

TEORIA
DO PROCESSO
PANORAMA DOUTRINÁRIO MUNDIAL

Volume 2

Coordenador

FREDIE DIDIER JR.

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor-coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Professor dos cursos JusPODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial.

Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa).

Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

TEORIA DO PROCESSO

PANORAMA DOUTRINÁRIO MUNDIAL

Volume 2

2010



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Conselho Editorial

Dirley da Cunha Jr.
Leonardo de Medeiros Garcia
Fredie Didier Jr.
José Henrique Mouta
José Marcelo Vigliar
Marcos Ehrhardt Júnior

Nestor Távora
Robério Nunes Filho
Roberval Rocha Ferreira Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Rua Mato Grosso, 175 – Pituba,
CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
E-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br

Colaboradores

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	José Carlos Barbosa Moreira
Alvaro Pérez Ragone	José Henrique Mouta Araújo
Ana Cândida Menezes Marcato	José Herval Sampaio Júnior
Antonio Adonias Aguiar Bastos	Juan Monroy Palacios
Antonio do Passo Cabral	Karol Araújo Durço
Darci Guimarães Ribeiro	Leonardo José Carneiro da Cunha
Dhenis Cruz Madeira	Lorenzo M. Bujosa Vadell
Dierle José Coelho Nunes	Lúcio Grassi de Gouveia
Dimitri Dimoulis	Luiz Guilherme Marinoni
Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa	Mantovanni Colares Cavalcante
Eduardo José da Fonseca Costa	Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Flaviane de Magalhães Barros	Marco Gradi
Fredie Didier Jr.	Nicola Picardi
Gabriel Pintaúde	Oskar Bulow
Gisele Santos Fernandes Góes	Paula Costa e Silva
Gustavo Santana Nogueira	Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
Hartmut-Emanuel Kayser	Rafael Felgueiras Rolo
Helena Abdo	Robson Renault Godinho
Humberto Ávila	Soraya Gasparetto Lunardi
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	Talita Romeu

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	19
Capítulo I ¿PRESUPUESTOS PROCESALES? ADMISIBILIDAD Y FUNDABILIDAD EN LA DOGMÁTICA PROCESAL CIVIL ALEMANA: REVISIÓN CONTEMPORÁNEA	21
<i>Alvaro Pérez Ragone</i>	
I. Introducción	21
II. Antecedentes de la discusión en la dogmática procesal alemana del siglo XIX	22
III. Nociones, términos y clasificaciones: lo difuso de la claridad en torno a los “presupuestos procesales”	26
IV. El proceso civil y las bases constitucionales de la relación demandante-demando-tribunal	27
V. Rol e importancia de los requisitos procesales en una visión contemporanea desde el proceso civil alemán	28
VI. Las características del juicio de admisibilidad	31
VII. Crítica contemporanea a la teoría de los presupuestos procesales	35
VIII. Conclusiones	43
Capítulo II CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO PROCESSUAL DO DUPLO GRAU	45
<i>Ana Cândida Menezes Marcato</i>	
1. Introdução	45
2. Princípios	45
2.1. Conceituações	45
2.2. Diferenciação básica entre princípios e regras	47
2.3. Princípios processuais	51
2.3.1. Princípios gerais	51
2.3.2. Princípios constitucionais	53
3. O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	56
3.1. Conceito	56
3.2. O duplo grau como princípio e garantia constitucional	59
3.3. Duplo grau como princípio – desdobramentos práticos	63
Capítulo III O PROCESSO JUDICIAL COMO ELEMENTO INTEGRATIVO DO DIREITO LITIGIOSO	67
<i>Antonio Adonias Aguiar Bastos</i>	
1. Introdução	67

2. Compreensão, interpretação e aplicação à luz da hermenêutica fenomenológica.....	69
3. O Direito como ação comunicativa e a contribuição da teoria dos sistemas	73
4. O processo judicial como elemento integrativo do Direito.....	80
5. Conflitos entre princípios. Insuficiência do modelo metodológico tradicional	88
6. Conclusão.....	91
Referências.....	91

Capítulo IV

INTERESSE AD AGIRE E ‘ZONE DI INTERESSE’

Antonio do Passo Cabral

1. Condizioni dell’azione e diritto materiale.....	95
2. Interesse ad agire tra passato e presente: dal bisogno di tutela alle zone d’interesse.....	97
2.1. Interesse ad agire: necessità, adeguazione o utilità?.....	98
2.2. Da avversari a co-giocatori: soluzioni cooperative, richieste congiunte, interessi simultaneamente contrapposti e comuni.....	101
2.3. L’interesse giuridico degli intervenuti e i soggetti “disinteressati”. L’attuazione imparziale basata sull’interesse pubblico.....	102
2.4. I problemi della teoria tradizionale sull’interesse ad agire	103
2.5. L’insufficienza dell’interesse ad agire nella disciplina degli interventi di terzi.....	106
2.6. Zone d’interesse	108
2.6.1. Segue. Applicazioni nella tutela di accertamento. Le Vorfragen....	110
2.6.2. Segue. Altre applicazioni delle zone d’interesse. Diritti condizionati, fattispecie di formazione progressiva, procedimenti probatori senza periculum in mora, indefinizione soggettiva, ecc.....	115
3. Breve conclusione	116

Capítulo V

ESBOÇO DE UMA TEORIA PROCESSUAL DO DIREITO.....

Darci Guimarães Ribeiro

1. Necessidade, bem e interesse	117
2. Conflito de interesses	125
3. Direito objetivo	129
4. Dupla função do ordenamento jurídico.....	130
4.1. Função psicológica.....	130
4.2. Função judicial.....	136

Capítulo VI

TEORIA DO PROCESSO E DISCURSO NORMATIVO: DIGRESSÕES DEMOCRÁTICAS.....

Dhenis Cruz Madeira

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais.....	137
2. O espaço do soberano e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito	138
3. A Constituição como expressão normativo-política	141
4. As normas constitucionais como demarcadoras do discurso jurídico.....	144
5. O Estado Democrático de Direito: uma escolha brasileira	148
6. A Teoria do Processo como <i>medium</i> lingüístico do discurso normativo.....	149
7. Considerações finais.....	156

Capítulo VII

POR UM PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE PROCESSO 159

Dierle José Coelho Nunes

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

1. Discussões iniciais	159
2. A questão da oralidade	167
3. A atualização dos profissionais – sua formação continuada	169
4. A questão das rotinas administrativas e da gestão processual.....	170
5. Considerações finais.....	176
Referência Bibliográfica	177

Capítulo VIII

CRÍTICA À RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA 181

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa

1. Introdução	181
2. Fundamento político e função da coisa julgada	182
3. O “status” constitucional da coisa julgada e o alcance do artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República.....	184
4. “Relativização” da coisa julgada.....	187
5. “Coisa julgada inconstitucional”.....	197
6. Tentativas de relativização da coisa julgada	208
6.1. Ampliação das hipóteses de rescisão das decisões com trânsito em julgado.....	208
6.2. Arguição da inconstitucionalidade da decisão em impugnação (art. 475-L, § 1º, do CPC) ou embargos à execução (art. 741, Parágrafo único, do CPC).....	210
7. Conclusão.....	214

Capítulo IX

UMA ARQUEOLOGIA DAS CIÊNCIAS DOGMÁTICAS DO PROCESSO 215

Eduardo José da Fonseca Costa

1. Introdução	215
2. Analítica Processual Civil.....	217
3. A Hermenêutica Processual Civil.....	221
4. A Pragmática Processual Civil	227

5. A Pragmática Processual Construtiva	229
6. A Pragmática Processual Compreensiva	232
7. A Pragmática Processual Acional.....	235
8. Conclusão.....	239
Bibliografia	240

Capítulo X

NULIDADES E MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	243
--	------------

Flaviane de Magalhães Barros

Introdução	243
1. A compreensão da relação entre Constituição e processo a partir da noção de modelo constitucional de processo	244
2. Por uma teoria das nulidades adequada ao modelo constitucional de processo	246
3. Por uma interpretação constitucionalmente adequada do interrogatório por videoconferência definido pela lei 11.900/2009	250
Conclusão.....	254
Referências bibliográficas.....	256

Capítulo XI

TEORIA DO PROCESSO E TEORIA DO DIREITO: O NEOPROCESSUALISMO.....	257
---	------------

Fredie Didier Jr.

