórmula simples e genérica a derivação histórica dos direitos latino-americanos, pode-se dizer que o direito constitucional e a organização administrativa são fundamentalmente inspirados no modelo norte-americano. O fato explica-se recordando que a independência das nações do continente afirmou-se nas primeiras décadas do século passado em nome de um ideal americano, com um impulso de rebelião e de distanciamento das pátrias de origem, acusadas de oprimir e desfrutar as suas colônias do outro lado do Atlântico. Também o Brasil, que fora o único a conservar desde o princípio a forma monárquica, preferiu mais tarde a república e se deu uma constituição federativa moldada sobre aquela dos Estados Unidos. Quem de maior parte influenciou na elaboração dessa constituição foi o jurista e homem de estado Rui Barbosa. Nada obstante as mudanças ocorridas posteriormente, as linhas essenciais da organização dos poderes públicos permaneceram as mesmas. Naturalmente, a praxe política profundamente diferente daquela da república do norte tem como consequência o fato de que em formas jurídicas semelhantes desenvolvam-se relações constitucionais muito diferentes.

Vice-versa, o direito privado e o processo civil, se bem que adequados às necessidades dos nossos tempos, permaneceram em boa parte o que eram antes da independência e são, por isso, de derivação europeia, e propriamente espanhola nos países de língua espanhola, e portuguesa no Brasil.

É necessário, portanto, para entender as suas características, dar um passo atrás e considerar o direito que os colonizadores espanhóis e portugueses levaram às terras da grande conquista.

2. *Espanha e Portugal na Idade Média.* – O direito privado e processual vigente na Espanha e em Portugal ao fim da Idade Média e durante a época da colonização americana era o resultado daquele grande fenômeno histórico que foi a recepção do direito romano na Europa Central e Ocidental. Também na Península Ibérica essa recepção teve lugar, sendo o fato central na formação do direito nacional. Mas isso se verificou de uma maneira em parte diferente da ocorrida nas outras partes do continente.

Durante a alta Idade Média, também a península ibérica conheceu o particularismo jurídico. Entre as leis que ali tiveram vigor, é preciso recordar o assim chamado Breviário de Alarico para a população hispano-romana e as leis visigóticas para a população bárbara. Mas bem cedo afirmou-se a tendência à unificação do direito, o que levou à promulgação, por volta da metade do século VII, do *Liber judiciorum* (*Forum Judicium* ou *Fuero Juzgo*), em que se tentou uma conciliação dos dois direitos e que teve aplicação comum às populações góticas e romanas. Nada obstante, mais tarde, após a reconquista da península com a caçada aos árabes invasores, triunfou novamente o particularismo, através dos *fueros* e privilégios municipais, em que voltou a ter prevalência a influência consuetudinária, restringindo em igual tempo a aplicação do *Forum Judicium*. Por obra do rei de Castela, retomou-se o movimento unificador, que triunfou na metade do século XIII com o rei Alfonso X, dito *o Sábio*. Na atividade legislativa do rei Alfonso resumem-se as tendências e as diretrizes da história jurídica ibérica e estabelecem-se as bases da futura evolução. Ele fez compilar o *Fuero Real* (1255), que reunia em um código único e geral a tradição da legislação foral, mais propriamente e genuinamente espanhola. Mas àquele tempo os estudos jurídicos haviam tomado um novo endereço: os estudos das fontes clássicas de Roma, saído a grande esplendor das Universidades italianas por obra dos glosadores, difundiu-se por todo o ocidente. Jurisconsultos italianos e espanhóis, educados nas escolas italianas, ensinavam em numerosas cidades espanholas o novo método de estudo e disseminavam a admiração pelo *Corpus iuris* de Justiniano, considerado como o direito do Império e como o maior monumento jurídico universal, fonte perene de sabedoria e de justiça. Assim se explica o fato de o rei Alfonso ter ordenado em 1256 a compilação da lei das *Siete Partidas*, em que era exposto prolixamente, com conceitos e no espírito do ressurgido direito romano, do modo como esse era interpretado e adaptado aos novos tempos, todo o direito público e privado do reino. O caráter legislativo desse código era, em um primeiro momento, assaz

duvidoso (consta que houvesse sido concebido muito mais com uma finalidade didática, um pouco a imitar as Instituições justinianeias) e apenas aproximadamente um século mais tarde veio formalmente reconhecido o seu viés normativo (*Ordenamiento de Alcalá*, 1348). No entanto, ainda antes dessa data começou a valer como a mais importante fonte jurídica do país, representando o decisivo retorno do direito romano².

Fenômeno análogo produziu-se no vizinho reino de Portugal, que desde o princípio do século XII se regia de forma independente. Foi em 1320 que o rei dom Diniz fundou em Lisboa o primeiro “Estudo Geral”, em que uma das cátedras era destinada ao estudo do direito romano; e foi o mesmo rei que introduziu a língua portuguesa no uso do foro e ordenou a tradução para o português das *Siete Partidas* espanholas³, das quais derivaram muitas disposições das leis promulgadas por ele e por seus sucessores. Da mesma forma, afirmou-se a autoridade do direito canônico, seja nos tribunais eclesiásticos, seja naqueles civis nas matérias eclesiásticas e naquelas em que *agebatur de peccato*⁴.

Rapidamente, as fontes romanas e canônicas vieram consideradas como a *ratio scripta* e aplicadas, nas respectivas esferas de competência, quando não existia norma legal expressa⁵; por outro lado, a legislação reinícola adotava sempre mais frequentemente as soluções indicadas pelo direito romano.

3. As “*Ordenações*” portuguesas. – O grande número de leis e de outras normas escritas e consuetudinárias, de autoridade e de âmbito de aplicação diversos, era causa de grande confusão na prática, e mais de uma vez as Cortes solicitaram ao rei que as leis do reino fossem reformadas e reunidas em um único corpo legal. O rei dom João I acolheu o desejo e ordenou a compilação de um código, que veio a ser promulgado finalmente em 1456, no reinado de dom Afonso V, do qual retirou o nome de “*Ordenações Afonsinas*”. Em cinco livros, vinha exposto todo o direito vigente no reino, retirado das leis promulgadas no início da independência, das *Partidas* espanholas, dos usos e costumes nacionais e, sobretudo, do direito

2. Cfr. Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen Age*, trad. Guenoux, Paris, 1830, t. II, pág. 65; Minguijón, *Historia del derecho español*, 2ª ed., Barcelona, 1933, pág. 77-78 e 84 e seg.
3. Melo Freire, *Historia iuris civilis lusitani* (primeiro desenho da história do direito português, finalizado em 1777, publicado em várias edições), §57; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre história do governo e da legislação de Portugal*, 6ª ed., Coimbra, 1887, §95.
4. Para um estudo do desenvolvimento histórico das instituições jurídicas portuguesas anteriormente à compilação das “*Ordenações*”, v. as numerosas e acuradas monografias de vários autores recolhidas nas publicações intituladas *História e Memórias da Academia* e *Memórias de literatura portuguesa* e a monumental *História de Portugal* (1846-53) de Alexandre Herculano. Entre as coleções de fonte, v. sobretudo *Portugallie Monumenta Historica*, em grande parte sob os cuidados do mesmo Herculano.
5. Manuel Paulo Merea, *Resumo das lições de história do direito português*, Coimbra, 1925, pág. 123.

romano (“as leis imperiais”) e canônico, das quais foram extraídos título inteiros da obra e aos quais é feita contínua referência. Frequentemente os textos das leis anteriores são reproduzidos por inteiro, com indicação do rei que o havia promulgado, encontrando-se transcritos em ordem cronológica; nesse caso, o título se fecha com uma sanção final que confirma a vigência daquelas leis ou altera parcialmente o seu conteúdo. Obra notável para a sua época, as Ordenações Afonsinas representam o esforço da monarquia em coordenar e unificar o direito vigente, fazendo prevalecer as doutrinas romanistas e canonísticas sobre as mais rústicas e arcaicas formas jurídicas locais e consuetudinárias⁶. Isso não elimina o fato de que alguns institutos de origem germânica ou árabe ou brotados espontaneamente nos vilarejos, estando então arraigados no costume, se mantivessem na sua substância, mesmo que adaptados e inseridos em um sistema fundamentalmente romanístico (por exemplo, a comunhão de bens entre os cônjuges)⁷.

Mas já em 1505, o rei dom Manuel I dava início aos trabalhos de revisão das Ordenações; um estímulo a isso era dado pela invenção da imprensa e pelo desejo de publicar com aquele meio um código melhorado e atualizado. Em 1514 foram publicadas e promulgadas as *Ordenações Manuelinas* e em 1521 foi publicado um novo texto revisto. Não muitas são as modificações em comparação às precedentes, mas as disposições são formuladas em um texto mais conciso, mais técnico e maduro, que não faz mais referências a leis anteriores, tampouco em geral às origens das várias normas, expondo o direito vigente de forma direta e com um teor uniformemente dispositivo.

Entretanto, naquela virada de tempo, um grande fato histórico agitava a vida de Portugal, assim como viria a agitar a história do mundo inteiro: a colonização das Índias, da África e da América. O pequeno reino do extremo da costa atlântica da Europa tornava-se o centro de um imenso império colonial e de um formidável comércio entre os mais longínquos continentes. Numerosas novas leis e disposições de todo o gênero vieram a cuidar das novas e urgentes necessidades. E assim se explica ter o rei Filipe II de Espanha, que se tornou em 1580 também rei de Portugal, com o nome de Filipe I, empreendido a revisão e atualização das Ordenações. Não muitos anos mais tarde, em 1603, pouco depois de sua morte, foram promulgadas as Ordenações *Filipinas*, destinadas a ter longuíssima vida, porquanto estiveram em vigor em Portugal e no Brasil até a codificação moderna.

6. Cf. Merea, *op. cit.*, pág. 135.

7. As *Ordenações Afonsinas* permaneceram manuscritas e somente em 1786 lhe foi feita uma edição impressa, sob os cuidados da Universidade de Coimbra.

Como as precedentes, compreendiam 5 livros, divididos em títulos numerados progressivamente, com uma rubrica que lhes indicava assunto. O primeiro livro é dedicado ao ordenamento judiciário; o segundo, ao direito eclesiástico e fiscal; o terceiro, ao processo civil; o quarto, ao direito civil; o quinto, ao direito e ao processo penal. O texto é escrito em língua portuguesa da época, um pouco diversa da hodierna e mais arcaica, seja na ortografia, seja nas formas verbais. Comparadas com as Ordenações que lhe precederam, as Filipinas apresentam um texto melhorado, mas não se distanciam muito na regulação dos institutos fundamentais.

A tais Ordenações se é frequentemente negado o caráter de uma verdadeira codificação, no sentido moderno da palavra⁸, o que parece incorreto. Como se acenou, as Ordenações não são um simples apanhado de leis, senão a formulação em um único corpo legal de todo o direito vigente como *ius proprium* no território metropolitano e colonial da monarquia portuguesa. A reprodução de leis anteriores, que ainda se faz presente nas Ordenações Afonsinas, desaparece por completo nas duas redações sucessivas, cujas disposições tiveram vigência formalmente autônoma. É certo que as normas são retiradas na sua maior parte do direito anteriormente vigente e sobretudo daquele riquíssimo *humus* jurídico que era o direito romano comum e que isso não permitirá, talvez, reconhecer ao legislador português o mérito de uma grande originalidade, a não ser pelo próprio fato de ter completado uma empreita que de simples nada tem. Mas qual é, por acaso, a codificação moderna que não tenha feito, em situações mais ou menos diversas, qualquer coisa de análogo, reescrevendo e formulando nas suas disposições o direito anterior segundo diretrizes unitárias? Tampouco o fato de que ao lado das Ordenações se reconhecesse vigência ao direito romano parece ser um argumento válido; seja porque também hoje não falta quem considere que o direito comum possa colmatar as lacunas do nosso ordenamento jurídico, sem que se pense em negar, por isso, ao nossos códigos o seu caráter próprio; seja porque, de outra parte, como veremos, quando o direito romano deixou de valer em Portugal, as Ordenações permaneceram sozinhas a representar o corpo principal das fontes jurídicas do país, sem necessitar sofrer, por isso, qualquer modificação de conteúdo ou de forma.

4. *Relações com o direito comum.* – Nada obstante a amplitude de tais Ordenações, o legislador não pretendia regular com as suas disposições todos os casos concretos que podiam apresentar-se na prática; ao lado dessas, continuavam a valer como fonte subsidiária, nas respectivas esferas de competência, o direito canônico e o direito romano (ao qual se reconhecia eficácia “pela boa razão em

8. Por ex. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, n. 135.

que é fundado”) e, sucessivamente, as Glosas de Accursio e a doutrina de Bartolo. Dispunham, de fato, as Ord. Fil., Livro III, tít. 64:

“Quando algum caso for trazido em pratica, que seja determinado per alguma lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Corte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte deles longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar, seja por eles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispoem; porque onde a lei, stylo ou costume de nossos Reinos dispoem, cessem todas as outras leis e direitos. E quando o caso, de que se trata, não for determinado por lei, stylo ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga pecado, per os sagrados Canones.

E sendo materia que não traga pecado, seja julgado pelas leis Imperiaes. As quaes leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas.

1. E se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por lei de nossos Reinos, Stylo ou costume acima dito, ou leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas leis, quando por comum opinião dos doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que a sua opinião comumente he mais conforme à razão, sem embargo que alguns doutores tivessem o contrario; salvo se a comum opinião dos doutores, que depois dele escreveram, for contraria”.

O direito das Ordenações representava, portanto, para Portugal e territórios além-mar, aquele *ius proprium*, vale dizer, aquele direito territorial particular que, segundo o sistema vigente àquele tempo na Europa, se integrava no quadro mais vasto dos dois *iura communia*, o direito do Império e da Igreja, devendo a esses últimos recorrer-se de maneira subsidiária quando o direito particular não dispunha expressamente. Em outros termos, entre o direito régio e o direito romano (e, em matéria espiritual, o canônico) subsistia aquela relação de “direito particular” a “direito comum”, que encontramos como característica dominante dos ordenamentos europeus da época intermédia⁹.

Em que pese a relação indicada, essencialmente uniforme, assumia ela, por sua vez, em cada nação, aspectos e desenvolvimentos diversos; e são assaz interessantes aqueles que essa teve em Portugal.