Capítulo XII

EFICÁCIA SOBREPRINCIPAL DO DEVIDO PROCESSO JURÍDICO PROCEDIMENTAL (PERSPECTIVA ANALÍTICO-FUNCIONAL)	265
--	------------

Gabriel Pintaúde

Introdução	265
I. <i>Substantive due process e procedural due process</i>	270
II. Subprincípios constitucionais (in)formadores do <i>due process of law</i>	276
III. Devido processo jurídico procedimental como sobreprincípio constitucional e a rearticulação eficaz.....	284
IV. Casos do Supremo Tribunal Federal	289
Conclusões	292

Capítulo XIII

BASES PARA UMA ATUAL TEORIA GERAL DO PROCESSO: AS TÉCNICAS PROCESSUAIS A SERVIÇO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO TUTELA JURISDICCIONAL ADEQUADA	297
---	------------

Gisele Santos Fernandes Góes

Capítulo XV

SIR EDWARD COKE E O JUDICIAL REVIEW INGLÊS: BREVE HISTÓRIA	307
---	------------

Gustavo Santana Nogueira

SUMÁRIO

1. Introdução	307
2. <i>Sir Edward Coke e o Bonham's Case</i>	308
3. <i>Judicial Review</i> no direito inglês e norte-americano	319
4. Conclusões	322
5. Bibliografia.....	323

Capítulo XVI

A CLÁUSULA DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL E NO DIREITO COLISIONAL – SUA RELEVÂNCIA E SEU FUTURO NO DIREITO INTERNACIONAL	325
--	------------

Hartmut-Emanuel Kayser

1. O conceito da ordem pública	325
2. Âmbito de aplicação no direito internacional privado e no direito processual civil internacional.....	326
3. Finalidade da cláusula.....	327
4. A cláusula da ordem pública no Direito Processual Civil Internacional e no Direito Colisional – <i>pressupostos fáticos</i> e conseqüências jurídicas	329
5. A cláusula da ordem pública na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e do Superior Tribunal de Justiça da Alemanha	330
6. Crítica na literatura.....	332
7. Considerações político-jurídicas e conclusão	336

Capítulo XVII

AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS E O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	339
--	------------

Helena Abdo

1. Introdução	339
2. As teorias sobre a natureza jurídica do processo e a origem do estudo acerca das situações jurídicas subjetivas processuais.....	340
3. As situações subjetivas processuais em sua concepção atual	344
4. Projeções práticas do estudo das situações subjetivas processuais.....	350

Capítulo XVIII

O QUE É “DEVIDO PROCESSO LEGAL”?.....	353
--	------------

Humberto Ávila

Introdução	353
1. A instituição de princípios e suas implicações.....	353
1.1. O dever de realização dos princípios	353
1.2. O dever de proteção da realização dos princípios.....	356
2. A previsão do “devido processo legal” e seu significado.....	358
2.1. “Devido processo legal substancial”.....	358
2.2. “Devido processo legal procedimental”.....	359
Conclusão.....	361

Capítulo XIX	
A MEDIAÇÃO E A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS	
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O “JUIZ HERMES”	
E A NOVA DIMENSÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	363
<i>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i>	
<i>Karol Araújo Durço</i>	
Bibliografia	389
Capítulo XX	
O NEOPRIVATISMO NO PROCESSO CIVIL	393
<i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	
Capítulo XXI	
OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO: REFLEXÕES SOBRE O TEMA	405
<i>José Henrique Mouta Araújo</i>	
1. A cognição judicial e a formação dos procedimentos.....	405
2. O objeto litigioso e sua ligação com o estudo das questões, da preclusão, da coisa julgada e da declaração incidente.....	408
3. Objeto litigioso e o conceito de mérito	419
Capítulo XXII	
A INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	
NO RAMO PROCESSUAL: NEOPROCESSUALISMO OU PROCESSO	
CONSTITUCIONAL? INDEPENDENTE DA NOMENCLATURA	
ADOTADA, UMA REALIDADE INQUESTIONÁVEL.....	427
<i>José Herval Sampaio Júnior</i>	
1. Delimitação do tema e considerações iniciais sobre a constitucionalização do direito	427
2. Neoprocessualismo: compreensão hodierna.	430
3. A Jurisdição como protetora dos direitos no caso em concreto	433
4. O modelo constitucional de processo e as garantias constitucionais processuais.....	436
5. Peculiaridades de cada ramo processual e sua relação com as garantias constitucionais processuais.....	443
6. Processo Constitucional como método hodierno de trabalho dos processualistas	448
Conclusões	453
Referências.....	454
Capítulo XXIII	
LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN Y OTRAS CUESTIONES	
PROCESALES (APUNTES SOBRE LA SENTENCIA EXPEDIDA	
EN VIRTUD DEL PRIMER PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL).....	457
<i>Juan Monroy Palacios</i>	

SUMÁRIO

1. Impossibilidade de resolver la cuestión casatoria a partir del art. 453	458
2. La presunta inconstitucionalidad del art. 400 CPC	460
3. Aspectos críticos de la decisión suprema.....	462
3.1. Una contradicción insuperable.....	462
3.2. ¿Quién puede ser titular de una demanda indemnizatoria por daño ambiental?.....	463
3.3. Una interpretación innecesariamente forzada.....	464
3.4. ¿Qué remedios existen contra una transacción?	466

Capítulo XXIV

CONCEITO E FUNDAMENTO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS 469

Leonardo José Carneiro da Cunha

1. Conceito de <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	469
2. Requisitos para que se produza a <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	472
3. O momento determinante da <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	475
4. Cessaçã da <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	476
5. Conteúdo da <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	478
5.1. Estado de fato.....	479
5.2. Estado de direito	481
6. Fundamento da <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	483
6.1. A <i>perpetuatio jurisdictionis</i> e a segurança jurídica.....	484
6.2. A <i>perpetuatio jurisdictionis</i> e a garantia do juiz natural.....	488
6.3. A <i>perpetuatio jurisdictionis</i> e o princípio da economia processual.....	493
6.4. A <i>perpetuatio jurisdictionis</i> e o princípio da duração razoável	494
7. Nota conclusiva sobre o conceito e o fundamento da <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	497

Capítulo XXV

DIREITO PROCESSUAL PENAL: NOVAS ORIENTAÇÕES 499

Lorenzo M. Bujosa Vadell

1. Introdução	499
2. Constitucionalização	500
2.1. As garantias constitucionais do processo penal: algumas insuficiências da lei processual.....	501
2.2. O problema do acusatório no processo espanhol e a eterna? reforma do processo penal	504
2.3. As vias excepcionais: um processo penal do inimigo?.....	507
3. Internacionalização	509
3.1. A internacionalização das garantias	509
3.2. A internacionalização dos tribunais	511
3.3. A relativização do julgado interno	512
3.4. O espaço judiciário europeu.....	512
3.4.1. A aproximação legislativa: em direcção ao processo penal europeu?	514

3.4.2. O reconhecimento mútuo de resoluções penais em Europa	515
4. Justiça restaurativa e desjudicialização	517
4.1. O princípio da oportunidade no processo penal	518
4.2. A mediação penal	519
4.3. Particular referencia ao processo penal do menor	521
5. O eterno? Problema da eficácia do processo penal	522

Capítulo XXVI

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROIBIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	525
--	------------

Lúcio Grassi de Gouveia

Introdução	525
1. O dever de proibidade no processo civil.	526
2. A variedade de sanções punitivas no ordenamento jurídico brasileiro	529
Conclusão.....	530
Referências.....	530

Capítulo XIV

APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL	533
--	------------

Luiz Guilherme Marinoni

1. Introdução	533
2. O <i>common law</i> : as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição	534
3. <i>Common law</i> e <i>stare decisis</i>	539
4. Criação judicial do direito em virtude da omissão do legislativo?	540
5. Criação judicial do direito como consequência do <i>stare decisis</i> ?	541
6. Verdadeiro significado da <i>law-making authority</i>	542
7. Da “ <i>supremacy of the English parliament</i> ” ao “ <i>judicial review</i> ” estadunidense... ..	544
8. Um esclarecimento: os diferentes significados de “supremacia do parlamento” na Inglaterra e na França	548
9. A superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo e as concepções de juiz <i>make law</i> e de juiz <i>bouche de la loi</i>	550
10. O juiz como “ <i>bouche de la loi</i> ”	551
11. O problema da interpretação da lei no <i>civil law</i>	555
12. A certeza jurídica como garantia da segurança	558
13. O individualismo do juiz do <i>civil law</i>	559
14. O impacto do constitucionalismo no <i>civil law</i>	561
15. O controle da constitucionalidade da lei no Brasil.....	565
16. A adoção do sistema de controle difuso da constitucionalidade e a imprescindibilidade do <i>stare decisis</i>	567
17. O juiz diante dos conceitos indeterminados e das regras abertas.....	575
18. <i>Judge make law</i> e decisão judicial, na ausência de lei, na <i>civil law</i>	578
19. O Superior Tribunal de Justiça e a uniformidade da interpretação do direito federal.....	584

SUMÁRIO

20. A aproximação entre os sistemas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> e a imprescindibilidade de respeito aos precedentes no direito brasileiro	586
---	-----

Capítulo XXVII

**ESTUDO SISTEMÁTICO DO OBJETO E DAS FONTES
DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

589

Mantovanni Colares Cavalcante

1. O Direito como ciência da compreensão	589
2. Objeto do Direito Processual Civil	590
3. Fontes do Direito Processual Civil.....	595
3.1. A Constituição Federal.....	596
3.2. O Código de Processo Civil.....	599
3.3. As leis processuais	602
3.4. A analogia	603
3.5. Os costumes	605
3.6. Os princípios gerais de Direito	607
3.7. A jurisprudência.....	608
3.8. A doutrina.....	610
Bibliografia	611

Capítulo XXVIII

**CONTRIBUIÇÕES PARA UMA TEORIA DISCURSIVA
DA CONSTITUIÇÃO E DO PROCESSO
CONSTITUCIONAL A PARTIR DO CASO BRASILEIRO**

615

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Referências bibliográficas.....	642
---------------------------------	-----

Capítulo XXIX

**IL DIVIETO DI MENZOGNA E DI RETICENZA PROCESSUALE DELLE
PARTI NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA**