Notamos, em primeiro lugar, o fato certamente incomum do expresso valor de fonte de direito reconhecido à doutrina dos glosadores e pós-glosadores, com

9. Crf, Besta, *Fonti*, na *Storia del diritto italiano* coordenada por P. Del Giudice, vol. I, 1, pág. 401 e seg.; e sobretudo Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I, *Le origini*, Milano, 1938, passim e especialmente pág. 39 e seg.; *Lezione di storia del diritto italiano*, Milano, 1948, pág. 189 e seg.; verbete *Diritto Romano Comune*, in *Encicl. Italiana*, vol. 29, pág. 693 e seg.

prevalência final da opinião de Bartolo. Ainda que tais fontes doutrinárias fossem indicadas como sucessivamente subsidiárias às fontes justinianeias, na realidade vinham a integrá-las, porque na prática o intérprete, quando se encontrava frente a um caso que não era regulado nas Ordenações, procurava a solução no direito romano, do modo como esse era compreendido pelos doutores medievais, e, assim, recorria não mais aos textos do *Corpus Iuris*, mas súbita e diretamente às doutrinas ensinadas pelos jurisconsultos, de Accursio a Bartolo.

Interesse ainda maior é dado a um outro fato: embora valessem como direito especial territorial, que deveria prevalecer sobre o direito romano comum, as Ordenações portuguesas, por sua vez, eram – quanto ao seu conteúdo – uma verdadeira e própria codificação do mesmo direito comum. Redigidas por comissões de juristas educados e formados nas Universidade italianas, ou ao menos nos métodos e sobre as obras dos mestres que nessas e à sua volta haviam desenvolvido o seu magistério, as Ordenações representavam nada mais do que uma síntese das doutrinas do direito comum – salvo aquelas poucas matérias em que foi recolhido algum instituto ou alguma regra tratada pelas leis ou usos locais. Muito especial era, portanto, a relação entre direito particular e direito comum: isso porque o legislador português, no formular o seu *ius proprium* territorial, havia-o extraído na sua maior parte, com um juízo criterioso de escolha, daquele mesmo *mare magnum* das doutrinas do direito comum, a que remetia, por sua vez, o intérprete em via subsidiária para todos os casos que não houvessem sido expressamente contemplados. Até mesmo aquilo que formalmente era direito particular, substancialmente era ainda direito comum, escolhido, ordenado e formulado com clareza e precisão e com vivo e moderno senso das necessidades da prática.

Notáveis foram as consequências desse fato: quando mais tarde também em Portugal o direito comum deixou de valer como fonte subsidiária e as Ordenações mantiveram-se em vigor como única fonte de direito nacional, através delas continuou indiretamente a viver o direito comum, em boa parte quase até os nossos dias; e dele, muitos institutos passaram intactos ou pouco alterados para o direito atualmente em vigor em longínquas regiões do mundo.

5. *Acontecimentos sucessivos.* – A pequena nação havia empregado todas as suas energias nas viagens, nas grandes descobertas, na empreita colonizadora. Àquele tempo, as suas melhores forças pareciam exauridas. Sucede um longo período em que Portugal, quase satisfeito por aquilo que havia feito, fecha-se sobre si próprio, alheio aos eventos da vida europeia, totalmente absorvido pelos problemas muito grandes que as imensas colônias lhe apresentavam a cada dia. Até mesmo a atividade legislativa silencia. O direito havia assumido uma forma

que parecia definitiva, fixado nas *Ordenações* dentro de esquemas e conceitos que remontavam em grande parte à metade do século XV.

Somente um século e meio após a promulgação do código filipino, isto é, por volta do século XVIII, o país parece acordar de tal torpor por obra do ministro Marquês de Pombal, que deu início à reforma de toda a estrutura do Estado, no espírito das doutrinas iluministas e do direito natural, que àquele tempo triunfava na Europa. Retoma a sua atividade legislativa a lei de 18 de agosto de 1769, dita a *lei da boa razão*, pela qual se estabelecia que se poderia recorrer em via subsidiária ao direito romano unicamente quando as suas regras fossem conformes à *boa razão*, compreendendo-se por estas palavras os princípios eternos do direito natural, o espírito das leis nacionais e as necessidades e circunstâncias do tempo; limitava-se o valor do direito canônico aos tribunais eclesiásticos; retirava-se qualquer autoridade às glosas e às opiniões dos doutores; e reconhecia-se eficácia de fonte subsidiária, nas matérias comerciais e marítimas, às leis das nações civilizadas da Europa.

De tal modo, o direito nacional vinha a adquirir uma autoridade e uma uniformidade até então desconhecidas; e é com essa compreensão que o maior jurista daquele tempo, Pascoal José de Melo, escreveu as suas *Institutiones iuris civilis lusitani*, impulsionando a doutrina e a jurisprudência a se emanciparem da antiga dependência do direito comum.

Não muitos anos mais tarde, os exércitos franceses espriavam-se sobre a Europa e nem mesmo o longínquo Portugal escapava à sorte comum; o rei era forçado a abandonar Lisboa e a procurar refúgio na sua colônia além-mar, onde estabeleceria sua Corte na cidade do Rio de Janeiro. A invasão francesa trouxe a todas as nações um sopro de vida nova e de novas ideias, interrompendo, entre outras coisas, a normal evolução das instituições jurídicas vigentes no vários países. Os códigos napoleônicos, que recolhiam os resultados da mais secular e profundamente original atividade reformadora da monarquia e da jurisprudência francesa, substituíram os complicados ordenamentos jurídicos de cada nação e, o que mais conta, tiraram do caminho o augusto edifício do direito comum. A obra paciente de tantas gerações de juristas vinha varrida de um só golpe e o seu posto era tomado por um direito em muitos aspectos contrastante com a tradição jurídica dos povos particulares (ainda que por vezes significasse o retorno às regras do genuíno direito romano), mas que se fazia admirar pela clareza, precisão e simplicidade. Em seguida, tem-se a restauração e, em muitos aspectos, pareceu-se retornar a antigamente. Mas na verdade os novos espíritos não se podiam mais eliminar e, cedo ou tarde, em cada lugar, códigos e leis inspirados no modelo francês lançaram as bases do novo direito europeu, que, com todas as diversidades

e variedade nacionais, conservava ainda e sempre um fundo comum uniforme, no qual se pode reconhecer o amálgama de uma nova unidade jurídica continental. Até mesmo a legislação germânica, aterrissada mais tarde e inspirada em parte em outros princípios, ressentia a influência do exemplo francês muito mais do que normalmente se considera. Basta, para disso convencer-se, confrontá-la com um direito mantido imune à fratura produzida na Europa pelo direito francês, como é o caso do brasileiro, no qual os institutos do direito comum puderam sobreviver, chegando quase intactos aos nossos dias, e encontrar sem dificuldades o seu lugar no sistema de direito moderno.

6. *O direito brasileiro.* – As Ordenações Filipinas, já em vigor por mais de dois séculos, permaneceram em seu lugar mesmo após o Brasil ter-se tornado sede da monarquia portuguesa, mesmo após ter-se desligado da pátria mãe, proclamando a sua independência (1822). Apenas lentamente, e um pouco por vez, vieram substituídas por leis novas. As Ordenações, portanto, mantiveram-se em vigor por um tempo excessivamente longo e é porventura nesse ponto que se deve procurar a explicação para o comportamento que tiveram e têm a doutrina e a jurisprudência brasileira frente à legislação escrita: vale dizer, um menor apego ao texto legislativo em comparação aos juristas europeus, e uma mais desprendida interpretação das suas disposições, num esforço de encontrar uma solução satisfatória para cada caso concreto, com largo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira. Uma mais aguçada sensibilidade para o justo substitui frequentemente a menor inclinação à construção dogmática.

De 1850 são o código de comércio (posteriormente reformado) e uma lei chamada *Regulamento 737*, que normatizou o processo comercial e foi mais tarde estendida também ao processo civil. Em tal ponto, manteve-se substancialmente inalterada a estrutura fundamental do processo, mas se formularam as suas regras com grande clareza, em breves e precisas disposições, conforme a técnica legislativa moderna. Muito mais recente, isto é, de 1916, é o código civil. E em 1939 foi publicado um novo código de processo civil, atualmente em vigor^C.

Nesses códigos modernos, o direito tradicional lusitano encontra-se fundido com alguns princípios novos e enquadrado nos conceitos técnicos próprios das mais recentes legislações europeias (por exemplo, o código civil vem aberto com uma parte geral, na qual é amplamente regulada a figura do ato jurídico)^P. Tais códigos representam, portanto, uma diferente combinação de muitos elementos históricos e sistemáticos que concorreram para formar o hodierno direito europeu. Mas uma característica importante da sua formação histórica, que talvez mais do que qualquer outra contribuiu para dar ao direito privado e processual brasileiro os seus traços distintivos e para formar a sua individualidade histórico-comparada, é

o fato de que a sua evolução interna deu-se de forma ininterrupta desde o século XV, vale dizer, desde a época das Ordenações do Reino, sem jamais distanciar-se profundamente da configuração adquirida naquele momento e ressentindo escassamente a influência de fatores estranhos. Em particular, o direito francês, de importância preponderante na formação dos modernos direitos europeus, não estendeu, por sua vez, a sua influência sobre o direito brasileiro, o qual, portanto, manteve-se mais conectado à sua distante origem e pôde conservar, mais ou menos intactos, numerosos institutos do direito comum que, no presente, não são mais do que recordações históricas na Europa^E (recordo, a título de exemplificação, a ausência do princípio de que para os bens móveis *possession vaut titre*¹⁰).

Estas características apresenta, exatamente, o vigente *Código de processo civil*¹¹, que introduziu o processo oral e concentrado, tendo como modelos o código português¹² e os projetos italianos Chiovenda, Carnelutti e Solmi.^F Em meio a um procedimento informado por esses novos princípios, sobrevivem numerosos institutos tradicionais. Novo, entretanto, e de grande interesse prático, é o *despacho saneador*, apanhado da mais recente experiência da jurisprudência portuguesa: decisão que o juiz de primeira instância (único) prolata para resolver as questões *litis ingressum impeditentes* e *sanar* o processo de eventuais nulidades, abrindo, de tal modo, a estrada para a instrução da causa e para a decisão de mérito¹³.

Diversa, mas de um certo modo paralela, é a formação histórica dos direitos dos outros Estados da América Latina, que são de estreita derivação espanhola. Em muitos deles, o processo é ainda regulado por códigos que remontam à metade do século passado e que do direito espanhol herdaram alguns dos aspectos menos louváveis do direito comum (que, de sua parte, o legislador português soube evitar); processo escrito e secreto, rigorosamente articulado em etapas separadas com prazos preclusivos, instrução totalmente baseada sobre as *positiones*, com meios de prova cuja eficácia legal é fixada em frações aritméticas destinadas a serem somadas etc.

10. Para indicações respeitantes ao direito privado, v. Ascarelli, *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, in *Foro it.*, 1947, IV 97.

11. Sobre o assunto, v. as notícias em *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 353 e 1942, I, 59.

12. Sobre a reforma do processo civil português, levada a cabo através de numerosas leis parciais e posteriormente reunida no novo Código que entrou em vigor em 1939, v. a exposição feita por seu inspirador, prof José Alberto dos reis, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, 153.

13. Sobre o interessante instituto, cfr. José Alberto dos Reis, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2ª ed., Coimbra, 1933, pág. 133; Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, in *Revista Forense*, vol. 104, Rio de Janeiro, 1945, pág. 216 e reproduzido em *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, S. Paulo, 1947, pág. 105 e seg.

Uma parcial resenha servirá para ilustrar com alguns exemplos a exposição que precede.

§ 3. RESENHA

7. *As ações de “jactância”*. – As figuras das ações de “jactância”, elaboradas pela doutrina medieval italiana mediante uma adaptação e ampliação daquilo de preceituavam dois textos das fontes romanas (l. si contendat, Dig. 46, 1, 28 e l. diffamari, Cod. 7, 14, 5) para servir às necessidades de declaração (*accertamento*)¹⁴, foram logo acolhidas na prática espanhola e portuguesa; mas tiveram sorte diversa. Na Espanha, a terceira *Partida*, tít. II, 46, acenou expressamente, como exceção ao princípio de que ninguém possa ser forçado a agir, a essa particular *provocatio ad agendum*, com eventual condenação ao perpétuo silêncio; e os autores recuperaram e desenvolveram amplamente o tema, em estreita conexão com a doutrina italiana do período¹⁵. Em Portugal, as coisas andaram de maneira diversa: referem os autores da época ter sido o foro de tal modo inundado por esses juízos provocatórios, que o legislador viu-se forçado a intervir para restringir o seu uso. Proveu, nesse sentido, uma lei de 30 de agosto de 1564, cujo conteúdo foi, posteriormente, incorporado às Ord. Fil. (Liv. III, tít. 11, §4), através da qual se dispunha que se alguém difamava uma pessoa sobre o seu estado “como se dissesse que era seu captivo, liberto, infame, spurio, incestuoso, Frade, Clerigo ou casado”, o difamado poderia fazer citar o responsável no seu local de domicílio, assinalando-lhe um termo para propor a demanda e provar o vício de estado. Acrescentava-se, de outra parte, que em nenhuma outra causa civil se pudesse constranger outrem a agir ou impor perpétuo silêncio, abreviando, desse modo, o tempo que o direito concede para agir em juízo¹⁶. Nos casos admitidos, a ação é sumária: o difamado pode propô-la perante o juiz de seu domicílio, requerendo sua admissão para provar os fatos que considera difamatórios, e se consegue fazê-lo, o juiz ordena a citação do suposto difamador, incitando-o a propor a ação dentro de um prazo de 8 dias; se não a propunha no prazo fixado, vinha pronunciada a sentença que lhe impunha perpétuo silêncio¹⁷.

14. Cfr. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., n. 60 e seg.

15. Ocuparam-se particularmente do assunto Rodericus Suarez e Covarrubias. Cfr. Weissman, *Feststellungsklage*, Bonn, 1879, pág. 86 e 97, e mais amplamente Pierto Castro, *Acción declarativa*, Madrid 1932, pág 32 e seg., 36 e seg.

16. Os juristas portugueses estavam plenamente conscientes da origem medieval e não romana dessas ações: Melo Freire, *Institutiones iuris civilis lusitani*, 5ª ed., Coimbra, 1860, Liv. Iv, tít. VII, §16, de fato escreveu: “Quae quidam Ordinatio originem suam debet non tam iuri Romano, hoc est lege Diffamari 5 Cod. de ingen. manumiss., cum ad solam status ingenuitatem pertineat, quam Glossatoribus, qui eam ad omnes diffamationes produxerunt”.