645

Marco Gradi

1. La <i>communis opinio</i> della dottrina intorno all'obbligo di verità e completezza delle parti	645
2. La dottrina favorevole al riconoscimento dell'obbligo <i>de veritate</i> delle parti...	647
3. L'esame della giurisprudenza in tema di mala fede processuale	650
4. L'esame della giurisprudenza in tema di dolo revocatorio	654
5. Conclusioni	657

Capítulo XXX

**IL GIUDICE NATURALE PRINCIPIO
FONDAMENTALE A LIVELLO EUROPEO**

659

Nicola Picardi

I. Alle origini della nozione di giudice naturale.....	659
II. Le variabili nella tradizione giuridica europea.....	669
III. Il giudice naturale, principio fondamentale a livello europeo.....	691

Capítulo XXXI	
STATUTORY LAW AND THE JUDICIAL FUNCTION	701
<i>Oskar Bulow</i>	
Preface.....	701
I. The Relationship Between Statute and Judicial Decision.....	704
II. Differences Between Legislative and Judicial Legal Determinations	707
III. The Law-Creating Task of the Judiciary in the History of Law.....	709
IV. The Judicial Law Within Today's Statutory Law.....	714
V. Closing Considerations	720
Capítulo XXXII	
O MANTO DIÁFANO DA PERSONALIDADE JUDICIÁRIA	723
<i>Paula Costa e Silva</i>	
1. A homenagem.....	723
2. Observações gerais.....	724
3. Dr Jeckill e Mr. Hide: quem é quem e quem fica vinculado ao quê?.....	729
4. O caso particular das sucursais, agências, filiais, delegações e representações.	741
5. A sanção da falta de personalidade judiciária das sucursais, agências, filiais, del- egações e representações.....	746
6. Balanço final.....	748
Capítulo XXXIII	
SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS	749
<i>Pedro Henrique Pedrosa Nogueira</i>	
1. Introdução	749
2. Noções preliminares: norma, fato jurídico e eficácia jurídica.....	749
3. As situações jurídicas.....	752
4. A situação jurídica como conceito lógico-jurídico.....	753
5. Tipologia das situações jurídicas.....	754
6. O transporte do conceito de situação jurídica para o direito processual	756
7. O fato jurídico processual e as situações jurídicas processuais	757
7.1. Qualidades processuais	762
7.2. Poderes processuais	762
7.3. Relações jurídicas processuais.....	764
7.3.1. Objeções à noção de processo como relação jurídica processual	765
7.3.2. Análise crítica.....	766
8. Conclusão.....	767
Bibliografia	768
Capítulo XXXIV	
PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA TUTELA COLETIVA. A CONTRI- BUIÇÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA A PARTIR DE HANNAH ARENDT	771
<i>Rafael Felgueiras Rolo</i>	

SUMÁRIO

1. Introdução	771
2. O processo como ambiente político. O Acesso à Justiça. Filosofia-Política segundo Hannah Arendt.....	773
2.1. Considerações iniciais.....	773
2.2. O Conceito de Política. Repúdio à relação entre meios e fins	773
2.3. A separação entre política e filosofia. Distinções entre <i>práxis</i> e <i>teoria</i> e a legitimação da teoria da relação entre meios e fins após a morte de Sócrates.....	775
2.4. A democratização do ambiente político	776
2.5. Processo coletivo e a função política da jurisdição	779
3. Pressupostos processuais coletivos. Críticas.....	781
3.1. Considerações iniciais.....	781
3.2. “Pressupostos processuais” específicos das ações coletivas	781
3.3. Natureza Jurídica dos <i>Prerequisites</i> da <i>Rule 23(a)</i> , segundo a teoria do fato jurídico.....	783
3.3.1. Pressupostos processuais de existência. <i>Numerosity</i> e <i>Common Question</i>	783
3.3.2. Requisito processual de validade – Adequada Representação	785
3.3.3. Tipicidade – Requisito de validade da adequada representação.....	788
3.4. Função das hipóteses de cabimento da <i>Rule 23(b)</i> para o entendimento da classificação do art. 81, parágrafo único do CDC.....	789
4. Conclusão.....	793

Capítulo XXXV

**NOTAS ACERCA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

<i>Robson Renault Godinho</i>	
1. Introdução	795
2. Capacidade postulatória e pressupostos processuais.....	798
3. A capacidade postulatória do Ministério Público para suas atividades finalísticas.....	802
4. A capacidade postulatória do Ministério Público para a defesa de suas prerrogativas	809
5. Considerações finais.....	813

Capítulo XXXVI

**A VERDADE COMO OBJETIVO
DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....**

<i>Soraya Gasparetto Lunardi</i> <i>Dimitri Dimoulis</i>	
1. Introdução	815
2. A certeza do julgador e sua irrelevância filosófica.....	817
3. Teses (necessárias e controvertidas) sobre a formação do conhecimento.....	818
4. Limitações do processo probatório e o problema filosófico da verdade	820

5. A verdade como pressuposto da atividade probatória.....	822
6. Regras de prova independentes da verdade	825
7. Conclusão.....	829
Bibliografia	830

Capítulo XXXVII

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O INSTITUTO

DA PRECLUSÃO: A <i>SUPPRESSIO</i> PROCESSUAL	833
---	------------

Talita Romeu

1. Introdução	833
2. O princípio da boa-fé objetiva.....	834
3. A vedação ao <i>venire contra factum proprium</i>	837
4. A <i>suppressio</i> (<i>verwirkung</i>) e a <i>surrectio</i> (<i>erwirkung</i>)	842
5. A aplicação do princípio da boa-fé ao processo civil.....	847
6. O princípio da boa-fé, o contraditório e a cooperação entre os sujeitos processuais.....	849
7. A preclusão como técnica para realização do princípio da boa-fé no processo civil	853
8. A <i>suppressio</i> processual	855
9. A <i>suppressio</i> do juízo de admissibilidade do processo	858
10. Conclusão.....	864
11. Bibliografia.....	868

APRESENTAÇÃO

Eis o segundo volume do Panorama Doutrinário Mundial sobre a Teoria do Processo.

A linha desta coleção mantém-se a mesma: reunir textos de autores consagrados (José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni), expoentes da nova geração (Gisele Góes, Leonardo José Carneiro da Cunha, Antonio do Passo Cabral, Darcí Ribeiro, Gustavo Nogueira, Robson Godinho, Helena Abdo, Ana Marcato Dierle Coelho Nunes, Henrique Mouta, Eduardo Costa, Humberto Dalla, Lúcio Grassi e Mantovanni Colares) e jovens revelações (Talita Romeu, Gabriel Pintaúde, Dhenis Madeira, Antonio Adonias, Pedro Henrique Barbosa, Rafael Rolo, Soraya Lunardi, Eduardo Yoshikawa, Flaviane Barros, Karol Durço e Alexandre Franco Bahia) nacionais sobre os mais diversos assuntos da Teoria do Processo.

À semelhança do que já ocorreu no v. 1, o livro traz ensaios de autores que não podem ser considerados estritamente ou somente *processualistas*, como Humberto Ávila, Dimitri Dimoulis e Marcelo Cattoni, que nos oferecem importantíssimas contribuições sobre a ciência processual.

Alguns dos mais respeitados acadêmicos do mundo aceitaram o nosso convite e participam do livro. Assim, há contribuições da Alemanha (Hartmut-Emanuel Kayser), de Portugal (Paula Costa e Silva), da Espanha (Lorenzo Vadell), da Itália (Nicola Picardi e Marco Gradi), do Peru (Juan Monroy Palacios) e do Chile (Alvaro Ragoné). Em todos os casos, optou-se por publicar os textos no idioma original em que foram escritos, para que o leitor pudesse ter acesso aos termos originais utilizados pelo autor.

Cabe ainda a referência à publicação de um texto de Oskar Bulow sobre a função judicial e o direito legislado, publicado há mais de um século, mas que mantém grande atualidade, principalmente para os brasileiros, que vêem o desenvolvimento de um complexo sistema de precedentes judiciais.

Espero que o livro tenha a mesma receptividade alcançada pelo primeiro volume, esgotado rapidamente e continuamente referido por diversos professores, em várias universidades.

Salvador, Bahia, verão de 2010.

Fredie Didier Jr.
www.frediedidier.com.br

CAPÍTULO I

**¿PRESUPUESTOS PROCESALES? ADMISIBILIDAD
Y FUNDABILIDAD EN LA DOGMÁTICA PROCESAL
CIVIL ALEMANA: REVISIÓN CONTEMPORÁNEA**

*Alvaro Pérez Ragone**

Contenidos • I. Introducción – II. Antecedentes de la discusión en la dogmática procesal alemana del siglo XIX – III. Nociones, términos y clasificaciones: lo difuso de la claridad en torno a los “presupuestos procesales” – IV. El proceso civil y las bases constitucionales de la relación demandante-demando-tribunal – V. Rol e importancia de los requisitos procesales en una visión contemporánea desde el proceso civil alemán – VI. Las características del juicio de admisibilidad – VII. Crítica contemporánea a la teoría de los presupuestos procesales: a) La crisis de la preeminencia de los presupuestos procesales para la decisión del caso; b) Examen y relevancia de los hechos y el derecho; c) Admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales – VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo con casos para identificar problemas, trabajar con hipótesis y proponer soluciones es el núcleo metodológico de aprendizaje-enseñanza del derecho en las facultades alemanas. Pero lo más importante en la resolución de un caso no es el resultado (su solución) mismo sino el “cómo”. Se parten evaluando hipótesis para subsumirlas en las disposiciones jurídicas y verificar si son o no aceptables y así proponer una respuesta fundada: el denominado “*Gutachtenstil*” (o estilo de informe o parecer). Éste difiere del estilo o iter metodológico para la redacción de una sentencia donde se parte de la solución para ir construyendo la fundamentación el “*Urteilstil*”¹. En los casos juega un rol esencial la evaluación de los “*Voraussetzungen*” o “presupuestos”. Estos están en abstracto enunciados (en las disposiciones

* Abogado (UNT/Argentina); LL.M. y Doctor Iur. (Universidad de Colonia/Alemania); profesor adjunto de Derecho Procesal Civil-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Este trabajo forma parte del Proyecto iniciación N°11070054 titulado “Estudio histórico, comparado y dogmático de las conductas no cooperativas de las partes en el proceso civil (rebeldía – contumacia – default) de cara a su reformulación para una nueva y eficiente Justicia civil chilena” (2007-2008). Fue realizado como parte integral del proyecto de Postdoctorado en ejecución como becario Alexander von Humboldt en la Universidad de Freiburg (2008/2009)

1. Al respecto ver *Braun*, Der Zivilrechtsfall, 2008, § 5 II. 2.; *Schumann*, Die ZPO-Klausur, 2006, n. 21 y ss., 28. Igualmente *Braun*, op. Cit., § 5 II. 3. op. cit. n. n.

normativas, doctrina y jurisprudencia) y los hechos descriptos en cualquier caso deben someterse al análisis para verificar si se satisfacen esos presupuestos o requisitos y permitir la aplicación de una u otra disposición. Pues lo mismo se verifica en un caso procesal donde existirán también “requisitos” o “presupuestos” que se someterán a examen en su aplicabilidad para un caso con una demanda, un proceso, una sentencia.

Si bien el método de trabajo central y absoluto con casos tiene en el “Gutachtenstil” principios y nociones comunes a todas las áreas del derecho, en materia procesal civil corresponde analizar lo procesal y la solución material. Estos dos planos imponen el examen de admisibilidad y el de fundabilidad (procedencia, acogimiento) de una determinada pretensión. Lo que se examina en la admisibilidad son, como se describió en el párrafo anterior, requisitos o presupuestos. Sobre estos es que se arriba a un resultado negativo o positivo. Estos requisitos o presupuestos vinculados con la admisibilidad, en principio, son los presupuestos o requisitos procesales².

Esta introducción es necesaria ya que el rol de los presupuestos (procesales) fuera del cause metodológico de comprensión resulta pura dogmática y en muchos textos en las lenguas latinas de Iberoamerica parece haber quedado solo reducido a ello. Especialmente en la recepción de la dogmática procesal alemana decimonónica a través de la doctrina italiana de principios del Siglo XX. Esta exposición parte con un breve reseña histórica (II), se continúa con una sección (III) donde apenas se persigue dar una noción (no aspira a proponer una definición) de lo que se menta o habla cuando se refiere a “*Prozessvoraussetzungen*” (Requisitos o presupuestos procesales) y una propuesta de clasificación. En el punto IV se fija la atención en los sujetos procesales y ciertos aspectos relacionados con los presupuestos. Sobre las corrientes contemporáneas en el proceso civil alemán contemporáneo se hacen algunas apreciaciones de carácter descriptivo en la sección V. El juicio o examen de admisibilidad se examina en la sección VI, para seguir continuar y finalizar con una sección VII donde se examina críticamente el rol y utilidad de los presupuestos procesales. Finalmente se presentan las principales conclusiones.

II. ANTECEDENTES DE LA DISCUSIÓN EN LA DOGMÁTICA PROCESAL ALEMANA DEL SIGLO XIX

1. La discusión en torno a los presupuestos procesales, tiene su inicio sistematizado, dentro del marco decimonónico alemán (Escuela histórica del Derecho y la Pandectística) iniciado por Bülow³. Este último, desarrolla la institución para poder aclarar tres interrogantes: primero, cómo se conforma la relación procesal y poder

2. *Baumgärtel-Prütting*, Der Zivilprozessrechtfall, Colonia, 1986, pp. 3-25.

3. *Bülow*, Oskar Die Lehre von den Proceßbeinreden und die Proceßvoraussetzungen, 1868. Con un análisis contemporáneo de la obra de Bülow, ver *Braun*, in: Bülow, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, nach einer Vorlesungsmitschrift von 1868/, 2003, introd. p. 3. y ss.

comprobar si se constituye un tipo de relación diferente a la del derecho material; en segundo lugar, analiza la acción a partir del derecho romano, sobre base de la *actio*, tratando de verificar su aplicabilidad al derecho común germano del siglo XIX; finalmente, intenta establecer los parámetros básicos para que pueda hablarse de existencia de una relación procesal (proceso propiamente dicho), explicando los mecanismos con los que contaban las partes y el tribunal, para poder advertir la inexistencia y/o deficiencias de alguno de los requisitos (ello se corresponde con la *exceptio* en el Derecho Romano)⁴.

La doctrina posterior se circunscribiría a la crítica, ya de alguno, o de los tres tópicos mencionados, sin ignorar el rol protagónico de Bülow. En la elaboración más contemporánea y completa sobre el tema pertenece la tesis doctoral de Bruno Rimmelspacher, publicada en el año 1966. Dicho autor, logra con creces sistematizar la doctrina existente hasta ese tiempo, introduciendo al tema una innovadora prope-
dética: en primer lugar, reflexiones constitucionales sobre la importancia de los requisitos procesales; en segundo lugar, inquiriendo sobre la finalidad del proceso civil. Como puede verse, si el inicio histórico en la dogmática procesal alemana, se centró en la relación procesal, el desarrollo sistemático más cercano parte desde la importancia constitucional del instituto y la teleología del proceso civil. Menciono las obras de estos dos autores, ya que bien pueden indicarse en el tiempo, como puntos en el tiempo de partida y conclusión, sistematización y perfeccionamiento del tema⁵.

2. La teoría desarrollada por Bülow en 1868 (*“Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen”*/ Introducción del texto de las defensas y procesales presupuestos)⁶, consigue delinear dogmáticamente al proceso en dos etapas (no solo dividiendo, sino además distinguiendo): una relacionada con aquellos requisitos que deben ser considerados como presupuestos para poder hablar de una “relación procesal”; otra, sucesiva, que presupone la respuesta afirmativa a la primera, y que se vincula con el surgimiento de dicha relación (proceso), y su desenvolvimiento para arribar a una sentencia de mérito. Esta distinción es tomada por el mencionado autor a partir de derecho romano, para trabajar con la hipótesis de su aplicación al derecho común alemán⁷.

4. Bülow, Oskar Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879), I; Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 1928, § 3 I.: „In Rom kam nur der zu einer Verhandlung vor dem iudex, dessen Anspruch vom Prätor als gericht- und verhandlungsfähig anerkannt wurde. Heute aber gleicht das Klagen insofern dem Abschließen von Verträgen oder dem Maikäferfangen (anders z.B. das Jagdrecht). Jede Klage löst die Entscheidungspflicht aus, keine darf in den Papierkorb wandern.“
5. Comp. con la crítica de Wurzer, Gustav, Die Prozeßvoraussetzungen, GruchBeitr. 64 (1920), p. 41.
6. Rimmelspacher, Bruno, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966, *passim* esp. como introducción histórica al tema pp. 20-38.
7. Niese, Werner: Doppelfunktionlle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, 1950, pp. 30-35; Wach, Adolf, Handbuch des deutschen Civilprozessrecht, V. I, 1885, § 9 II, pp. 115-120.

Las consecuencias frente a la deficiencia de estos requisitos, se vinculaban, primero, con las elaboraciones del derecho romano tardío y el proceso romano-canónico, para poder justificar el examen de oficio por parte del tribunal de alguno de estos presupuestos. En segundo lugar, con la fundamentación de la teoría de la nulidad o de la inexistencia, para poder así invalidar justificadamente de oficio un proceso. Sucede que a partir de 1879, con la entrada en vigencia del sistema de Justicia Civil Alemán, y la teoría de la impugnación de las resoluciones procesales, con un enfoque y regulación específica en materia procesal, en especial la segunda consecuencia quedará eliminada. Ya no es la nulidad, por sí misma, el mecanismo idóneo para objetar la inexistencia o deficiencia de un presupuesto procesal, ya que cuando se contaba con una sentencia, el legislador establecía diferentes medios de impugnación (por ejemplo un sistema recursivo).⁸

3. Las teorías posteriores intentaron desarrollar el tema, no sólo enunciando cuáles serían aquellos presupuestos, sino también objetando la pretendida distinción y división entre una etapa preprocesal, y otra en la que realmente surgiría la relación y se estaría frente a un “proceso”⁹.

En las discusiones en torno a la naturaleza de la acción, la relación jurídica existente entre el tribunal y las partes, como de estas últimas entre sí, - lo que en mayor o menor medida había sido objeto de estudio en el planteo y desarrollo de la teoría de presupuesto procesales -, va a toparse a partir de Wach con la incorporación, del “interés relevante para ser tutelado”¹⁰ (*Rechtsschutzbedürfnis*). Seguir este “interés procesal jurídicamente protegido”, va a implicar introducir - ya incluso en la doctrina separatista inicial - un nuevo concepto, que va a vincularse íntimamente con la noción de pretensión y la eventual decisión de mérito. Ello se expresó como el derecho de demanda (*Klagerecht*), identificable con el derecho a una sentencia favorable, lo que en definitiva conducirá a centrar la atención en aquella acción que hace valer el actor a través de un escrito, y que se vincula necesariamente con una sentencia de mérito o de fondo que la acogerá o rechazará. Así, es que se concluye finalmente en la distinción entre juicio o examen de admisibilidad (vinculado con los requisitos procesales), y de fundabilidad (vinculado

8. *Wurzer*, Gustav, *Nichturteil und nichtiges Urteil*, 1927, *passim*.