17. Pegas, *Commentaria ad Ordinationes*, Ulissipone 1759, liv. III, tít. 11, par. 4.

A diferente aprovação encontrada pelas ações de “jactância” na Espanha e em Portugal reflete-se nos diversos destinos que lhes foram reservados em terra americana. Nos países de língua espanhola, tais ações foram contempladas e admitidas pela legislação: o Cód. proc. civ. da capital federal argentina regula-as expressamente nos arts. 425 e seguintes¹⁸. Ao contrário, no Brasil, os autores do século passado informam-nos que tais ações tiveram escassa aplicação prática e acabaram caindo em desuso, até que uma resolução imperial de 1876 vetou-lhes, pois repugnantes ao direito público do país. Logo se pensou, pelo contrário, em substituí-las com a ação declarativa ou declaratória. O primeiro a esboçar essa alternativa foi, em 1906, Rui Barbosa, seguido por outros autores; e algumas leis dos Estados federados disciplinaram-na minuciosamente¹⁹. Finalmente, o código vigente admitiu-a com disposições gerais (art. 2º).^G

8. *Proposição da demanda.* – No processo comum, propunha-se a demanda apresentando ao juiz o libelo introdutório, com requerimento de ordenar a citação do réu²⁰. Essa forma estava em harmonia com uma das características do processo comum, ou seja, a necessidade de que cada ato do processo fosse autorizado ou ordenado pelo juiz.

Analogamente dispõe o direito hoje vigente no Brasil. A *petição inicial* é dirigida ao juiz, e nessa deve-se fazer a exposição dos fatos, com indicação das provas e a formulação das conclusões e, ao fim, requerer ao juiz que ordene a citação do réu (art. 158 do Cód. proc. civ.).^H Com a petição inicial, devem-se exhibir os documentos.

O que mais chama a atenção é o fato de que o juiz deve, de ofício, “indeferir” a petição inicial, vale dizer, recusar-se a dar-lhe seguimento e fazer citar o réu, no caso de perceber que uma das partes é incapaz ou que a petição inicial é “manifestamente inepta” (art. 160)^I: isso é o que permanece da antiga *exceptio inepti libelli*, que o juiz deve hoje tomar em consideração *in limine* e de própria

18. Tais ações são admitidas contra a pessoa capaz que, fora do juízo, se haja atribuído direitos sobre bens que pertençam a outrem, e é proponível dentre os seis meses seguintes ao fato denunciado. O juiz ordena ao réu – suposto difamador – que se manifeste sobre tais fatos, sob juramento; e se lhes admite ou responde ambigualmente, manda-lhe propor a ação que aquele considere devida, sob pena de decadência. A rica jurisprudência sobre o tema sustenta o caráter excepcional da ação; admite-na, normalmente, mesmo contra quem se considere credor; exclui que se possa fundar em afirmações feitas em juízo civil ou penal (Crf. Jofré, *Manual de procedimientos*, 5ª e., com notas de Halperin, vol. IV, Buenos Aires, 1943, pág. 21 e seg.; Alsina, *Tratado teórico-prático de derecho procesal civil*, III, Buenos Aires, 1943, pág. 380 e seg). No Uruguai, cujo código reproduziu substancialmente as disposições argentinas, a ação de “jactância” encontrou, pelo contrário, ambiente hostil: é considerada contrária à liberdade de agir e não encontra aplicação prática: Lagarmilla, *De las acciones en materia civil*, 2ª ed., Montevideo, 1930, pág. 15.

19. Cfr. A. Buzaid, *A ação declaratória no direito brasileiro*, S. Paulo, 1943, pág. 27 e seg.

20. Pillio, *De ordine iudic.*, liv. I, 3; Durante, *Speculum*, liv. II, part. I, de comp. iud. ad., §3 “viso”.

iniciativa. Considera-se inepta a petição quando seja obscura ou gravemente defeituosa a exposição dos fatos ou quando dos fatos expostos não se possa deduzir logicamente a conclusão formulada²¹.

Na Itália, o sistema de citação direta do réu, por simples petição do autor, veio da França, onde se afirmou a ordenação autônoma dos oficiais judiciários, os quais cumprem as suas atividades quando se lhes são requeridas pelo interessado, sem depender de uma ordem do juiz²². É o caso de recordar que, por ocasião da recente reforma, a mais autorizada doutrina sustentou em vão o retorno à citação “indireta”, ainda existente nas leis germânica e austríaca²³.

9. As “*exceções dilatórias*”. – Uma das características do processo comum advinha de sua estrutura “rígida”: era, de fato, dividido em momentos e períodos fixos, fechados em prazos preclusivos, dentro dos quais as várias atividades deviam realizar-se. Um desses prazo preestabelecidos era o das exceções preliminares ou “dilatórias”, que o réu podia propor por via separada e todas conjuntamente, antes de apresentar a sua resposta ao libelo do autor²⁴. Sobre o tema, a doutrina dedicou infinitas e complicadíssimas distinções e classificações.

As Ord. Fil. acolheram tal instituto, procurando tornar-lhe mais simples as regras (Liv. III, tít. 20, n. 9):

“E antes de o reo vir com contrariedade, nem responder ao libello couda alguma, virá à segunda audiencia com todas as exceções dilatorias que tiver, juntamente, sendo certo que desque huma vez for pronunciado sobre a tal exceção, ou exceções dilatorias, com que vier, não poderá jamais vir com outras, nem lhe será para isso dado lugar”.

E alhures (tít. 49), enumeram-se como exceções dilatórias a incapacidade da parte ou do procurador, a recusa do juiz (por impedimento ou suspeição) ou a sua incompetência, a moratória ou a ausência de vencimento do crédito cobrado, às quais a doutrina acrescentava outras, como a litispendência, a *exceptio inepti libellis*, o benefício de excussão etc.²⁵.

21. Pedro Batista Martins, *Commentarios ao Código de processo civil*, vol. II, Rio de Janeiro, 1941, pág. 139; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de processo civil*, vol. II, Rio de Janeiro, 1947, pág. 33.

22. Chiovenda, *Istituz.*, cit., vol. II, n. 157.

23. Chiovenda, *Relaz. sul Progetto di riforma*, §6, in *Saggi*, vol. II, Roma, 1931, pág. 53; Carnelutti, *Intorno al progetto preliminare del cod. proc. civ.*, Milano, 1937, pág. 113; Zanzuchi, *Osservazioni intorno al prog. prel. del cod. proc. civ.*, Milano, 1937, pág. 31.

24. Gratia, *De iudicario ordine*, cit. 9., §2; Durante, liv. II, part. I, de excep. §1, n. 5 e seg.

25. Mendes de Castro, *Practica lusitana*, Lisboa, 1767, liv. III, cap. 3; Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, 3ª ed., Lisboa, 1825, cap. 12.

O Código brasileiro vigente limitou taxativamente a quatro as exceções que devem ser propostas preliminarmente, no prazo e na forma a tal propósito especialmente determinados: incompetência, a recusa do juiz (por impedimento ou suspeição), litispendência e coisa julgada (art. 182 e seg.). O réu, citado regularmente, tem dez dias para apresentar a sua resposta; mas dentre os 3 primeiros dias, poderá propor conjuntamente as exceções sobreditas, que deverão ser julgadas imediatamente. Qualquer outra questão, até mesmo processual, considera-se “matéria de defesa” e deverá ser tratada na contestação. No entanto, a incompetência por matéria poderá ser levantada também posteriormente, a qualquer momento, com eventual responsabilidade agravada pelas despesas causadas pelo retardamento. Também a exceção de coisa julgada, qualificada como “mista”, poderá ser alegada na contestação^l, visto que se admite o seu exame de ofício²⁶.

A decisão separada sobre as exceções e, em momento posterior, o *despacho saneador*, (v. acima n. 6, *in fine*) servem, juntos, a eliminar do terreno as questões incidentes e a preparar a audiência de instrução e julgamento.

Para o desaparecimento, na Europa, do exame preliminar em separado das exceções dilatórias, contribuíram, de uma parte, o direito francês, com a sua tendência a retirar qualquer rigidez ao processo, permitindo às partes o levantamento das várias questões relativas ao processo no momento que mais lhes aprouvesse, com a consequência de tornar o processo mais elástico, tanto que mais confuso e desordenado; de outra parte, Bülow, com a sua vigorosa crítica ao próprio conceito das *Prozesseinreden*²⁷. Uma função em parte análoga tem, por outro lado, a audiência preliminar (ou “primeira audiência”) do direito austríaco, em que devem propor-se as eventuais exceções impeditivas do exame do mérito, a fim de que o juiz possa apreciá-las da maneira mais oportuna.^k Menos rigorosas são as normas do nosso código (arts. 183-187)^l, que deixam às partes e ao juiz maior liberdade de movimento.

10. *A apelação do terceiro*. – Inúmeros textos das fontes romanas concediam ao terceiro a faculdade de apelar contra uma sentença quando algum interesse seu fosse prejudicado: D. 49, 1, 4 §2 e 3; eod. 5, etc.

26. Supremo Tribunal Federal, 21 de outubro de 1941, in *Revista Forense*, v. 91, 124.

27. No seu famoso livro *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, 1868, em que formulou pela primeira vez também o conceito de relação jurídica processual.

O direito canônico e a doutrina generalizaram essa possibilidade, daí deduzindo o princípio da legitimação do terceiro a apelar, sempre que houvesse interesse²⁸. A apelação do terceiro devia ser proposta no mesmo prazo concedido às partes.

Na França, a apelação do terceiro desapareceu, sendo substituída pela oposição de terceiro, não sujeita a prazo. É no século XVII que surge na praxe judiciária esse novo remédio, como verdadeira e própria impugnação da sentença²⁹ e foi a *Ordonance civile* de 1667 que o regulou completamente (tít. 35, art. 2).

Em Portugal, foi admitida, por sua vez, a apelação do terceiro. Dispunham as Ord. Fil., Liv. III, tít. 81 pr.:

“Posto que a sentença não aproveite nem empece mais que às pessoas entre que é dada, poderá, porem, dela apelar não somente cada um dos litigantes, que dela se sentir agravado, mas ainda qualquer outro, a que o feito possa tocar e lhe da sentença vir algum prejuízo”.

O princípio foi acolhido integralmente pelo direito brasileiro, dispondo nesse sentido o art. 738 do Reg. 737 e, hoje, o art. 815 do Cód. proc. civ. O prazo é aquele mesmo concedido às partes (15 dias da leitura da sentença em audiência ou da intimação); entretanto, se o terceiro não possui residência ou domicílio no local em que foi pronunciada a sentença, o prazo será de três meses.^M

Na doutrina não é, porém, pacífica a extensão da legitimação do terceiro. Rui Barbosa, escrevendo em 1915, e invocando os ensinamentos dos velhos doutores que exigiam do terceiro a prova de um *qualequale praejudicium*, sustentou que a legitimar o terceiro a apelar bastava um prejuízo qualquer, grave ou leve, econômico ou ainda simplesmente moral³⁰. A tal opinião aderiram hoje Odilón de Andrade e Seabra Fagundes, este último excluindo, todavia, o caso do prejuízo meramente econômico do credor por consequência de uma sentença proferida contra o seu devedor³¹. Muito mais restritiva é, por sua vez, a opinião de Santos Estanislao³²,

28. Decretais, de sent. et re iud., cap. 17: “*ab eadem sententia potest appellare reus victus, sed etiam tertius cuius interest; et potest sententia quoad reum nil de suo iure docentem confirmari, respectu vero tertii rationabiliter appellantis infirmari*”. Scaccia, *De sententia et re iudicata*, gl. 14, qu. 12, n. 121: “*Quamvis sententia inter alios lata regulariter aliis non noceat, tamen potest aliquale praeiudicium afferre ratione alicuius connexitatis vel dependentiae, et propter istud aliquale praeiudicium conceditur illi, cuius interest, ut ab ea possit appellare pro suo interesse*”. E alhures, *De appell.*, qu. 5, n. 71: “*quilibet tertius possit appellare pro suo interesse*”.

29. Tissier, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Paris, 1890, pág. 22 e seg.; Mendelssohn-Bartholdy, *Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig, 1900, pág. 56 e seg.

30. *Revista Forense*, vol. 25, 163 e seg.

31. Odilón de Andrade, *Comentários ao Cód. proc. civ.*, vol. IX, Rio de Janeiro, 1946, n. 112; Seabra Fagundes, *Recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro, 1946, pág. 50 e seg.

32. *Revista de direito*, vol. 17, 481.

o qual limita a legitimação do terceiro aos casos em que a sentença pudesse ser executada contra ele ou viesse a prejudicar reflexamente um direito seu.^N

A apelação do terceiro é de rara aplicação prática, provavelmente a causa da brevidade do prazo, dentre o qual é difícil que o terceiro venha a tomar ciência da existência que lhe prejudica. A oposição de terceiro dos direitos francês e italiano distingue-se desse remédio, seja pela ausência do prazo, seja pela mais precisa configuração dos casos em que é admissível, seja, enfim, por ser proponível também contra uma sentença de apelação. Na Alemanha, não existe nem um, nem outro de tais remédios.^O

11. A apelação, “*beneficium commune*”. – Justiniano alargou os poderes do juiz de apelação, permitindo-lhe reformar a sentença impugnada também em favor do apelado (constituição “*Amplioem*”, Cód. de apel. 7, 62, 39). Sobre a base de tal texto, a doutrina medieval construiu o conceito do *beneficium commune*: a interposição da apelação submete ao juiz de segunda instância a causa na íntegra, e ele pode decidi-la livremente, reformando a sentença seja a favor do apelante, seja contra ele (*reformatio in peius*). “*Ille contra quem appellatio est interposita potest appellatione uti, ut rescindatur sententia si in aliquo eum lesit*” (Bartolo); “*appellatio est communis etiam alteri parti, quae non appellativ*” (Baldo)³³.

O conceito foi acolhido integralmente nas Ord. Fil., Liv. III, tít. 72 (“que quando os juizes da alçada acharem que o apelado é agravado, o desagravem, posto que não apele”) e explicado pelos autores em estreita adesão ao ensinamento dos doutores italianos³⁴. No mesmo sentido posiciona-se a doutrina brasileira do século XIX³⁵. No entanto, a jurisprudência mais recente, influenciada provavelmente pela doutrina europeia, atenuou os rigores do princípio, inadmitindo a *reformatio in peius* e nesse sentido coloca-se hoje a doutrina dominante³⁶.

Mas nesse caso, qualquer condescendência com o exemplo europeu é enganosa e perigosa. O caráter “comum” da apelação andou em desuso no direito

33. Para um amplo exame das opiniões dos doutores, v. Delitalia, *Il divieto della reformatio in peius*, Milano, 1927, pág. 173 e seg.

34. Mathaues Homem Leitam, *De gravaminibus*, in “*De iure lusitano*”, tomus primus, Coimbra, 1736, qu. 3, n. 45 e qu. 5, n. 57.

35. Paula Batista, *Compendio de teoria e prática do processo civil e comercial*, Recife, 1855, §231, nota 2; Ramalho, *Praxe brasileira*, Rio de Janeiro, 1870, §340.