9. *Rimmelpacher*, *idem*, pp. 39-42;

10. *Wach*, Adolf, *Der Feststellungsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtschutzanspruch*, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888, *passim*. Ver así un desarrollo posterior *Brehm* op. Cit., intro. n. 273 ss.; *Musielak* ZPO-Kommentar, 2008, § 300 n. 6. § 93 n. 48; *Schilken* op. cit., n. 335. Más restringido *Greger*, in: *Zöller*, ZPO-Kommentar, op. cit., intro. § 253 n. 10 desarrollando el autor los conceptos de, Derecho necesitado de tutela “Rechtsschutzbedürfnis” y de, interés en la declaración ” (Feststellungsinteresse), se entiende la pronunciada en la sentencia. En otro sentido *Becker-Eberhard* en la introd. op. cit. §§ 253 y ss. n. 19 Jurisprudencia contemporánea sobre los términos y su rol BGH NJW 2006, 1124, fallo en el que se entiende inexistente el derecho sobre el que se requiere la tutela jurídica.

con aquellos requisitos principalmente materiales y probatorios, que sustentan la posición de quien ejerce la acción) ¹¹.

4. Desde la visión de un clásico alemán de comienzos del siglo XX, Hellwig (uno entre tantos autores tomado como ejemplo para ver el desarrollo del tema), la noción de presupuestos procesales, ocupa un rol fundamental dentro del proceso civil, aún cuando según su opinión, no se encontrarían legislativamente establecidos¹².

Su estudio comienza con la crítica a Büllow, en especial con la visión de que los presupuestos serían los requisitos básicos de admisibilidad, preparación, y posibilidad del surgimiento pleno de la relación procesal, o incluso condiciones de existencia de un proceso¹³. Hellwig no acepta la aplicación de los parámetros del derecho romano, y propone más bien hablar, no de requisitos vinculados con una posibilidad material para conocer por parte del tribunal, sino de más bien de una posibilidad jurídica. En esta visión, aún cuando uno o más presupuestos estén viciados, existiría igualmente un proceso, es decir, una relación que permitirá al tribunal arribar al pronunciamiento de una sentencia, que de no ser impugnada, no sólo será válida, sino que además hará cosa juzgada.

El defecto en un presupuesto, se transforma en agravio, que permite sustentar la impugnación de la resolución que se pronuncie habiéndolo ignorado¹⁴. Igualmente, ya no podría negarse la existencia de una relación procesal, entre el tribunal y una o ambas partes, cuando la demanda, aun sin conocimiento del demandado, sea rechazada por inadmisibile¹⁵. El mismo autor, recomienda no usar la terminología de "presupuestos procesales" en sentido amplio. Más bien propone la distinción entre presupuesto procesales y presupuestos de la demanda¹⁶. Ambos tienen en común, que de estar viciados, no podría arribarse a una sentencia de mérito válida. El proceso debiera concluir con una sentencia neutra de inadmisibilidad. Por lo mismo, propone no emplear el término "demanda inadmisibile", ya que la resolución que no se pronunció sobre lo peticionado por el demandante, en definitiva no perjudica ni beneficia a ninguna de las partes. Así presupuestos procesales, serían, por ejemplo, la capacidad del demandante y su adecuada representación. Presupuestos de la demanda serían su redacción de acuerdo al contenido y solemnidades preestablecidas, interposición ante un tribunal competente, y finalmente que la notificación del escrito de demanda se lleve a cabo según las formas prescritas.

11. Así de acuerdo a lo expresado por *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, op. Cit., § 89 n. 39, en relación siempre al "Rechtsschutzbedürfnis"
12. *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, 1900, passim ; ver especialmente del autor la obra *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, Leipzig, 1905, esp. pp. 53-76.
13. *Hellwig*, *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, Leipzig, 1905, esp. p. 53 libro de Elvis
14. *Hellwig*, *idem*, p. 54.
15. *Ibidem*, pp. 55-60.
16. *Ibidem*, pp. 60 y ss.

En todos los casos mencionados, el demandante puede rectificar los defectos que sean observados. Estos presupuestos se diferencian de aquellos necesarios para el éxito de una demanda, ya que se relacionan con requisitos objetivos, subjetivos y causales de la pretensión, en particular los hechos valer por el demandante¹⁷.

Hellwig concluye - cuestionando las dudas que planteara Büllow sobre si existe, y cuál sería el contenido de esa relación jurídica que nace entre las partes y el tribunal -, que sería mucho más práctico, determinar cómo podría hacerse valer una demanda, para que el derecho en ella invocado sea reconocido por el juez. El demandante necesita un pronunciamiento favorable y ello se relaciona no con los presupuestos procesales, sino con los presupuestos de la demanda o requisitos para que ella sea exitosa¹⁸.

III. NOCIONES, TÉRMINOS Y CLASIFICACIONES: LO DIFUSO DE LA CLARIDAD EN TORNO A LOS “PRESUPUESTOS PROCESALES”

1. La inquietud en torno a los requisitos procesales, como aquellos que incluyen una serie de requerimientos preestablecidos por el legislador. Estos pueden ser de consideración (a) en abstracto y aplicables a cualquier proceso (de naturaleza extrínseca a una causa en especial y concreta, designables como “presupuestos procesales”), ya (b) como requerimientos en concreto, teniendo en cuenta la variedad de procesos y las eventualidades de los diferentes casos (de naturaleza intrínseca a un proceso concreto y especial, los que se designarán como “elementos procesales”)¹⁹. Si bien esta clasificación, no es idéntica –aunque similar en sus consecuencias- a las desarrolladas por la dogmática procesal alemana, es más bien una propuesta aplicable al proceso y tomada de instituciones semejantes desarrolladas por la dogmática civilista y administrativa, en torno al acto y/o negocio jurídico privado, como al acto administrativo. Lo común que tienen con el desarrollo de la dogmática procesal civil, es tratar de describir cuáles son las condiciones mínimas e indispensables para poder decir que nos encontramos frente a un proceso (acto procesal) mutatis mutando frente a un acto jurídico, negocio jurídico o acto administrativo; si el lector desea agregar los adjetivos de “existente”, “válido” o “eficaz”, puede hacerlo para aplicar el paralelo con el acto jurídico en general.

2. Como se puede ver, la variedad de términos empleados, para designar una serie de condiciones que deben verificarse para lograr el pronunciamiento sobre una

17. *Ibidem*, pp. 70 y ss.

18. Sobre el estado actual de la discusión partiendo de las observaciones efectuadas por y a los clásicos ver *A. Blomeyer*, op. Cit., op. cit. § 39 III; *Brehm*, op. Cit., introd. op. cit. n. 262 ss.; *Grunsky*, op. Cit., op. cit. § 34 II. 3. y § 34 III. 3., que expresan como conclusión que finalmente todos los presupuestos terminan presentándose como prevalentes y teniendo casi prioridad absoluta.

19. Sobre la diferencia entre “proceso” y “procedimiento” ver en detalle *Brehm*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 2003, introd. n. 1, 205 y 243; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2004, § 1 n. 3.

acción, son tan variados, e incluso en algunos casos conceptualmente insuficientes, que conducen a una dificultosa aplicación práctica. Por cierto, no deja de ser relevante la pregunta, desde el punto de vista, si se quiere "terminológico-estético-semántico", sobre cuál de todos estos términos se han de emplear para referir a "los presupuestos" como concepto y si su utilización ha de ser en un sentido amplio, o estricto²⁰.

En otras palabras: ¿hay diversos tipos de requisitos procesales, y de ser así ameritarían una aplicación solo al acto procesal de interposición de la demanda, o se extiende a los actos sucesivos, excluyendo o no la decisión (sentencia)?²¹ En el último caso, dando una respuesta afirmativa, también habría que ampliar la discusión a la eventual serie sucesiva de actos procesales, como por ejemplo, la vinculada a la interposición y decisión de un recurso. Debe dejarse claro entonces, que se refiere a tópicos vinculados con los requisitos denominados de "admisibilidad". Sobre éstos cabe el interrogante sin serían aplicable sólo al acto de interposición de la demanda o si también se expanden al conocimiento y decisión de la acción ejercida. Lo cierto es que estos dos puntos están dentro de la "admisibilidad" que difiere del examen llamado de fundabilidad, mérito o de fondo²².

IV. EL PROCESO CIVIL Y LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA RELACIÓN DEMANDANTE-DEMANDO-TRIBUNAL

1. La doctrina de los requisitos procesales, dentro del proceso civil, no ignora la predominancia del principio dispositivo, como del aporte hechos y prueba por las partes interesadas, que no hace sino reflejar la autonomía de la voluntad del derecho privado, en sus márgenes de ejercicio, dentro de un proceso civil, regulado por el derecho público. Los intereses y las situaciones contrapuestas de los justiciables, necesitan de mínimos de igualdad, para su examen y decisión por un tercero independiente e imparcial, que titulariza y ejerce la función jurisdiccional dentro del Estado de Derecho. En esta perspectiva, los mencionados requisitos, asumen una jerarquía político-constitucional relevante al momento de su regulación por parte del legislador, en las disposiciones infraconstitucionales.

Como puede verse, no solamente es de esperarse una adecuada regulación procesal, que viabilice el ejercicio de la jurisdicción, para poder conocer y pronunciarse sobre el mérito y el fondo material de una causa. También se requiere que, para poder

20. Así *Grunsky*, NJW 1975, 1402 (1403).

21. Contra los términos, pero justificando su uso por costumbre y finalidad práctica.:

Brehm op. cit. 5), Introd. n. 243, con otra visión; *Foerste*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 2007, parte previa al § 253 n. 1; *W. Lüke*, Zivilprozessrecht, 2006, n. 149; *Musielak*, Grundkurs ZPO, 2007, n. 112 con posición contraria. Sin objetar el empleo de los términos *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Kommentar, 2007, parte previa al § 253 n. 8 ss.; *Saenger*, in: Zivilprozessordnung, Kommentar, 2007, parte previa al §§ 253-494a n. 9; *Zimmermann*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 2008, parte previa a §§ 253 y ss. n. 5.

22. *Baumgärtel-Prütting*, op. Cit., pp. 5-15

arribar a este resultado final, deban observarse normas básicas relacionadas con la institucionalidad (por parte del tribunal), y los derechos fundamentales de las partes, relacionados con el debido y el justo proceso.

2. Admisibilidad y fundabilidad, son conceptos básicos, tanto dentro del derecho privado que es discutido en un proceso como potencialmente aplicable (derecho material), como para el Derecho Procesal (derecho formal). Si bien suelen usarse otros términos para referirse al doble examen, al cual se sujeta una petición concreta a la jurisdicción (acción o pretensión), en general con ellos, se quiere a un doble examen dentro de un proceso. Uno referido a un examen inicial, consistente en evaluar el cumplimiento de requisitos (designados normalmente como formales). Requisitos que conforman las condiciones mínimas e indispensables (apodícticas), vinculadas con las partes, el objeto de la controversia, y el tribunal, sin lo cual resultaría imposible el desenvolvimiento del proceso y la posibilidad de arribar a un examen de mérito legítimo, justo y válido. En otros términos, y de acuerdo a la visión mayoritaria, el tribunal debe ante una demanda, en primer lugar evaluar si la misma es admisible, para poder así entonces, pasar a una segunda etapa de evaluación, donde se pronunciará sobre lo peticionado en ella, que al considerarla fundada, importará conceder la tutela de ese derecho (o interés).

Por cierto este desglose no es extraño, por ejemplo, en la práctica y dogmática recursiva, donde el recurso es sometido a estos dos análisis sucesivos, dependientes uno de otro. No podría decirse que el tribunal *a quo o ad quem* (dependiendo de los distintos sistemas y políticas recursivas), al “admitir” un recurso en tanto interpuesto en tiempo y forma adecuada tiene el mismo significado que la sentencia del tribunal que conoce de la petición recursiva (“admitido” el recurso) y decide “acogerlo” por ser “fundado”, debiendo en consecuencia revocar la resolución impugnada.

Es claro entonces que la relevancia de los requisitos procesales tiene una consecuencia en la distinción entre control de admisibilidad y fundabilidad o mérito.

V. ROL E IMPORTANCIA DE LOS REQUISITOS PROCESALES EN UNA VISIÓN CONTEMPORANEA DESDE EL PROCESO CIVIL ALEMÁN

1. No debe olvidarse que el significado histórico inicial de los llamados presupuestos procesales, en la dogmática alemana el siglo XIX, se refiere a aquellos requisitos que son examinados, para poder recién entonces comenzar a hablar de una verdadera relación procesal. De esta forma estarían separados y divorciados del proceso mismo, claro está que la justificación de la separación y “divorcio” entre derecho sustantivo y procesal necesitaba plasmarse en consecuencias procesales perceptibles. Ahora, en su tratamiento procesal, el trasfondo histórico, ayuda a entender el desarrollo a partir de una idea inicial de separación, entre estadio preprocesal y proceso, para poder explicar la superación de esa visión y la revalorización desde la óptica constitucional y funcional del proceso. Esto se hace para distinguir los

requisitos mínimos, que van a posibilitar que el tribunal con la cooperación y participación de las partes y terceros, pueda adecuadamente examinar el fondo, mérito y regulación material o sustantiva de la acción que se hizo valer.

Dentro de la dogmática procesal alemana contemporánea, la admisibilidad de la demanda, implica como consecuencia práctica, por ejemplo, la posibilidad de ejercicio del deber de aviso o de información, por parte del juez, consagrada en el § 139 inciso III ZPO²³. De esta forma es el magistrado quien advierte al demandante sobre determinados defectos que contiene su demanda, y que podrían afectar la admisibilidad de ella, para que se proceda a sanearlos. Acá es evidente que no hay interés en rechazar una demanda simplemente por un defecto que es advertido por el tribunal y sobre el cual se informa e instruye a las partes para que sea saneado y lograr así un adecuado “fair play”. Es que no solo el actor, sino también su contraparte y el tribunal están interesados en alguna medida. Interés que por cierto no cabe calificarlo de un antejuicio que denota inclinación o preferencia por alguno de los litigantes y que pudiera afectar la imparcialidad del tribunal²⁴.

2. Hasta ahora se hizo uso indistinto de la terminología, “presupuestos” y “requisitos” con las aclaraciones del caso. Sin embargo lo afirmado, implica al menos dos nuevos problemas: en primer lugar, una serie de requisitos que deben ser enunciados, es decir un número “X” a ser considerados como presupuestos; en segundo lugar, corresponde determinar si todos ellos tienen la misma importancia, o si bien unos son más relevantes que el otros²⁵. De responderse afirmativamente el segundo interrogante y existir una jerarquía que imponga comenzar a evaluar un requisito con preferencia a otro, el examen de admisibilidad debiera ser escalonado y sucesivo²⁶.

La procesalística alemana, reconoce como requisitos (presupuestos) procesales: la jurisdicción alemana, la competencia funcional del tribunal, el escrito de demanda interpuesto con las formalidades exigidas por la ley (§§253, inciso II ZPO)²⁷, la postulación procesal del demandante (eso es que comparezca con abogado en los casos que la ley lo exige) tal cual lo establece el § 78, inciso 1 del ZPO, a lo que se debe sumar el pago de un porcentaje, según la cuantía, como adelanto de los gastos que implicará el proceso. Luego de las reformas al inicio del siglo XXI se sumó un nuevo requisito: la complementación de la etapa de acuerdo, con solución amigable, obligatoria y previa, según el § 15a de la EGZPO, que se refiere a la exigencia previa,

23. En detalle ver el estudio de *Rensen, H.*, Die richterliche Hinweispflicht, 2002, Bielefeld, pp. 217-232.

24. Así *Brehm op. cit.*, Introd. n. 264; del mismo *Braun, op. cit.*, § 5 II. 2; *Schumann, op. cit.*, n. 28, 148.

25. Así en la metodología de los estudios de pregrado, para resolver casos donde se enfatiza la distinción que debe hacerse. Lesenswert *Schumann op. cit.*, n. 225 ss., *Musielak op. cit.*, n. 135 s.

26. Ver en detalle *Jauernig*, in: Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum siebzigsten Geburtstag, 1976, p. 289 (292 s.).

27. Así la admisibilidad, sigue siendo empleada en su significado, aun en casos donde no debieran aplicarse los términos “admisibilidad-fundabilidad”; así en contra del empleo de la terminología admisibilidad de los presupuestos *Becker-Eberhard, op. cit.*, parte previa a los §§ 253 ss. n. 2 sosteniendo otra posición.

de que las partes hayan tenido la oportunidad y posibilidad de llegar a un acuerdo que y solución amistosa.²⁸

Debe entonces distinguirse entre: presupuestos de admisibilidad y aquellos necesarios para conocimiento y decisión de la causa²⁹. Justamente, ya que "presupuesto procesal" es muy genérico, y carecería de un significado relevante, por ejemplo, en relación a una demanda, que implica el inicio del proceso, parte de la doctrina contemporánea prefiere el empleo de la terminología "presupuestos para la decisión de la causa"³⁰. Ningún sentido tendría hablar en abstracto de presupuestos, sino para vincularlos con la viabilidad de poder resolverse una petición o causa concreta. Esta doctrina superadora, propone diferenciar aquellos requisitos que son necesarios para comenzar un proceso y conocer sobre una acción, de aquellos necesarios para decidir sobre la misma, pero con una visión instrumental y concreta. El problema, es que en muchos casos, esta posición resulta limitada en su aplicación.³¹

3. El proceso civil permite la realización del derecho material, lo que significa en otros términos, que el actor, al menos desde una óptica ideal, podría recibir una respuesta favorable de la jurisdicción, contra el demandado, cuando lo peticionado se reconoce como fundado³². Con este punto de partida, puede surgir la pregunta sobre si no sería suficiente la justificación material, es decir, aquella fundada en el derecho que invoca el demandante en su escrito, sin formas o contenido mínimo exigible (demanda), y sobre ello poner en movimiento la jurisdicción, acudiendo a cualquier tribunal, inferior o superior, de haberlos, en este o en aquel Estado, en un territorio o en otro.