36. SAdi Gusmão, *Recursos cíveis e criminais*, Rio de Janeiro, 1936, p. 43; Machado Guimarães, *Do efeito devolutivo da apelação*, na revista *Direito*, vol. I (1940), pág. 184 e seg.; Odilón de andrade, *op. cit.*, pág. 169; Seabra FAgundes, *op. cit.*, pág. 175.

francês³⁷; escrevia, de fato, Rebuffe³⁸: “*Licet de iure appellatus possit se iuvare appellatione appellantis, quia appellatio communis est, l. Ampliorem C. Tamem de stilo curiarum Franciae est opus utramque partem appellare, alioquin appellatio nil proderit ei qui non appellavit, nec sententia quoad eum reformatibus et ita fuit conclusum saepius in curia Burdegalense, ut refert Boer. in suis decis. q. 73 saepe, n. 7*”. Em troca, o *Code de procédure civile* introduziu a figura da apelação incidental, que o apelado pode propor mesmo após o decurso do prazo para a apelação principal. Evitava-se, assim, que, em caso de sucumbência parcial, apelasse a parte que estivesse disposta a aceitar a sentença, com a condição de que não apelasse o adversário.

No entanto, essa nova solução dada pelo direito francês ao difícil problema não teve qualquer repercussão no direito brasileiro. De fato, o código vigente não resolve expressamente a questão e, enquanto ignora a figura da apelação incidental, limita-se a estabelecer que “a apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação” (art. 824). Mas enquanto falta a apelação incidental, não se pode negar o caráter comum do recurso (vai entendido no âmbito dos capítulos da sentença confrontados pela impugnação) sem romper de maneira grave o equilíbrio do juízo de segunda instância, tornando iniquamente gravosa a posição do apelado. Tais razões, vindas à tona há não muitos anos, foram acolhidas em alguns julgados recentíssimos.^p

12. *A querela nullitatis*. – O remédio da apelação, surgido nos procedimentos *extra-ordinem*, servia para reformar as sentenças injustas, não para invalidar as sentenças nulas, que eram ineficazes de pleno direito. A nulidade podia ser alegada como defesa contra a *actio iudicati* ou como réplica à *exceptio rei iudicate* ou em qualquer outra ocasião; e era a consequência não apenas da inobservância das regras e garantias fundamentais do processo, como também da violação expressa do direito aplicável ao caso controvertido: “*si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet*” (Modestino, D. 49, 1, 19). Nula era, portanto, a sentença que julgava violando o teor das leis em abstrato, enquanto era apenas injusta e, assim, sujeita a apelação a sentença que julgava contra *ius litigatoris*, quer dizer, aplicando erroneamente o direito ao caso concreto³⁹.

37. É característica a obstinação com que os autores alemães pretendem encontrar no antigo direito germânico a origem do novo princípio, sem, contudo, consegui-lo.

38. *De appellationibus*, in *Commentaria in Constitutiones seu Ordinationes regias*, t. III, Lugduni, 1613, praef. n. 25 e 26.

39. Cfr. Calamandrei, *Cassazione civile*, Torino, 1920, I, pág. 46.

O direito intermédio aceitou a distinção entre sentenças injustas e nulas, e sobre ela construiu o seu sistema de correções. Contra as primeiras, era proponível a apelação; contra as segundas, podia-se alegar a nulidade. Mas, com o intuito de tornar mais estáveis as sentença e mais seguras as relações jurídicas, o direito canônico, a legislação estatutária e a doutrina desejaram que tal nulidade, ao invés de permanecer indefinidamente oponível, sem limitação de tempo, devesse ser suscitada por meio de um remédio oportuno, que foi chamado de *querela nullitatis*⁴⁰, a qual não vinha definida nem como uma impugnação, nem como uma ação, mas como invocação do *officium iudicis*; e a ela se acrescentou um prazo de proposição mais ou menos breve e normalmente igual ao da apelação. Dessa maneira, preparava-se a junção dos dois remédios, cuja oportunidade prática é evidente, e que se realizava com a fórmula: “*Dico sententiam nullam, et si qua est appello*” (Glossa *Non obtinebit* a Cod. 7, 64, 1); e acabou-se por admitir que, mesmo sem expressa proposição da querela, o juiz da apelação pudesse conhecer também das eventuais nulidades⁴¹. De tal modo, vinha-se operando, de fato, a fusão das duas soluções em um único meio de impugnação, vale dizer, a absorção da *querela nullitatis* na apelação.

Isso para as nulidades sanáveis. Aquelas mais graves, insanáveis, sobreviviam, por sua vez, à formação da coisa julgada e podiam ser alegadas com a proposição da *querela nullitatis insanabilis*, a qual, por analogia a uma verdadeira e própria ação, era sujeita à prescrição ordinária⁴².

A fusão – quanto às nulidades sanáveis – dos dois remédios em um só, já preparada na prática italiana, viria a realizar-se posteriormente na França, onde prevaleceu o princípio “*voie de nullité n’ont pas lieu en France*”⁴³ e a querela desapareceu; todas as nulidades deveriam então ser arguidas com a impugnação; com a apelação, ou, depois de preclusa ou decidida esta, com dois novos meios de impugnação que lentamente vieram a adquirir sua feição definitiva: a *requête civile* e a *demande en cassation*.

O direito português regulou a matéria segundo os princípios do direito comum, mas com uma terminologia mais próxima àquela romana do que à medieval. De regra, as nulidades podem ser examinadas pelo juiz da apelação, que deve procurar,

40. Como se os referidos motivos práticos não bastassem por si só para explicar tal solução, a doutrina alemã pretendeu enxergar aí a consequência de um suposto princípio da validade formal da sentença, que teria sido próprio do direito primitivo germânico. Trata-se de uma simples hipótese, carente de demonstração.

41. Scaccia, *De appell.*, qu. 11, n. 114; Altamaro Blasio, *Tractatus de nullitatibus sententiarum*, Veneza, 1701, rub. I, qu. 3, n. 25.

42. B. Altamaro, *op. cit.*, rub. I, qu. 3, n. 2; rub. VIII, qu. 3, n. 3.

43. Rebuffe, *op. cit.*, art. 11, gl. II, n. 19.

tanto quanto possível, saná-las, evitando o mais possível uma pronúncia de nulidade do processo; e, após o trânsito em julgado da sentença, não podem ser alegadas de forma alguma (Ord. Fil., Liv. III, tít. 63). Existem, no entanto, algumas nulidades mais graves, por conta das quais a sentença “é per direito nenhuma” e “nunca em tempo algum passa em cousa julgada”, de modo que não é necessário contra ela apelar (Liv. III, tít. 75); e a nulidade pode ser alegada mesmo quando se pretenda a sua execução (tít. 81, §1). As causas de nulidade são aquelas habituais: ausência de citação do réu, contrariedade a outra sentença transitada em julgado, suborno ou incompetência do juiz, falsidade da prova e, por fim, contrariedade a “direito expresso”, que se dá quando o juiz julgue em modo “diretamente contrário ao que dispõem as Ordenações”, não, ao contrário, quando seja contrária ao “direito da parte” (tít. 75, com clara referência ao que afirmava Macro na passagem recordada mais acima, da qual se reproduzem também os exemplos). A doutrina, em pleno acordo também aqui com aquela do direito comum, considera a expressão “direito expresso” como equivalente a “direito em tese”, em contraposição a “direito em hipótese”, distinção que corresponde, na realidade, àquela entre questão jurídica abstrata e concreta⁴⁴.

O rigor das expressões usadas para qualificar a nulidade poderia fazer crer que se tratasse de nulidade absoluta. Era, no entanto, lição recorrente que a pronúncia de nulidade deveria ser requerida pela via da habitual *querela nullitatis*, sujeita apenas a prescrição trienal⁴⁵. De tal forma, compreende-se que Pereira e Souza pudesse afirmar que “a sentença tem os efeitos da coisa julgada, enquanto não anulada”⁴⁶, ao que fazia eco, no Brasil, Pimenta Bueno, escrevendo: “as sentenças eivadas de nulidade absoluta não perecem ipso iure em todo o rigor da expressão, ao contrário produzem efeitos até que sejam declaradas nulas”⁴⁷. Realmente, a lei portuguesa de 19 de dezembro de 1843, art. 317, fala de “ação de nulidade e de rescisão da sentença”; e no Brasil, o art. 681 do Reg. 737 dispõe que “a sentença pôde ser anulada por meio da acção rescisoria”. A evolução pode-se considerar completada quando o Código civil brasileiro reduziu o prazo de prescrição de tal ação para cinco anos^o (art. 178, §10, VIII^R) e o vigente Código de processo civil excluiu a possibilidade de a nulidade ser alegada nos embargos à execução. A antiga nulidade absoluta tornou-se, portanto, uma simples anulabilidade, que pode ser proposta por meio de um remédio excepcional, limitado no tempo e destinado a impugnar a coisa julgada.

44. Para a análoga doutrina italiana, crf. Calamandrei, *op. cit.*, pág. 160 e seg.

45. Silva, *Commentaria ad Ordinationes*, Olissipone, 1731, liv. III, tít. 75, n. 2 e seg.; Melo Freire, *op. cit.*, liv. IV, tít. 23, §20.

46. Pereira e Sousa, *Primeiras linhas*, cit., I, nota 578.

47. Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*, Rio de Janeiro, 1850, pág. 93.

Dessa forma, a *querela nullitatis* sobrevive com o nome de ação rescisória, sendo proponível no prazo de cinco anos perante as câmaras civis reunidas do tribunal de apelação, nos seguintes casos: sentença prolatada por juiz subornado ou incompetente em razão da matéria, ou contrária à coisa julgada ou contrária a literal disposição de lei ou quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal (art. 798 Cód. proc. civil).⁵ O caso mais frequente e também mais delicado é o referente à contrariedade a literal disposição de lei: tendo presente a outra norma que estabelece que “a injustiça da sentença ou a má apreciação da prova não autorizam o exercício da ação rescisória” (art. 800)^T, vê-se reproduzida, substancialmente, a clássica distinção entre “direito em tese” e “em hipótese”, entre “direito expresso” e direito “da parte”. Escreve, de fato, Pontes de Miranda: “A sentença é nula quando ofende o direito objetivo e não quando lesa o direito dos litigantes. Uma coisa é a sentença injusta, lesiva ao direito subjetivo invocado pela parte, outra coisa é a sentença nula, que ofende o direito objetivo. O direito subjetivo é protegido somente pelos meios de impugnação. Das sentenças que não ofendem a lei, mas apenas os direitos dos litigantes, poder-se-á dizer que são iníquas, não que ofendam o direito constituído”⁴⁸.

Trata-se, todavia, de uma ação de anulação *sui generis*, que carrega consigo muito de um verdadeiro e próprio meio de impugnação, uma vez que, se a sentença vem a ser anulada, o mesmo tribunal decidirá a causa novamente (e a doutrina qualifica este fato como uma cumulação do *iudicium rescindens* com o *rescissorium*)⁴⁹.

A jurisprudência não admite ação rescisória por violação da lei processual, mas apenas por violação do direito material⁵⁰ e decide em concordância que tal ação é admissível quando a sentença ofenda diretamente um texto expresso de lei, não, ao contrário, quando ofenda uma regra que seja o resultado de deduções mais ou menos fundadas⁵¹, nem quando tenha apenas mal interpretado uma norma de lei⁵².^U Pode-se, assim, dizer que ao tribunal chamado a conhecer de uma ação rescisória é deixada uma grande latitude de apreciação para decidir se o *error in iudicando* tem, no caso concreto, as características da violação do *ius in thesi*. O

48. *Ação rescisória*, Rio de Janeiro, pág. 166; conf. Odilón de Andrade, *op. cit.*, pág. 80, 87.

49. Pontes de Miranda, *Ação rescisória*, cit., pág. 138.

50. Trib. Just. S. Paulo, 23 de agosto de 1946, *Revista Forense*, vol. 111, 157; Trib. Just. Minas Gerais, 29 de janeiro de 1945, *Revista Forense*, vol. 101, 329.

51. Supremo Tribunal Federal, 22 de novembro de 1944, *Revista Forense* vol. 105, 67; Trib. Just. S. Paulo, 26 de março de 1943, *Revista Forense*, vol. 95, 592.

52. Trib. Just. S. Paulo, 14 de julho de 1944, *Revista Forense*, vol. 100, 78; Trib. Just. Distrito Federal, 18 de fevereiro de 1943, *Revista Forense*, vol. 97, 400.

Supremo Tribunal Federal, em uma decisão muitas vezes citada (25 de novembro de 1941, *Archivo judiciario*, vol. 61, 294), afirmou que o intérprete e o juiz não se devem preocupar tanto com a maneira direta ou indireta, declarada ou implícita da ofensa ao teor da lei, mas sim considerar a extensão e a gravidade da violação, e admitir a ofensa a direito expresso unicamente quando essa for grave, flagrante, não suscetível de dúvidas ou incertezas.

Esse conceito arraigou-se tão profundamente na tradição jurídica brasileira que encontra aplicação inclusive no recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que também é de criação recente e que assume funções em parte análogas àquelas da nossa Corte de cassação (e propriamente funções de unificação da jurisprudência dos tribunais do Estados federados, na defesa do direito federal).^V Depois do que se disse, não se fazem necessárias outras observações para evidenciar a diversidade de tal conceito em comparação àquele tanto mais amplo da “violação ou falsa aplicação de uma norma de direito”, que abre a estrada para o nosso recurso de cassação.

13. O “*processus executivus*”. – Muito conhecida é a história da eficácia executiva reconhecida pelos estatutos e pela doutrina medieval aos documentos *de garantia* ou *de confissão*⁵³. Embora, em princípio, fosse reconhecida aos *instrumenta a executio parata*, a prática criou para esses um verdadeiro e próprio *processus sumarius executivus*, misto de execução e cognição, em que, sem as solenidades do processo ordinário e, assim, sem libello nem contestação da lide e (em muitos lugares) sem prévia penhora de bens ao devedor, o juiz examinava a contestação do devedor e julgava-na sumariamente, com reserva de juízo ordinário em separado⁵⁴.

O direito francês eliminou, posteriormente, esse processo sumário misto, equiparando rigorosamente a eficácia dos instrumentos àquela das sentenças e regulando para essas e para aqueles a execução direta pura e simples⁵⁵, da qual derivou a nossa figura dos título executivos extrajudiciais, acolhida também no direito germânico e austríaco vigente.

As coisas não se passaram assim nos países em que continuaram a ser seguidas as doutrinas do direito comum, onde sobreviveu o *processus executivus*:

53. Briegleb, *Geschichte des Executiv-Prozesses*, 2ª ed., Stuttgart, 1845, Chiovenda, *Istituzioni*, cit., pág. 98 e n. 74.

54. Chiovenda, *Sentenza di condanna con riserva*, n. 5 e seg., in *Saggi*, I, Roma, 1930, pág. 130 e seg.; Liebman, *Opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, 2ª ed., Roma, 1936, pág. 69 e seg.