Si en esta hipótesis se da una respuesta afirmativa, es altamente probable que la probabilidad del conocimiento y decisión sobre la demanda, lo que luego se reflejará en la sentencia, se reduce casi a un soliloquio de un tribunal cualquiera y una parte actora. Quizás hasta incluso el demandante en realidad tenía razón y el derecho que se le reconoció en la sentencia era digno de tutela. Igualmente se debiera afirmar, que en este mismo escenario hipotético, el demandante podría incluso obtener una

28. En este sentido BGHZ 161, 145; negando posible tacha de inconstitucionalidad BVerfG NJW-RR 2007, 1073; en detalle ver *Gruber*, Münch-Kommen ZPO, III, 2008, § 15a EGZPO, nr. 4-9. .

29. Contra el empleo de los términos presupuestos de admisibilidad, *Becker-Eberhard*, op. cit., parte previa a los §§ 253 ss. n. 2

30. Así en ese sentido *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 2007, § 33 III; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 2006, n. 254; *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 2003, n. 253; *Schellhammer*, Zivilprozess, 2007, n. 350, contra el uso de "moda" de los términos presupuestos para la decisión de la causa "modische(n) Begriff der Sachurteilsvoraussetzung"

31. En este sentido *Grunsky* op. cit., § 34 III.; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, p. 227 ss.; *Lindacher*, ZZP 90 (1977), 131; *Oloth*, Jura 1970, 708; *Grundmann*, ZZP 100 (1987), 33 (35 ss.). *Braun*, op. cit., p. 5 ss. . Así el uso en relación a un decisión (comp. § 160 inc. 3 n. 6 ZPO) se refiere a peticiones de mérito que son decididas mediante resoluciones diferentes a una sentencia definitiva, así § 522 inc. 1 y 2 (Apelación), §§ 922 inc. 1, 936 ZPO [Medidas provisionarias (cautelares)].

32. *Grunsky* op. cit., § 34 I.; así *Brehm*, Introd. n. 242.

sentencia favorable (vencer al demandado), aún cuando materialmente, el derecho que dice titularizar, no sea en realidad fundado, o ni siquiera exista.

Ahora, estas posibilidades no resultan inimaginables, es más, fueron previstas por el legislador, cuando el demandado simplemente se allana o reconoce y no controvierte lo afirmado por el demandante, o directamente no ha ejercido en totalidad su derecho de defensa, como es el caso de la rebeldía, o simplemente cuando se carece de la prueba o contraprueba necesarias. Todas estas modalidad que en mayor o menor facilidad aumentan el grado de probabilidad de una sentencia favorable, trabajan sobre el mérito (desmérito), (falta de) fundamento o acogimiento (rechazo de fondo), de la demanda³³.

En dicho supuesto, la sentencia, aún cuando pueda ser correcta o incorrecta, procesalmente no adolecería de defectos o vicios, en tanto el tribunal pudo conocer sobre la acción que se hizo valer, y con claridad identificar las partes y sus intereses. Si es incorrecta (ello es contraria a los intereses de las partes causándoles un agravio), podrá eventualmente discutirse con el medio de impugnación adecuado. Pero incluso con una hipótesis positivamente regulada, la la fundabilidad y justificación podría ser irrelevante y hasta innecesaria,, como es el caso del allanamiento del demandado, cuando reconoce como válida la pretensión hecha valer por la parte actora, en términos del § 307 ZPO³⁴. El interés o posición jurídica favorable al demandante, se declara cuando la demanda arriba a una sentencia exitosa (fundada) según sus intereses.

Como puede verse, la multiplicidad de casos (desde lo absurdo hasta lo regulado y reconocido por el legislador), en los cuales es posible pasar del examen y conocimiento de la demanda, a una sentencia de mérito. Así en el supuesto de la rebeldía, como en el caso insuficiencia probatoria para enervar la acción del demandante, o también en el caso de allanamiento, lo importante no será la admisibilidad de la demanda (examen de determinados requisitos previos al examen de mérito), sino solamente la fundabilidad de la misma.³⁵

VI. LAS CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO DE ADMISIBILIDAD

1. En lo que refiere a cada uno de los requisitos - de los cuales depende la admisibilidad de la demanda-, en tanto no se haga referencia a la interposición, conforme

33. En detalle ver *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2008, § 322 n. 27, 172; *Musielak*, in: ZPO-Komm., op. cit., § 322 n. 44; *Vollkommer*, in: Zöller, op. cit., § 322 n. 2.

34. Sobre los requisitos que son renunciables por las partes *Musielak*, in: Münchener Kommentar zur ZPO op. cit., § 307 n. 22, y *Rensen*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Großkommentar, 2007, § 307 n. 19.

35. *Brehm op. cit.* 5), n. 261; BGHZ 161, 145 (150): “ Aus dem allgemeinen Zivilprozeßrecht läßt sich kein Grundsatz herleiten, der den Gesetzgeber hindern könnte, aus wohlerwogenen Gründen bereits die Zulässigkeit der Klageerhebung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen” (“ no es posible inferir del derecho procesal civil en general ningún principio que obste la imposición de requisitos previos para la interposición de la demanda” así en relación al § 15a EGZPO).

a las disposiciones de forma, tiempo y lugar de élla, se puede referir (en general) a aquellos requisitos relacionados con el tribunal (jurisdicción, competencia), con las partes (capacidad procesal para ser parte, postulación procesal o *ius postulandi* e interés procesal), o con el objeto de la litis del proceso (especialmente la inexistencia de cosa juzgada y litis pendencia). No se han de enunciar ni desarrollar, aquellos requisitos cuya categorización ya relacionado con la admisibilidad, ya con la fundabilidad de la demanda, permanecen discutidos hasta hoy.³⁶

Así se distingue entre requisitos de admisibilidad y fundabilidad. Los primeros, a su vez se subdividen en presupuestos, que están directamente vinculados con la institucionalidad y las bases mínimas para el funcionamiento de la jurisdicción, a través de un proceso, al ejercitarse una acción. Los presupuestos tienen directa vinculación al principio del juez natural y preexistencia de un proceso racional y adecuado a criterios mínimos de justicia y debido proceso. Los otros requisitos de admisibilidad son los elementos procesales de carácter intrínsecos y dependientes de un proceso en particular. Entre ellos, las normas o solemnidades relativas a la actividad procesal, como también la posibilidad del contenido y factibilidad de aquello requerido por el actor.³⁷ La admisibilidad de la demanda, se debe examinar de oficio. La posibilidad, e imperativo para el tribunal, de evaluar lo anterior, no implica que pueda actuar introduciendo nuevos hechos, o haciendo uso de la potestad probatoria oficiosa (lo que sería ejercer potestades derivadas del principio investigativo o inquisitivo)³⁸.

De acuerdo a la doctrina mayoritaria, en el examen o juicio de admisibilidad el tribunal - fuera de los casos en los cuales existen disposiciones probatorias específicas- podría acudir a otros medios de prueba diferentes de los enunciados por el código. Sin embargo, esta posición ha recibido críticas contemporáneas, por resultar poco clara en sus alcances. Para una parte minoritaria de la doctrina, en tanto no pueda esclarecerse la existencia de un presupuesto de admisibilidad, el riesgo o carga debiera corresponder al demandante³⁹.

2. Sí, se debe precisar en relación con las dos posiciones descriptas lo siguiente: que la carga corresponda al demandante, no debe confundirse con aquellos requisitos procesales que están establecidos en interés e invocabilidad exclusivamente - y por tanto renunciables - respecto del demandado. Es decir en primer lugar no debieran ser examinables de oficio, y en segundo lugar, solamente pueden ser hechos valer por este último, dentro de determinado período y con sujeción a las reglas de

36. *Musielak* op. cit., n. 123; en especial el caso de las tercerías en la ejecución *G. Lüke/Hau*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 2008, n. 232.

37. Impugnaciones que objetan la admisibilidad de la demanda, “Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen”; *Jauernig*, op. cit., § 33 VII

38. *Schellhammer* op. cit., n. 351.

39. *Musielak*, in: *Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag*, 2006, p. 237 ss. (247 s.), en referencia al nuevo § 284 parte 2 ZPO, con detalle de las distintas posiciones al respecto. En tanto pregunta vinculada a la carga objetiva y no subjetiva de la prueba *W. Lüke* op. cit., n. 151.

preclusión. Téngase presente que dichos supuestos, en definitiva, procuran tutelar el solo interés de la parte demandada.

Así, si el demandado invocara la existencia de una cláusula arbitral, reconocida expresamente en el § 1032, inciso I, sería una posibilidad de la que podría – no debe - hacer uso. Otros ejemplos son los de los §§ 110 y 269 inciso VI ZPO. El primero regula el derecho a exigir una caución al actor extranjero; el segundo, en cambio, se vincula con el incumplimiento del pago de las costas procesales por parte del demandante.

En el caso de los dos ejemplos anteriores, no pueden ser considerados como requisitos siendo su entidad e importancia menor y establecidos en el interés de una parte (requisitos que no son presupuestos sino elementos). Sin embargo, de hacerlos vale y ser considerados procedentes por el tribunal, no conducirían al rechazo de la demanda, sino a que se ordene al demandante que sanee el vicio (otorgue caución o pague las costas). En caso que el intimado no cumpla, se aplicará la figura del retiro ficto de la demanda y no su rechazo por inadmisibile (ello consecuente con el artículo, § 113, numeral dos del ZPO).