55. Liebman, *op. cit.*, pág. 81 e seg.

na Alemanha, até a promulgação da CPO⁵⁶ e nos países de língua espanhola e portuguesa.

Na Espanha, o instituto foi acolhido pela primeira vez na lei promulgada em Sevilha pelo rei Henrique III em 1396⁵⁷ e foi por várias vezes aperfeiçoado posteriormente, até receber uma regulamentação definitiva na *Nueva Recopilación* do ano 1567, Liv. III, tít. 21, l. 1 e 2⁵⁸.

Em Portugal, as coisas se passaram um pouco diversas. A lei (Ord. Fil., Liv. III, tít. 25) preferiu instituir a favor dos créditos fundados em instrumento público ou reconhecido um verdadeiro processo de cognição sumária, em que a condenação vinha pronunciada com base em uma instrução sumária e podia ser executada em modo provisório, enquanto as exceções de longa averiguação vinham reservadas para um exame em separado (muito similar, portanto, ao processo cambiário com reserva do atual direito italiano e germânico)⁵⁹. Mas ao lado dessas figuras especiais permaneceu o *processus executivus*, admitido para os créditos do fisco, para as pensões enfiteúticas e para alguns outros créditos que a doutrina enumerou minuciosamente: a ação tem início com a penhora, a que se segue um prazo em que o devedor pode oferecer oposição, que tem eficácia suspensiva, decidindo o juiz, por meio de sentença, sobre a existência do crédito e, assim, sobre a regularidade da penhora e sobre o prosseguimento da execução⁶⁰.

O código brasileiro vigente reunificou os dois institutos, na prática não muito diferentes entre si, restabelecendo, com alguma modificação, a figura do *processus executivus*. De fato, pela norma do art. 298, a “ação executiva” é proponível para

56. Mittermaier, *Die summarischen Verfahrensarten*, Bonn, 1826, §2; Linde, *Lehrbuch des gemeinen Civiprocesses*, Bonn, 1828, §327 e 360.

57. Ver o texto em Briegler, *op. cit.*, pág. 157.

58. É dessa forma que também nos países de língua espanhola encontramos o “juicio ejecutivo”, diferente da simples execução forçada da sentença, e admissível para os créditos fundados em instrumentos públicos, escritos privados reconhecidos, cambiais, etc.; procedimento misto de cognição e execução, em que se decide sobre as exceções do devedor em via sumária, com reserva de posterior juízo ordinário. Nesse sentido, dispõem, por exemplo, os arts. 464 e seguintes do Cód. proc. civ. da Capital federal argentina e 873 e seg. do Cód. proc. civ. do Uruguai. Cfr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, pág. 279 e 291; Alsina, *Tratado*, cit., vol. III, pág. 136 e seg.; Liebman, *Sobre el juicio ejecutivo*, in *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pág. 385 e seg.

59. A prática estendeu essas ações privilegiadas também para as cambiais: Morais, *Tractatus de executionibus instrumentorum et sententiarum*, 2ª ed., Coimbra, 1729, liv. I, cap. 4, §III, n. 69; Pegas, *op. cit.*, no comentário ao indicado título das Ordenações. O primeiro dos autores citados, ao comentar dito dispositivo, elogia o legislador português por haver adotado uma via intermediária entre aquela excessivamente longa do juízo ordinário de cognição, própria do direito romano, e aquela demasiado brusca da imediata penhora, própria das leis da Espanha e da França e dos estatutos italianos (*op. cit.*, liv. I, cap. 1, n. 16).

60. Morais, *op. cit.*, liv. I, cap. 4, n. 1 e seg.; Lobão, *Tratado/prático do processo executivo sumário*, Lisboa, 1868, pág. 5 e seg., 79 e seg.

os créditos de algumas categorias profissionais, para os créditos hipotecários, para aqueles fundados em instrumento público ou por escrito particular, cambial, cheque e algumas outras hipóteses. A ação tem início com a exortação do devedor ao pagamento no prazo de 24 horas, passadas as quais se procede a penhora; o devedor tem, após, o prazo de dez dias para contestar a demanda e o juiz decide com sentença provisoriamente executiva. A limitação das exceções foi derrubada, sendo a cognição, assim, plena e exauriente. Do seu perfil sumário permanece apenas o rastro de executabilidade provisória da sentença. De outra parte, o credor é plenamente garantido desde o início com a enérgica medida da penhora antecipada. Malgrado as diferenças existentes em comparação ao *processus executivus* da prática medieval, reconhecemos, ao fim, nessa “ação executiva” do direito brasileiro aquele caráter misto de cognição e execução que é típico de tal forma de procedimento e da qual não se tem mais exemplo no nosso direito hodierno.

A execução pura e simples tem lugar, por sua vez, no Brasil apenas com base em sentença de condenação, executável, em regra, somente quando não esteja mais sujeita a apelação.^w

Notas do tradutor:

1. Acadêmico do último ano do curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
2. A tradução baseou-se na versão do texto publicada na coletânea de textos do autor intitulada “Problemi del Processo Civile”, Napoli: Morano editore (1962). Tendo em conta a data da primeira publicação, é de se perceber que as referências do autor à legislação brasileira têm em conta o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (decreto-lei n. 1.608 de 1939), substituído pelo ainda vigente Código de Processo Civil de 1973 (lei 5.869 de 1973), e o Código Civil de 1916 (lei n. 3.071 de 1996), que deu lugar ao recente Código Civil de 2002 (lei 10.406 de 2002). Ademais, além de versar o texto para o vernáculo, no que procurou-se manter o mais fiel possível ao original, fizeram-se pequenas notas de acomodação ao atual direito processual civil brasileiro, não apenas no que diz com a atualização do ordenamento positivo, mas também apontando eventuais mudanças sistemáticas e estruturais adotadas pelo vigente Código elaborado por Alfredo Buzaid, as quais, por óbvio, não tiveram qualquer pretensão de exaurir os assuntos ali tratados. Por fim, as referências a preceitos legais nas presentes notas referem-se ao CPC/73, salvo expressa indicação.
3. O CPC/39 permaneceu em vigor até 1º de janeiro de 1974, data em que passou a vigor CPC/73.
4. Essa técnica legislativa foi mantida pelo CC/02, que regula os assim chamados “fatos jurídicos” no livro III da parte geral.
5. A observação, no que tange ao direito processual civil, é perfeita para o direito positivo à época em vigor; tendo-se em conta a atualidade, no entanto, as coisas se passam um tanto diversas, eis que, com o advento do CPC/73, operou-se uma verdadeira “invasão francesa” no direito brasileiro, que passou a ressentir forte influência dos movimentos que muito antes, como referido pelo autor, atingiram as nações europeias e mudaram o curso de seu direito, principalmente privado e processual (Daniel Mitidiero, Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36).
6. Sobre o Codice di Procedura Civile, de 1942, e sobre a influência destes Projetos e de outros sobre o seu texto, v. Giovanni Tarello, Il Problema della Riforma Processuale in Italia nel Primo Quarto del Secolo. Per uno studio della genesi dottrinale ed ideologica del vigente Codice italiano di procedura civile. In: Guastini, R.; Rebuffa, G. (orgs.), Dottrina del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto

- Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 9/107. Ademais, refere-se o autor ao CPC português de 1939, que posteriormente deu lugar ao CPC de 1961, hoje ainda vigente, contando, todavia, com as profundas alterações empreendidas pelos Decretos-Lei n. 329-A/95 e 180/96.
7. O CPC/73 regula em seu art. 4º a ação declaratória e no art. 5º a chamada ação declaratória incidental.
 8. Art. 282 do CPC/73.
 9. O CPC/73 trata da inépcia da petição inicial e de seu indeferimento nos arts. 284 e 295.
 10. O CPC/73 apresenta um regime um pouco diverso daquele exposto pelo autor, relativo ao CPC/39. O código em vigor determina que devam ser apresentadas em separado, no prazo de resposta, as exceções de incompetência relativa, de impedimento ou de suspeição do juízo (art. 304). Recebida a exceção, o processo ficará suspenso até o seu julgamento (art. 306). Trata-se, a toda evidência, de exceções processuais dilatórias, diferentes das objeções de coisa julgada e litispendência, que devem ser suscitadas em preliminar de contestação (art. 301, V e VI).
 11. No regime atual, o saneamento da causa deve ter lugar preferencialmente na audiência preliminar do art. 331; vindo por escrito, o despacho saneador tem lugar após a réplica do autor, procedendo-se de acordo com o art. 327, segunda parte.
 12. As atuais redações dos arts. 183-187, em especial do art. 183, diferem bastante daquela que Liebman tinha presente no momento da redação deste ensaio. Sobre o tema, consultar Comoglio, Ferri, Taruffo, Lezioni sul Processo Civile, 4ª ed, Bologna: Il Mulino, 2006, p. 389-412, v. I.
 13. O CPC/73, a exemplo do código anterior, também legitima o terceiro prejudicado a recorrer da decisão (art. 499), o qual deve fazê-lo, no entanto, sempre no mesmo prazo concedido às partes, eliminando-se a hipótese de dilação do prazo do §1º do art. 815 do CPC/39.
 14. Por expressa disposição legal (art. 499, §1º), “cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”. A doutrina tende, assim, a encarar como legítimo o terceiro passível de ser apanhado por algum efeito reflexo da sentença, fazendo-o nas mesmas bases da admissão do assistente simples (art. 50). A jurisprudência recente, no entanto, tende a alargar as hipóteses de legitimação. Nesse sentido, é paradigmática a situação em que se entendeu possível o recurso de terceiro, credor, que vê o bem penhorado para satisfazer o seu crédito alienado em outro processo, homologado pelo juiz (STJ, REsp 415.692/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 06.12.2002, DJ. 10.03.2003, p. 190).
 15. O atual direito processual civil brasileiro concede ao terceiro prejudicado três alternativas de confrontar sentença que venha em seu prejuízo: são elas a apelação de terceiro (art. 499, §1º), a ação de embargos de terceiro (art. 1.046) ou a ação rescisória (art. 487); as duas últimas faculdades “ficam-lhe asseguradas desde que permaneça na condição de terceiro a quem não se tenha dado ciência da demanda” (Ovídio Araújo Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, v. I, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006).
 16. O CPC/73, por sua vez, resolveu a questão através do seu art. 500, que instituiu o chamado “recurso adesivo”, fazendo ressentir a influência da solução francesa referida no texto.
 17. O CC/02 não se ocupou da matéria, deixando a sua disciplina a cargo da legislação processual.
 18. A versão utilizada nessa tradução apresenta erro de datilografia, vez que lá é apontado o art. 78, §10, VIII, do CC de 1916, e não o art. 178, §10, VIII, como correto. A tradução corrigiu a falha no próprio corpo do texto.
 19. O CPC/73 reduziu o prazo para a propositura da ação rescisória para 2 anos (art. 495), nas hipóteses elencadas no art. 485. Subsiste ainda, ao lado da ação rescisória, a querela nullitatis insanabilis nas hipóteses de ausência de citação do réu ou por ausência de citação válida de um dos litisconsortes necessários (STJ, 3ª turma, REsp 12.586/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 08.10.1991; DJ 04.11.1991, p. 15684), passível de ser levantada em sede de impugnação de cumprimento de sentença (art. 475-L, I). (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Código de Processo Civil comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 491/92)
 20. Tal norma não veio reproduzida no CPC/73.
 21. Como bem anotado, a palavra lei vai “empregada no art. 485, V, CPC em sentido amplíssimo – corresponde a ‘direito’ e autoriza a rescisão de coisa julgada em que há violação de princípio, regra ou postulado”, razão pela qual não persevera o entendimento de impossibilidade de rescisão de julgado que tenha violado norma processual, ainda mais tendo em conta a estatura constitucional do processo. Outrossim, na atualidade, “a jurisprudência exige que a decisão tenha outorgado sentido ‘aberrante’ à legislação para autorizar a ação rescisória (STJ, 6ª turma, REsp 9.086/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 29.04.1996, DJ 05.08.1996, p. 26.424)” (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Código de Processo Civil comentado, São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2009, p. 493). Ademais, “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” Súmula 343 do STF).

22. Com o advento da Constituição de 1988, tais funções passaram a ser exercidas pelo Superior Tribunal de Justiça, cabendo ao STF a última palavra em matéria constitucional.
23. O CPC/73 arquitetou o processo executivo de maneira um tanto diversa: em sua feição original, eliminou a distinção entre ação executiva (créditos elencados no art. 298 do CPC/39) e ação executória (execução de sentença), disciplinando o processo executivo de maneira idêntica (salvo no que tange à amplitude de cognição nos embargos do devedor), fosse o título executivo judicial (art. 584) ou extrajudicial (art. 585), na linha dos ensinamentos do próprio Liebman (sobre isso, v. a Exposição de Motivos do Código elaborado por Alfredo Buzaid). A reforma trazida pela lei 11.232/2005, porém, mudou novamente o processo executivo, que sobreviveu como procedimento autônomo apenas para a execução de títulos extrajudiciais e alguns judiciais (art. 475-N), já que a anterior execução de sentença passou a constituir uma segunda fase de um procedimento sincrético (cognitivo e executivo), denominada cumprimento de sentença (arts. 475-I a 475-R).



Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Antônio Carlos Araújo de Oliveira	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22/08/1980
02	Antônio Ezequiel da Silva	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22/08/1980
03	Edvaldo Pereira de Brito	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22/08/1980
04	Elsior Moreira Alves	O Direito Econômico no Estado Novo – 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22/08/1980
05	Geraldo Sobral Ferreira	Diretor, Sociedade Anônima – Relação Jurídica	Orlando Gomes	22/08/1980
06	Hermano Augusto Palmeira Machado	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22/08/1980
07	João Oliveira Maia	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
08	Jonhson Barbosa Nogueira	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22/08/1980
09	José Castro Meira	Consequências Cíveis do Ilícito Penal	Adhemar Raymundo da Silva	22/08/1980
10	Paulo Roberto Bastos Furtado	Juízo Arbitral	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
11	Pedro Manso Cabral	A Lei do Divórcio e o Novo Regime Legal de Bens no Brasil	Orlando Gomes	22/08/1980
12	Rogério Ataíde Caldas Pinto	Empresa – Aspectos Econômicos e Jurídicos	José Martins Catharino	22/08/1980
13	Ruy Santos Tourinho	Natureza Jurídica do Protesto Cambial	João de Mattos Antunes Varela	22/08/1980
14	Arx da Costa Tourinho	As Normas Constitucionais da Ordem Econômica e Seus Efeitos Jurídicos	Nelson de Souza Sampaio	22/10/1980
15	Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres	Jurisdição Trabalhista	José Joaquim Calmon de Passos	28/08/1981
16	Francisco Wildo Lacerda Dantas	Usufruto da Empresa	Hermano Machado	30/11/1984
17	José Carlos Murtinho Nobre Gomes	O Contrato de Know-how e a Transferência de Tecnologia.	Pedro Manso Cabral	30/11/1984
18	Silvia Campos França Conhin	Aspectos Jurídicos dos Grupos de Sociedade	Orlando Gomes	30/11/1984
19	Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro	O Direito Tributário, o Estado de Direito e o Desenvolvimento Nacional	Sylvio Santos Faria	29/03/1985
20	Sérgio Sanches Ferreira	O Contrato Factoring – uma Solução para as Pequenas e Médias Empresas do Brasil	Geraldo Sobral Ferreira	20/12/1985
21	Rita de Cássia Simões Moreira Santos	O Bem Jurídico Imagem e sua Utilização	Washington Luiz da Trindade	28/05/1988
22	Marcus Vinicus Americano da Costa	Grupo Empresário no Direito do Trabalho	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	05/08/1988
23	Ninaldo Aleluia Costa	Justiça Agrária para o Brasil	Orlando Gomes	05/08/1988
24	Olindo Herculano de Menezes	Retificação de Área	Hermano Machado	27/10/1989

*. Da dissertação nº 1 à 25 não houve banca examinadora, apenas um parecer.

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
25	Wilson Alves de Souza	Terras Devolutas como Outro Tipo de Propriedade	Pedro Manso Cabral	22/12/1989
26	Adroaldo Leão	A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresa	Orlando Gomes, Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	18/10/1991
27	Edmundo Cordeiro de Almeida	Direito e Desenvolvimento	Hermano Machado, Sylvio Santos Faria, Nelson de Souza Sampaio	18/10/1991
28	Nilza Rocha de Figueiredo	O Contrato de Aprendizagem	Hermano Machado, Washington Trindade, Luiz de Pinho P. Silva	18/10/1991
29	Douracy Soares	O Módulo Rural e a Propriedade Familiar	Washington Luiz da Trindade, Angelina Nobre Rolim, Hermano Machado	27/12/1991
30	Jorge Luiz da Silva Machado	Considerações Jurídicas e Seus Fundamentos Sócio-Econômico em Torno da Problemática do Uso do Solo Urbano.	Geraldo Sobral, Washington Trindade, Hermano Machado	27/12/1991
31	Maria da Conceição Ferreira do A. Duarte	Alguns Aspectos Fiscais do Direito Contábil	Antonio Maron Agle, Pedro Manso Cabral, Edvaldo Pereira de Brito	27/12/1991
32	Mirian de Almeida Souza	A Política Legislativa do Consumidor a Luz do Direito Comparado	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Josaph Ramos Marinho	27/12/1991
33	Sérgio Alexandre Meneses Habib	A Dogmática Penal e As Novas Formas de Criminalidade Geradas Pelo Desenvolvimento Econômico-Técnico-Científico.	José Candido de Carvalho Filho, George Frago Modesto, Adhemar Raymundo da Silva	27/12/1991
34	Ana Francisca Pinto de Souza	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Geraldo Sobral, José Abreu, Hermano Machado	14/02/1992
35	Gilberto Gomes da Silva	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Helio Brito, Washington Trindade, Geraldo Sobral Ferreira	21/10/1992
36	Pedro Henrique Lino de Souza	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Edvaldo Brito, Helio Brito, Hermano Machado	17/12/1992
37	Perpétua Maria Vieira Figueiredo	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Sylvio Farias, Washington Trindade, Hermano Machado	17/12/1992
38	José Antônio Pereira Portela	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Pedro Manso Cabral, Washington Luiz da Trindade, Hermano Machado	23/11/1994
39	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Octavio Benno Magano	23/11/1994
40	Rubem Dário Peregrino Cunha	A Proteção Administrativa do Consumidor	Alice Gonzalez Borges, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	23/11/1994
41	Saulo José Casali Bahia	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	José Joaquim Calmon de Passos Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	23/11/1994
42	Paulo Vasconcelos Jacobina	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos	10/05/1995
43	Cícero Virgulino da Silva Filho	Proteção Possessória a Importância das Objeções de Mérito como Direito de Defesa Nas Audiências Preliminares da Justificação	Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos, Washington Luiz da Trindade	30/08/1995

Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
44	Deraldo Dias de Moraes Neto	Contrato de Franchising	Hermano Machado, Geraldo Sobral, Pedro Manso Cabral	01/09/1995
45	Jussara Maria Salgado Lobo	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Sylvio Farias, Jose Abreu, Hermano Machado	09/10/1995
46	Heron José de Santana	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Washington Trindade, Antonio Herman V. Benjamim Pedro Manso Cabral	01/07/1996
47	João Augusto de O. Pinto	A Respons. Civil do Est.-Fornecedor de Serviços Ante o Usuário-Consumidor	Antonio Carlos A. Oliveira, Luiz de Pinho P. da Silva, Edvaldo Brito	22/07/1996
48	Nilza Maria Costa dos Reis	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, José Abreu, Hermano Machado	05/09/1996
49	João Vargas Leal Júnior	O Contrato Bancário Frente Às Normas de Proteção ao Consumidor e Às Normas de Direito Econômico	Pedro Manso Cabral, Pedro Sampaio, Geraldo Sobral	14/05/1997
50	Nágila Maria Sales Brito	O Concubinato e Seus Efeitos Econômicos	Pedro Sampaio, Washington Trindade, Pedro Manso Cabral	03/06/1997
51	Adão de Assunção Duarte	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrópicos	Washington Trindade, George Modesto, Edvaldo Pereira de Brito	16/06/1997
52	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	A Norma Constitucional Programática	Washington Trindade, Edvaldo Brito, Antonio Carlos A. de Oliveira	07/07/1997
53	José Diniz de Moraes	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Luiz de P. Pedreira, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	17/07/1997
54	Pedro Braga Filho	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Nilza Reis, Pedro R. Bastos Furtado, Hermano Machado	26/03/1998
55	Carlos Alberto Araçonga Dória	Icms – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo Casali Bahia, Sylvio Santos Farias	07/04/1998
56	Andremara dos Santos	Juiz: Senhor da Constituição? (o Retorno do Direito Pretoriano)	George Modesto, Odete Medauar, Edvaldo Pereira de Brito	12/06/1998
57	Durval Araújo Portela Filho	Comentários à Lei Nº 9.457, de 05.05.97, Que Altera a Lei de Sociedade por Ações, com Ênfase para o Direito de Recurso de Acionistas dos Dissidentes	Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda, Geraldo Sobral Ferreira	24/07/1998
58	Kadja Maria Ribeiro Parente	O Direito das Ações Preferenciais Oriundas de Incentivos Fiscais na Sociedade Anônima	Geraldo Sobras Ferreira, Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda	24/07/1998
59	Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar,	27/07/1998
60	Sérgio Novais Dias	Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance	Edvaldo Pereira de Brito, Geraldo Sobral, Odete Medauar,	27/07/1998

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
61	Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes	Concessão de Serviço Público: a Revivência de Um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	23/11/1998
62	Roberto Cavalcanti Sampaio	Franchising: Reflexos Jurídicos Nas Relações das Partes	Nilza Reis, Washington Luiz da Trindade, Maria Magnolia L. Guerra	26/04/1999
63	Adhemar Bento Gomes Filho	Liberalização das Telecomunicações – o Direito Econômico na Transição para uma Nova Regulação de Mercado	Hermano Machado, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	20/05/1999
64	Dirley da Cunha Júnior	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo Bessa Antunes, Wilson Alves de Souza	24/09/1999
65	Vera Maria Veigand	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado, Johnson B. Nogueira, Nelson S. Junior	06/10/1999
66	Ricardo Cesar Mandarino Barreto	Idéias Sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado, Denise Lucena Cavalcanti, Carlos Ayres Brito	23/11/1999
67	Antonio Augusto Brandão de Aras	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, Roberto Rosas	12/05/2000
68	Angélica de Mello Ferreira	A Flexibilização como Mecanismo Regulamentador do Direito do Trabalho	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Antonio Carlos A.Oliveira	19/05/2000
69	José Gomes Brito	A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Praticados Contra o Meio Ambiente	Maria Auxiliadora Minahim Alessandra R. M. Prado, Paulo Queiroz	09/06/2000
70	Mario Jorge Philocreon de Castro Lima	Investigação Sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria, Willis Santiago, Carlos Alberto Araponga Dória	13/06/2000
71	Celso Luiz Braga de Castro	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado, Germana de Oliveira Moraes, Menelick de Carvalho Netto	17/08/2000
72	Cláudio Alberto Gusmão Cunha	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral, Saulo Casali Bahia	19/12/2000
73	Sebastião Borges de Albuquerque Mello	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas – Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim, Dirceu de Mello, Willis Santiago Guerra Filho	20/12/2000
74	Monica Neves Aguiar da Silva Castro	Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com Outros Direitos	Washington Luiz da Trindade George F. Modesto, Maria Auxiliadora Minahim	01/02/2001
75	Yuri Carneiro Coelho	A Importância do Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático de Direito: Fundamentos para a Determinação de Seu Conteúdo Material	Maria Auxiliadora Minahim, George F. Modesto, Luiz Regis Prado	24/10/2001
76	Robério Nunes dos Anjos Filho	A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim, Saulo Casali Bahia, Menelick de Carvalho Neto	30/11/2001
77	Bruno Espíñeira Lemos	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Paulo Queiroz	05/12/2001

Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
78	Marco Aurélio de Castro Júnior	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	06/12/2001
79	Claudio Cairo Gonçalves	O Contrato Administrativo em Face da Atual Concepção de Estado.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Cicero Virgulino da S. Filho	17/12/2001
80	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Poder Judiciário e Jurisdição no Mecosul: Conflitos Entre Normas Internacionais e Internas.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	18/12/2001
81	Cleonice de Souza Lima Santos	Do Usufruto: Origem, Elementos Essenciais, Instrumentalidade e Aplicação no Direito Atual	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona	17/01/2002
82	Fredie Souza Didier Júnior	Admissibilidade do Recurso de Terceiro no Processo Civil Brasileiro	Geisa de Assis Rodrigues, Flávio Cheim Jorge, Jose Joaquim Calmon de Passos	28/01/2002
83	Milton Moreira de Oliveira	Medidas Coercitivas Patrimoniais, Efetividade e Celeridade da Tutela Trabalhista	Johnson Meira Santos, Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Mário Pamplona Filho	08/04/2002
84	Selma Reiche Bacelar	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade, Maria Auxiliadora Minahim, Juliette Robichez	22/04/2002
85	Cinzia Barreto de Carvalho	O Instituto da Conciliação em Matéria Trabalhista na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na Perspectiva de Um Mercado.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Mário Pamplona Filho	31/07/2002
86	Daniela Ferreira Marques	Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Luiz da Trindade, Juliette Robichez	08/08/2002
87	Jayme Baleeiro Neto	As Organizações Sociais e o Controle dos Tribunais de Contas	Edivaldo Boaventura	23/08/2002
88	José Barroso Filho	Dano Ambiental: Sanção	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo R. L. Pimenta, Júlio César de S. Rocha	03/10/2002
89	Arthur de Oliveira Maia da Silva	Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Proposta para o Enfrentamento Jurídico das Escolhas Trágicas	Edvaldo Pedreira de Brito, Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto	21/10/2002
90	Luiz Cláudio Magalhães Madeira	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade, Cicero Virgulino da S. Filho, Johnson Meira	25/10/2002
91	Luciano Dorea Martinez Carreiro	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho	22/11/2002
92	Ronald Olivar Amorim e Souza	Grève & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira, Johnson Meira, Rodolfo Pamplona Filho	12/12/2002
93	Maria Paula Nogueira D'Ávila	Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização: uma Proposta de Atuação Sindical Global	Washington Trindade, Juliette M. M. Robiche, Johnson Meira	13/12/2002
94	César Faria Júnior	O Término do Processo Administrativo Fiscal como Condição da Ação Penal Nos Crime Contra a Ordem Tributária.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo Brito, Dirceu de Mello	16/12/2002
95	João Carlos Macêdo Monteiro	Natureza Jurídica das Relações Entre o Investidor e As Administradoras de Fundos de Investimento Financeiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edvaldo Pereira de Brito, Saulo José Casali Bahia	30/01/2003

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
96	Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé	A Imunidade Tributária do Livro Eletrônico	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto	31/01/2003
97	Denise L. Fontes Alberto Leopoldo	A Atuação do Ministério Público na Jurisdição Penal e a Instrumentalidade Garantista	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Carlos Ayres de Brito	28/04/2003
98	Cecília Teixeira de Souza Oliveira	A Expressão da Extrafiscalização na Cofins	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto L. Pimenta, Ubirajara Coelho Neto	12/05/2003
99	Auristela Oliveira Reis	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, André de Carvalho Ramos	16/05/2003
100	Ana Paula de Almeida Lima Leal	A Inversão do Ônus da Prova, à Luz da Ponderação de Interesses	Edvaldo Pedreira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Manoel Jorge e Silva Neto	21/05/2003
101	Pompeu de Sousa Brasil	Blocos Econômicos: Aparelhamento Jurídico e Perspectiva no Âmbito do Mercosul	Saulo Casali Bahia, Edvaldo Pereira Brito, Ubirajara Coelho Neto	26/05/2003
102	Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa	A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos	Saulo Casali Bahia, Washington Trindade, Rodolfo M. Pamplona Filho	28/05/2003
103	Itamar Jezler Campello	Uma Análise do Teorema de Coase Aplicado Às Transações dos Efeitos Jurídicos em Casos de Reparação de Danos	Pedro Soares Sampaio, Luiz de Pinho Pedreira, Mário Rodrigues Barbosa	02/06/2003
104	Pedro Lino de Carvalho Júnior	A Lesão Consumerista no Direito Brasileiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Monica Aguiar Silva, Roxana Borges	16/12/2003
105	Ricardo Maurício Freire Soares	Hermenêutica, Linguagem e Princípios: Repensando a Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	16/12/2003
106	Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda	A Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Consumo	Saulo Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Rodolfo Pamplona Filho	18/12/2003
107	Reinaldo de Souza Couto Filho	A Impenhorabilidade do Bem de Família em Relação Às Dívidas Condominiais	George Fragoso Modesto, Washington Luiz da Trindade, Mário Rodrigues Barbosa	18/12/2003
108	Maria Elisa da Silva Villas-Bôas	Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos da Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida.	Maria Auxiliadora Minahim, Vicente de Paula Barreto, Maria Theresa M. Pacheco	17/03/2004
109	Antonio Lima Farias	A Reforma Tributária em Face do Sistema Tributário Nacional no Estado Democrático de Direito.	Edvaldo Pereira de Brito, Paulo Lyrio Pimenta, Helena T. Torres	26/04/2004
110	Rafael Carrera Freitas	O Poder Normativo das Agencias Reguladoras: Um Mecanismo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo de Pereira Brito, Dirley Victor da Cunha Júnior	10/05/2004
111	Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao Nome: Identidade e Tecnologia	Monica Aguiar Neves, Edvaldo Brito, Camilo Coloni	24/05/2004
112	Eduardo Sodré	O Processo Cognitivo Nos Juizados Especiais Cíveis	Jonhson Meira, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	11/06/2004

Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
113	João Marinho da Costa	A Propriedade e As Propriedades: Pesquisa da Aplicação da Tese de Salvatore Pugliatti – a Propriedade Sobre Bens Móveis e a Propriedade Sobre Bens Imóveis por Natureza (Propriedade do Solo)	Mario Rodrigues Barbosa, Hermano Machado, Jiliette Robiches	30/06/2004
114	Sidney Pessoa Madruga	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.	Edivaldo Boaventura, Manoel Jorge e Silva Neto, Kebengele Munanga	09/12/2004
115	Camila Lemos Azi	O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil	Mario Rodrigues Barbosa, Roxana Cardoso Borges, Rodolfo Pamplona Filho	16/12/2004
116	Antonio Oswaldo Scarpa	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Pelo Poder Judiciário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto, Marco Aurélio Greco	06/05/2005
117	Gamil Foppel El Hireche	Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio.	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Juarez Cirino dos Santos	09/05/2005
118	Cláudio Mascarenhas Brandão	A Responsabilidade Objetiva do Empregador Decorrente do Acidente de Trabalho Nas Atividades de Risco Acentuado	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira Santos	10/05/2005
119	Pedro Alexandre de Araújo	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-Jurídicos	Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. Mascarenhas	12/05/2005
120	Maria da Graça B. de Athayde de A Varela	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito, Luiz Alberto David Araújo, Dirley Cunha Júnior	31/05/2005
121	Leonardo Vieira Santos	Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Monica Neves Aguiar, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Rodolfo Pamplona	03/06/2005
122	Rosemília Dias da Silveira Tannus	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas.	Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Mônica Aguiar	03/06/2005
123	Alvaro Emanuel de Oliveira Simões	No Processo do Jus Postulandi das Partes Trabalho e sua Influência na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira	06/06/2005
124	Geisy Fiedra Rios P. de Almeida	Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste	Saulo Casali Bahia, Pedro Sampaio, João Grandino Rodas	25/07/2005
125	Leonardo Tochetto Pauperio	A Cidadania Mínima: Relação Jurídico-Constitucional da Extinção da Fome e do Alívio Voluntário da Dor	Maria Auxiliadora Minahim, George Frago Modesto, Lenio Luiz Streck	08/09/2005
126	Julio Cezar Lemos Travessa	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia, Alessandra Rapassi, Paulo Queiroz	11/01/2006
127	Lízea Magnavita Maia	O Lado Oculto da Compreensão Jurídica: Um Estudo Sobre os Pressupostos Teóricos da Hermenêutica Filosófica e sua Influência na Interpretação dos Direitos Sociais.	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, José Antonio Saja	26/01/2006
128	Nilson Roberto da Silva Gimenes	O Direito de Objeção de Consciência Às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia, Monica Aguiar Silva, Camilo Colani	03/02/2006

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
129	Clodoaldo Silva da Anunciação	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Luiz da Trindade, Johnson Meira Santos, Cicero Virgulino da Silva Filho	06/02/2006
130	Jaime Barreiros Neto	A Importância da Fidelidade Partidária para a Consolidação da Democracia Brasileira	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, José Joaquim Calmon de Passos	17/02/2006
131	Maurício Souza Sampaio	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Roberto Lyrio Pimenta	17/02/2006
132	Pedro Leonardo Summers Caymmi	As Concepções de Segurança Jurídica e suas Implicações na Delimitação da Tipicidade da Norma Tributária	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Raimundo Juliano R. Feitosa	13/03/2006
133	Perpetua Leal Ivo Valadão	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado, Solange Telles	12/05/2006
134	Sara de Almeida Borges	Relação Jurídico Constitucional dos Valores Antropológicos e dos Valores Ecológicos na CF\88.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado Solange Telles	12/05/2006
135	Pedro Pessoa Lepikson	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier, Roxana Cardoso Borges, Luiz Edson Fachin	17/05/2006
136	Ivana Carla C. de Macedo Senna	O Dever de Informar na Relação Médico-Paciente – Reflexões Acerca da Humanização das Práticas Médica, Num Contexto Brasileiro à Luz da Bioética	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fátima Freire de Sá	25/05/2006
137	Belmiro Vivaldo Santana Fernandes	O Dano Moral por Discriminação a Pessoas em Decorrencia de Orientação Sexual.	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fatima Freire de Sa	25/05/2006
138	Erica Vericia de Oliveira Canuto	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves, Rodolfo Mario Pamplona Filho, Camilo Coloni	30/05/2006
139	Mauricio Dantas Góes e Góes	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e Seu Deficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo Casali Bahia, Jose Joaquim Calmon de Passos	21/06/2006
140	Carlos Martheo C. Guanaes Gomes	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia, Rodolfo Pamplona Filho, Júlio Rocha	30/06/2006
141	Ludmyla Franca	Entre o Nilismo e a Utopia: a Busca Pela Dignidade da Política em Um Diálogo com As Ideias de Hannah Arendt	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Mário Pamplona Filho	05/07/2006
142	Rodrigo Moraes	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Pamplona Filho	06/07/2006
143	Antonio Adonias Aguiar Bastos	Natureza Jurídica da Decisão Lastreada no Art.273,& 6º, do Cpc: Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurídica Ou Resolução Parcial do Mérito ?	Rodolfo Pamplona Filho, José Joaquim Calmon de Passos, Edilton Meireles de Oliveira	19/07/2006
144	Jose Amando Júnior	Efeito Reflexo Cosntitucional: Estudo de Caso Sobre a Racionalidade e o Sistema Jurídico na Pós-Modernidade	Saulo Casali Bahia, Paulo Pimenta, Germano Schwartz	21/09/2006
145	Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Aldacy Rachid Coutinho	06/10/2006

Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
146	Soraya Santos Lopes	Dimensão Coletiva da Moradia: uma Proposta Dogmática Visando a Efetividade de suas Políticas Públicas.	Edvaldo Brito, Marília Muricy, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
147	Lívia Maria e Sant'ana	Ações Afirmativas: Aplicação Às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito, Heron José de Santana, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
148	Joseane Suzart Lopes da Silva	Aumentos Abusivos das Mensalidades dos Planos de Saúde: Transgressão à Boa Fé e à Função Social do Contrato	Monica Neves Aguiar, Edvaldo Brito, Maria Lígia C. Mathias	14/11/2006
149	Antonio Carlos Paula de Oliveira	O Exercício Abusivo do Direito à Intimidade Pelo Empregado no Caso de Revista Pessoal	Jonhson Meira, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	16/11/2006
150	Wagner Mota Alves de Souza	A Teoria dos Atos Próprios: Esboço de uma Teoria do Comportamento Contraditório Aplicada ao Direito.	Washington Luiz Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Mannrich	16/11/2006
151	Rafael Menezes Trindade Barretto	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binenbojm,	26/01/2007
152	Rodrigo Bastos de Freitas	Direito dos Índios e Constituição: os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção – História e Perspectivas	Saulo Casali, Heron José de Santana, Alexandre Tavessoni	09/02/2007
153	André Luiz Batista Neves	A Interpretação Conforme à Constituição e Seus Limites	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Daniel Sarmento	09/02/2007
154	Tarsis Barreto Oliveira	O Patenteamento de Seres Vivos e As Repercussões Jurídicas na Biotecnologia	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Trindade, Rosângela Lunardelli	15/03/2007
155	Marialva de Castro Calabrich Schlusing	A Proteção do Mínimo Existencial no Plano Tributário e Algumas Considerações Sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Betina Treiger Grupenmacher	19/03/2007
156	Iran Furtado de Souza Filho	O Contrato de Leasing e a Responsabilidade Subsidiária com Benefício de Ordem do Arrendante Pelos Danos Causados a Terceiros Pelo Arrendatário.	Washington Trindade, Edivaldo Boaventura, Alírio Fernando B. de Souza	26/03/2007
157	Roberto Levy Bastos Manatta	O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade	Edivaldo Boaventura, Washington Trindade, José Joaquim Calmon de Passos	27/03/2007
158	Renato Amoedo Nadier Rodrigues	Direitos dos Acionistas Minoritários	Alírio Fernando B. de Souza, Washington Trindade, Edivaldo Boaventura	02/04/2007
159	Robson Sant'Ana dos Santos	A Figura dos Administradores e sua Responsabilidade Face ao Artigo 135 do Código Tributário Nacional	Edvaldo Brito, Marciano Seabra Godoi, Dirley Cunha	23/04/2007
160	Cristiane de Araújo Góes Magalhães	Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Marciano Seabra Godoi, Dirley da Cunha Junior	23/04/2007
161	Laurício Alves Carvalho Pedrosa	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges, Washington Luis da Trindade, José Rubens Morato Leite	04/05/2007
162	Flavia da Fonseca Marimpietri	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo M. Veiga Pamplona, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	18/05/2007

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
163	Ana Beatriz Lisboa Pereira	Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial	Fredie Didier Júnior, Luís Guilherme Marinoni, Rodolfo M. Veiga Pamplona	25/05/2007
164	Kamila Assis de Abreu	Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira	Roxana Cardoso B. Borges, Heron José de Santana, Marcelo Dias Varella	04/06/2007
165	Alessandro Ribeiro Couto	As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, André Ramos Tavares, Dirley Cunha	06/06/2007
166	Fabio Periandro de A. Hirsch	Ofensa Reflexa à Constituição: Críticas e Propostas de Solução para a Jurisprudência Autodefesa do Supremo Tribunal Federal.	Dirley da Cunha Júnior, Fredie Didier Jr, André Ramos Tavares	06/06/2007
167	Michelle Cristine Assis Couto	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007
168	Alassana Valdez	Aplicabilidade das Normas de Tratados Internacionais no Direito Comercial: Caso da Ohada no Ordenamento Jurídico Guineense.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
169	Sílvia Lorena Villas Boas Souza	Os Créditos de Carbono no Âmbito do Protocolo de Quioto.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
170	Deivid Carvalho Lorenzo	Pesquisas Genéticas Comélulas – Tronco Embrionárias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
171	Emmanuel Vilar Lins	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico.	Mônica Neves Aguiar, Leocir Pessini, Maria Auxiliadora Minahim	27/09/2007
172	Patrícia da Costa Santana	A Ponderação na Colisão Entre os Princípios da Proteção das Manifestações Culturais Religiosas de Matriz Africana e o da Proteção aos Animais	Saulo José Casali Bahia, Andreas Joachim Krell, Heron José de Santana	28/09/2007
173	Renata Figueiredo Brandão	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Saulo José Casali Bahia Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	01/10/2007
174	João Alves de Almeida Neto	Consórcio de Empregadores no Ordenamento Brasileiro: Aplicabilidade e Disciplina de Direito Material no Âmbito Urbano	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Nelson Mannrich, Washington Trindade	11/10/2007
175	Leandro Lopes Paraense	Redefinição da Propriedade como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Washington Trindde, Nelson Mannrich, Rodolfo M. V. Pamplona Filho	11/10/2007
176	Paula Sarno Braga	Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas Particulares	Fredie Didier Jr., Ana Paula M. da Costa e Silva, Roxana Cardoso B. Borges	22/10/2007
177	Cristiano Miranda de Santana	Anencefalia e o Direito à Vida: Reflexões Sobre a ADPF N.º 54	Edvaldo Pereira de Brito, Fabiola Santos Albuquerque, Maria Auxiliadora Minahim	10/12/2007
178	Juvenal José Duarte Neto	Súmula Vinculante como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007

Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
179	César Cintra Fonseca	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Repensando a Dogmática Tradicional, na Sociedade de Riscos, para Garantia da Proteção Penal do Meio Ambiente	Alessandra Rapassi, Cláudio Alberto G. Guimarães, Maria Auxiliadora Minahim	21/12/2007
180	Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves	Penas Restritivas de Direito – Alternativa de Punição Justa: uma Análise dos Fins das Penas Restritivas de Direitos à Luz da Teoria Dialética Unificadora da Claus Roxin	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Alberto G. Guimarães, Alessandra Rapassi	22/12/2007
181	Kaline Ferreira Davi	A Dimensão Política da Administração Pública sob a Ótica de um Direito Administrativo Constitucionalizado	Celso Luiz Braga de Castro, Francisco de Q. B. Cavalcanti, Edvaldo Pereira de Brito	03/03/2008
182	Sérgio Neeser Nogueira Reis	Limitações Jurídicas os Pesquisas em Células-Tronco Embrionárias	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
183	Carlos Frederico Guerra Andrade	Direito à Intimidade Genética na Relação de Emprego	Monica Neves Aguiar da Silva, Edilton Meileres, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
184	Atila Djawara Moreira Ferreira	Normas Constitucionais Programáticas na Ordem Jurídica Guineense	Saulo José Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edivaldo Machado Boaventura	25/03/2008
185	Jailson de Souza Correa	Dano Moral Decorrente da Ofensa à Liberdade Religiosa dos Adeptos das Religiões de Matriz Africana	Saulo José Casali Bahia, Heron José de Santana, Hélio Silva Junior	28/03/2008
186	Ilzver de Matos Oliveira	O Discurso do Judiciário sobre as Ações Afirmativas para a População Negra na Bahia	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, Eunice Aparecida J. Prudente	28/03/2008
187	Irena Carneiro Martins	A Importância da Limitação da Responsabilidade de Sócios e Delimitação da Responsabilidade de Administradores para as Relações Econômicas no Ordenamento Brasileiro	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Marcia Carla Pereira Ribeiro	31/03/2008
188	Geder Luiz Rocha Gomes	A Substituição da Pena Privativa de Liberdade: Legitimidade e Adequação das Alternativas Penais	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
189	Salomão Resedá	A Aplicação do <i>Punitive Damage</i> nas Ações de Indenização Por Danos Morais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
190	João Glicério de Oliveira Filho	Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
191	Bianca da Silva Alves	O Bem Jurídico-Penal Tutelado Pelo Crime de Utilização Ilegal de Células-Tronco Embrionárias Humanas (Art. 24 da Lei de Biossegurança)	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
192	Priscila da Mata Cavalcante	O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, André de Carvalho Ramos	03/04/2008
193	Eugênio de Souza Kruschewsky	Responsabilidade Civil e Células-Tronco	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Eroulths Cortiano Junior	04/04/2008
194	Luciano Lima Figueiredo	A Função Social das Patentes de Medicamentos	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Boaventura	04/04/2008
195	Cláudio dos Passos Souza	Processo Administrativo Tributário: Possibilidade de Questionamento Judicial das Decisões Contrárias ao Estado	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Celso Luiz Braga de Castro, Roberto Ferraz	14/04/2008

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
196	Erica Rusch	Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais	Fredie Didier Junior, Roxana Cardoso B. Borges, Marcelo Abelha Rodrigues	15/04/2008
197	Miguel Calmon Teixeira Branco	Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a Pós-Modernidade: Resistência e Proteção do Estado Social enquanto Dimensão do Estado Democrático de Direito	Dirley da Cunha Júnior, Manoel Jorge e Silva Neto, André Ramos Tavares	17/04/2008
198	Adrienne Mônica Oliveria Souza	Auditorias Operacionais: Controle Substancial da Gestão Pública pelas Tribunais de Contas	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, André Ramos Tavares	17/04/2008
199	Valdir Ferreira de Oliveira Júnior	O Estado Constitucional Solidarista	Manoel Jorge e Silva Neto, Heron José de Santana, José C. Monteiro de Brito Filho	24/04/2008
200	Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho	Jurisdição no Estado do Bem Estar e do Desenvolvimento	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
201	Manoel Carlos de Almeida Neto	O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais: à Luz da Jurisprudência do STJ	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
202	Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar	Efeito Vinculante e Concretização do Direito	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	23/08/2008
203	Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz	O Perfil das Ações Filiatórias à Luz da Era Dna	Roxana Cardoso B. Borges, Erouths Cortiano Júnior, Mônica Neves Aguiar	11/10/2008
204	Juliana Pinheiro Damasceno e Santos	Fundamentos Criminológicos e Repercussões Dogmáticas da Proteção Jurídica da Ordem Econômica nas Bases do Direito Penal Liberal: Uma Análise à Luz dos Crimes de Colarinho-Branco	Alessandra M. Rapassi, Washginton Luiz da Trindade, Cláudio Roberto C. Bezerra Brandão	14/11/2008
205	Flora Augusta Varela Aranha	Justiça Consensual e Meio Ambiente: Uma Análise à Luz do Termo de Ajustamento de Conduta	Heron J. de Santana Gordilho, Maria Elisabete P. dos Santos, Manoel Jorge e Silva Neto	27/11/2008
206	Alexandre Gentil Corte-Real de Araújo	O Fortalecimento dos Poderes Locais na República Democrática de Timor Leste (Uma Nova Interpretação da Constituição da Rdtl/2002)	Saulo José Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Maria Auxiliadora Minahim	12/12/2008
207	Laura Vasconcelos Neves da Silva	As relações de trabalho rural nas usinas de cana-de-açúcar	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	09/01/2009
208	Ana Carolina Fernandes Mascarenhas	Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de conflitos	Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Jr, Daniel Francisco Mitidiero	30/01/2009
209	Daniel Nicory do Prado	Autos da Barca do Inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	06/03/2009
210	Roseli Rego Santos	O atual Regime Brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa	Washginton Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Márcia Carla Pereira Ribeiro	16/03/2009
211	Elayne Leal de Oliveira	O direito Penal ambiental e a prestação de serviço à comunicade como instrumento de implementação do direito de acesso à água	Heron J. de Santana Gordilho, Alessandra Rapassi Prado, Andreas Krell	27/03/2009

Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
212	Nestor Nerton Fernandes Távora	Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal	Freddie Didier Jr., Dirley da Cunha Júnior, Gustavo H. Ivahy Badaró	31/03/2009
213	Roberto Lima Figueiredo	A conformação principiológica do direito convencional e seus reflexos patrimoniais	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Paulo Luiz Netto Lobo	03/04/2009
214	Urbano Félix Pugliese do Bomfim	Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no Direito Penal	Alessandra Rapassi, Maria Auxiliadora Minahim, Claudio Alberto Guimarães	08/04/2009
215	Thiago Batista Freitas	Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Maria Lígia Coelho Mathias.	13/04/2009
216	Maurício de Melo Teixeira Branco	Acesso ao crédito trabalhista como direito fundamental e a Lei brasileira de Falências e Recuperação de empresas	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Sérgio Torres Teixeira	17/04/2009
217	Gustavo Cunha Prazeres	Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, Francisco de Queiroz B. Cavalcanti	20/04/2009
218	Tangre Paranhos Leite Oliveira	Tensão entre o público e o privado: função social da propriedade na Avenida Paralela	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela L. Cavallazzi	24/04/2009
219	Flávio Faça Daltro	Os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiana Menezes Castro	29/04/2009
220	Vinícius Cardona Franca	Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmento Lins Júnior	15/05/2009
221	Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo	O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Jacinto N. de Miranda Coutinho	06/07/2009
222	Tercio Roberto Peixoto	A negociação coletiva e a extinção compulsória do contrato de trabalho	Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	21/08/2009
223	Matheus Ferreira Bezerra	A quebra da patente de medicamentos como instrumento de realização de direitos	Jonhson Meira Santos, Rodolfo Pamplona Filho, Maria Lígia Coelho Mathias	26/08/2009
224	Nadialice Francischini de Souza	O desmistificar da aplicação do princípio da vulnerabilidade	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Edivaldo Machado Boaventura	28/08/2009
225	Vanessa Vieira Pessanha	O acesso à educação como requisito para efetivar o direito fundamental ao trabalho	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Edivaldo Machado Boaventura	02/09/2009
226	Bernardo Silva de Lima	A arbitralidade de dano ambiental e o seu ressarcimento	Ana Paula Mota Costa e Silva, Freddie Didier Júnior, Carlos Alberto Carmona	03/09/2009
227	Taciana Palmeira Andrade	Doação de órgãos <i>post mortem</i> : a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário dos seus órgãos	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009
228	Ana Maria Maciel Bittencout Passos	Direito à filiação e inseminação <i>post mortem</i> ; uma solução à luz do direito positivo brasileiro.	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
229	Adilson Cunha Silva	As tecnociências e o redimensionamento da responsabilidade civil	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Roberto Freitas Filho	01/10/2009
230	Agenor de Souza Santos Sampaio Neto	Considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e o estado atual da questão do Código de Defesa do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Paulo César Santos Bezerra, Jorge Aliomar B.Dantas	01/10/2009
231	Osmir Antonio Globekner	A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos	Dirley da Cunha Júnior, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
232	Thaís Bandeira Oliveira	Lavagem de capitalis (dis)funções político-criminais no seu combate	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
233	Fábio de Oliveira Cordeiro	Controle jurisdicional de políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
234	Edval Borges da Silva Segundo	Conteúdo e aplicabilidade do princípio do juiz natural	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
235	Matheus Barreto Gomes	Precedentes judiciais legitimação pelo procedimento	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
236	Marcos de Aguiar Villas Boas	<i>In dubio pro contribuinte</i>	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Eurico de Santi	09/10/2009
237	Fábio Roque da Silva Araújo	O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
238	Fernanda Ravazzano Azevedo Lopes	O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressociação: a resposta garantista à manipulação da linguagem	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
239	Claúdio Azevedo da Cruz Oliveira	Integração Sul-Americana (entre a efetivação dos direitos humanos e a construção de uma dinâmica comunitária)	Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, André de Carvalho Ramos	14/11/2009
240	Ana Thereza Meireles Araújo	A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	24/11/2009
241	Tagore Trajano de Almeida Silva	Animais em juízo	Heron José de S. Gordilho, Mônica Neves Aguiar da Silva, Fábio Correa S. de Oliveira	30/11/2009
242	Carmem Lúcia Costa Brotas	Patentes de células-tronco: uma abordagem jurídica e bioética	Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Vicente de Paulo Barreto	08/02/2010
243	Victor Insali	A proteção dos direitos e liberdades fundamentais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, Carlos Roberto Sanchez Milani	26/02/2010
244	Cláudia Albagli Nogueira	O papel do discurso jurídico no direito pós-positivista: breve análise de decisões do STF	Nelson Cerqueira, Ricardo Maurício F. Soares, Willis Santiago Guerra Filho	08/03/2010
245	Iuri Vasconcelos Barros de Brito	Responsabilidade civil do juiz por dano decorrente da atividade jurisdicional	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	24/03/2010

Dissertações defendidas (1980-2010.2)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
246	Anderson George de Lima Casé	Impossibilidade de dano moral às pessoas jurídicas	Roxana C. Brasileiro Borges, Washington Luiz da Trindade, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
247	Maurício Requião de Sant'ana	Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações	Roxana C. Brasileiro Borges, Fredie Didier Júnior, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
248	Sabrina Dourado França Andrade	Julgamento liminar de mérito nas demandas repetitivas	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	19/04/2010
249	Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes	O direito do trabalho e sua função protetiva na contemporaneidade: da necessidade de (re)definição em face das novas relações de trabalho	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Flávia Moreira Guimarães Pessoa	19/04/2010
250	Elma Marília Vieira de Carvalho	Disciplina jurídica da cláusula de permanência nas relações trabalhistas	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Sérgio Torres Teixeira, Flávia M. Guimarães Pessoa	19/04/2010
251	Lise Nery Mota	Tutela específica dos direitos da personalidade	Fredie Didier Júnior, Mônica Neves Aguiar da Silva, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
252	Rafael Santos de Oliveira	Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido	Fredie Didier Júnior, Rodolfo Pamplona Filho, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
253	Valnei Mota Alves de Souza	Ação coletiva de desapropriação para fins de reforma agrária – instrumento concretizador dos direitos sociais do trabalhador rural	Dirley da Cunha Júnior, Washington Luiz da Trindade, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
254	Caê Matos Teixeira de Almeida	Direito a um serviço público judiciário adequado	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
255	Pedro Germano dos Anjos	Controle jurisdicional do orçamento – planejamento orçamentário e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmento Lins Júnior	23/04/2010
256	Lucas Rego Silva Rodrigues	Participação e legitimidade do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano: contribuições à luz do princípio do discurso da teoria do direito de Habermas	Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Raymundo Juliano Feitosa	24/04/2010
257	Vicente da Cunha Passos Júnior	A tutela jurídica contra o superendividamento como aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de crédito	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Prof. Paulo Luiz Netto Lobo	30/04/2010
258	Clara Cardoso Machado	Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento	Manoel Jorge e Silva Neto, Dirley da Cunha Júnior, Sandra Regina Martini Vial	13/08/2010
259	Luana Paixão Dantas do Rosário	A legitimidade da função política do poder judiciário na democracia constitucional: uma concepção orientada à concretização dos direitos fundamentais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo M. Freire Soares, Walber de Moura Agra	23/09/2010
260	Vanessa Lima Bacilieri de Oliveira	Relativização da impenhorabilidade dos bens de família para a satisfação de créditos trabalhistas	Edilton Meireles, Paulo César Santos Bezerra, Sérgio Torres Teixeira	14/10/2010
261	Luiz Carlos de Assis Júnior	Responsabilidade civil decorrente da contaminação de pessoas por agentes tóxicos: indenizando pelo risco de patologia futura	Rodolfo Pamplona Filho, Roxana C. Brasileiro Borges, Giselda Maria F. N. Hionaka	18/11/2010



Teses de doutorado defendidas

Nº	DOCTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Flávia Moreira Guimarães Pessoa	Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente: uma Proposta de Tratamento Jurídico	Rodolfo Mário Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edivaldo Boaventura, Carlos Henrique Bezerra Leite	04/04/2008
02	Ricardo Maurício Freire Soares	O discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior, Fernando Dantas	23/08/2008
03	Johnson Barbosa Nogueira	Limitações Dogmáticas das Prestações Pecuniárias Devidas pelos Administrados em Razão de Serviços Públicos	Paulo Roberto L. Pimenta, Sacha Calmon N. Coelho, Souto Maior Borges, Washington Luiz da Trindade, Edvaldo Pereira de Brito	20/10/2008
04	Sebastian Borges de Albuquerque Mello	O Conceito Material de Culpabilidade – O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Roberto Brandão, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Alessandra M. Prado	22/10/2008
05	Marco Aurélio de Castro Júnior	Cidadania Robótica Personalidade Jurídica do Robô	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Saulo Casali Bahia, Heron José de Santana Gordilho, Aires José Rover, Luiz A. Magalhães Pontes	24/4/2009
06	Deraldo Dias de Moraes Neto	A questão da efetividade das políticas Públicas (extrafiscalidade de tributos e, cobrança da água na preservação dos recursos, hídricos no Estado, Democrático de Direito	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Heron José de Santana Gordilho, Dirley da Cunha Júnior, João B. Leopoldino da Fonseca, Raimundo Juliano Feitosa	30/04/2009
07	Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos	Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam	Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo M. V. Pamplona Filho, George Sarmento Lins Júnior, Paulo Antonio Carvalho Fortes	18/12/2009
08	Yuri Carneiro Coelho	As teorias da conduta no Direito Penal: O conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de garantia	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Nelson Cerqueira, Margarida de O. Cantarelli, Cláudio Roberto C. B. Brandão	03/05/2010
09	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Jurisdição: Legitimação pela ação comunicativa com e para além de Habermas	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Daniel Tourinho Peres, Alexandre Sérgio da Rocha	03/05/2010
10	César de Faria Júnior	O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Ricardo Maurício Freire Soares, Margarida de O. Cantarelli, Cláudio Alberto G. Guimarães	31/08/2010



Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA

1. O trabalho encaminhado para publicação na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA deverá ser inédito. Uma vez publicado, considera-se licenciado para a Revista PPGD, podendo tão somente ser publicado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Editor da Revista, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho pode ser enviado pelo correio eletrônico, para os endereços ppgd_ufba@yahoo.com.br ou fredie@terra.com.br (no “Assunto”, fazer referência à Revista), ou por via postal, em arquivo gravado em CD, obrigatoriamente acompanhado de via impressa para a Faculdade de Direito – UFBA, Rua da Paz, s/nº, Graça, Salvador/BA (CEP 40.150-140) em atenção ao Conselho Editorial da Revista PPGD/UFBA.
3. O trabalho deverá ter até 30 laudas. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm . O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone, fax e e-mail, e autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.
6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo), em português e em inglês, e de um Sumário.
7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em inglês).

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
9. Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos na Revista, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, não sendo prestada remuneração autoral.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Editor da Revista. Após essa primeira seleção, o trabalho será submetido a uma dupla avaliação cega, feita por avaliadores externos avulsos. Os trabalhos não aprovados serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
11. O trabalho apresentado pelos professores e alunos do PPGD-UFBA deve estar relacionado ao grupo de pesquisa de que fazem parte. A relação entre o trabalho e o respectivo grupo de pesquisa deve ser referida em nota de rodapé, logo no início do texto.
12. O trabalho deve estar inserido em uma das linhas de pesquisa do PPGD-UFBA: a) Constituição, Estado e direitos fundamentais; b) Teoria do Processo e tutela dos direitos; c) Limites do discurso jurídico; d) Fundamentos do direito privado; e) Aspectos jurídicos da Bioética; f) Relações de trabalho na contemporaneidade.