Cómo pueden verse estas consecuencias no se vinculan con la admisibilidad de la demanda, sino más bien con consecuencias jurídicas procesales de otro tipo y que dependen de su oportuna invocación por la parte interesada. Es decir tenemos aquí un nuevo supuesto, en el cual no obstante no hacerse referencia a un "requisito-presupuesto de admisibilidad procesal", la doctrina alemana distingue entre aquellos requisitos que están vinculados - por su importancia - con la posibilidad del control o examen de oficio por parte del tribunal, y aquellos que dependen exclusivamente de su invocación por la parte interesada (demandado). Las consecuencias procesales difieren, aunque en la práctica, tanto en uno (rechazo por inadmisibile) como en el otro caso (ficción del retiro de la demanda), el efecto será tener ese proceso por no iniciado y sin duda podrá la parte beneficiada invocar esos efectos como impedimentos que obstan la prosecución del proceso⁴⁰. A los términos "requisitos", "presupuestos procesales", "admisibilidad" y "fundabilidad", la doctrina alemana suma el de "impedimentos o impedientes procesales". Un conjunto indeterminado que no lograron ser convincentemente calificables como requisitos vinculados a la admisibilidad ni a la fundabilidad. Es que aun cuando en los efectos prácticos, una parte puede invocar el impedimento simil de "inadmisibilidat", ni el supuesto, menos la consecuencia procesal son identificables técnica y teóricamente.

En las alternativas que el demandado tiene para enfrentar lo requerido por su contraparte, existe la posibilidad que esta se oponga haciendo valer preceptos que

40. Ya en Wer sich für die dogmengeschichtlichen Hintergründe interessiert, stößt auch in diesem Zusammenhang auf *Oskar Bilow*, que pretendió superar las teorías de las excepciones, ver la edición con la introducción *Braun*, op. cit.4), p. 3 y s.

corresponden sean observados como carga por por el actor vinculados con la admisibilidad, algún impedimento o imposición que se debió cumplir.. Para este caso, un reflejo de la acción o pretensión ejercida por el actor, se manifiesta a través de las excepciones y defensas que pueda ejercer el demandado abarcando todo el espectro antes descrito y/o sumándole deficiencias relacionadas con el mérito o fundabilidad. No se tratará otro tema que fue objeto de estudio por la dogmática decimonónica, directamente receptada del proceso romano-canónico: me refiero a la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias. No se lo hará por dos motivos. Primero la distinción no logró recepción legislativa en el ZPO y menos tuvo o tiene utilidad práctica. Segundo, por que predicar que una excepción produce la extinción, mientras que otra, el diferimiento del proceso, para que un defecto sea saneado, nada dicen en relación a la admisibilidad o fundabilidad⁴¹. Es precisamente por lo anterior, que el rol del juez, en su función-deber esclarecedora, es de advertencia o información para poder subsanarse un defecto (sea vinculado con un requisito-presupuesto, con un requisito-elemento, o con los que se denominan impedimentos) que tenga la demanda según los §§195 y 139 del ZPO. Si el defecto no fuera oportunamente saneado por el demandante, la contraparte puede solicitar de acuerdo al § 251 ZPO, la suspensión provisoria del proceso y, de acuerdo a la gravedad del defecto, el proceso estaría en condiciones de arribar al pronunciamiento de una sentencia, que eventualmente incluso podría ser de mérito.

Así por ejemplo, la demanda interpuesta ante el BGH (Tribunal Superior Federal para causas civiles), cuando hubiera correspondido ante uno de primera instancia, puede justificar el rechazo de oficio de aquella (§§ 17, inciso II de la Ley Orgánica). Otro ejemplo, vinculado con un requisito no examinable de oficio, sería la interposición de una demanda ante un tribunal incompetente en razón del territorio, de acuerdo al § 281 ZPO, siendo que el demandado invoca la falta de competencia, no produciéndose entonces su prórroga (continuará conociendo incluso si se pretende intempestivamente se declare incompetente verificándose la *perpetuatio fori*).⁴²

3. Es conveniente con lo desarrollado efectuar otra pregunta: ¿cuándo una demanda debe considerarse que adquiere la calidad admisible? Puede entonces darse esta respuesta. Siendo que no adolece de deficiencias (es decir, aunque tautológico, que satisfacen todos los presupuestos para que no sea declarada inadmisibile), y no se verifica ningún impedimento (examinable solo a petición de parte), que pueda obstaculizar la prosecución del proceso, el tribunal está en condiciones de comenzar a conocer sobre el mérito o fundabilidad.

Debe acá mencionarse parte de la doctrina, que al respecto elaboró una terminología paralela a la de requisitos-presupuestos procesales, así surge el término

41. *Becker-Eberhard* op. cit. op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 3.

42. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* op. cit., § 93 n. 37 ss.; *Schilken* op. cit. op. cit. 12), n. 333; *Becker-Eberhard*, op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 16.

"presupuestos para la decisión del mérito de la causa" (*Sachurteilvoraussetzungen*). Si por el contrario, por ejemplo el demandado observa una deficiencia que afecta su interés, debe entonces decidir el tribunal a través de una sentencia interlocutoria, la que no se pronuncia sobre el mérito, sino sólo sobre lo requerido por la parte impugnante y la continuidad del proceso (lo que la doctrina llama sentencia procesal), de acuerdo al § 280 inciso II, ZPO.⁴³

VII. CRÍTICA CONTEMPORANEA A LA TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

a) La crisis de la preeminencia de los presupuestos procesales para la decisión del caso

1. La doctrina mayoritaria alemana, sostiene la preeminencia de los requisitos de admisibilidad en el examen judicial que debe efectuarse al iniciarse un proceso, debiendo decidirse ello mediante una sentencia interlocutoria de carácter meramente procesal, con la cual se rechaza o se admite la demanda. De acuerdo a esta doctrina, es posible que el pronunciamiento de una sentencia de mérito que rechace la demanda por infundada (denominada absolutoria *absolutio ad causam*), sólo sería pensable, cuando el tribunal luego de convencerse sobre su admisibilidad, tenga la posibilidad de acceder a la totalidad de los fundamentos necesarios de hecho y/o de derecho para pronunciarse sobre el mérito. Coherente con estos postulados, no podría por ejemplo, rechazarse de plano o *in limine* una demanda por infundada, pero tampoco sería aceptable se rechace simultáneamente por inadmisibile e infundada. Ambas posibilidades contradicen el examen en prelación y las etapas de análisis a las que debe sujetarse el tribunal.⁴⁴

Para mantener la coherencia de esta tesis mayoritaria es que, verificándose algún defecto, ya de los requisitos presupuestos o elementos (admisibilidad), ya de un impedimento, la demanda debe finalmente ser rechazada mediante una sentencia interlocutoria cuyo fundamento es meramente procesal sin referencia al fondo (la denominada *absolutio ad instanciam*).

2. Una posición más contemporánea y crítica de la tesis anterior, sostiene que el tribunal no tiene un rango preestablecido, es decir, ningún orden para examinar los requisitos procesales de admisibilidad y fundabilidad "por la sola naturaleza de los casos y/o por la calidad de determinados requisitos"⁴⁵. Si resultara que en varios aspectos hay dudas sobre la admisibilidad de la demanda, puede conocer y pronun-

43. Con claridad y contundente *Lindacher*, ZJP 90 (1977), 131.

44. Ver *Becker-Eberhard*, op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 3 en otro sentido.

45. Contrario a la posición de que una demandada rechazada por inadmisibile puede igualmente serlo por infundada *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts – Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, 1974, § 34 I.

ciarse sobre aquellos puntos en relación a los cuales se entiende podría verificarse un supuesto de inadmisibilidad. Ahora, curiosamente para ello, el tribunal se orienta en su conocimiento y decisión con ciertos datos directamente relacionados con la fundabilidad de la demanda (por ejemplo cierta información probatoria). Pues bien, en este caso más que frecuente, debiera pronunciarse con una sentencia de mérito, es decir manifestarse sobre la “admisibilidad” pero justificando esa sentencia interlocutoria que rechaza o admite una demanda acudiendo a información relacionada con la “fundabilidad”. Esto implica una ruptura del examen sucesivo y secuencial, junto con una *contradictio in adjectio* de la tesis mayoritaria, ya que estaríamos frente a una decisión, que debiera estar contenida en realidad en una sentencia de mérito definitiva⁴⁶.

Entonces, ¿cómo logra explicar la tesis mayoritaria esta otra hipótesis? En caso que el demandante no impugne la sentencia que declara su demanda como inadmisibile, esa resolución adquirirá la calidad de cosa juzgada (formal y material). Ahora, siendo que los efectos de esta resolución firme, son objetiva, causal y subjetivamente tales, entonces se tornaría innecesaria e inútil la distinción entre sentencia procesal y de mérito, ya que cada una abarcaría los tres ámbitos mencionados, de forma totalmente diferente, y sería errado decir que que ambas, al menos con los mismos alcances, pueden adquirir el carácter de cosa juzgada.⁴⁷

Pero es claro que frente a una resolución, que rechaza una demanda por inadmisibile, nada obsta a que el demandante pueda volver a interponer la misma con identidad de partes, objeto y causa, pero saneando el defecto por el cual la primera demanda fue rechazada. Es que la cosa juzgada material de la sentencia procesal negativa o de rechazo, se circunscribe al ámbito objetivo, subjetivo y causal del requisito deficiente que justificó el rechazo⁴⁸. Siendo consecuente el tribunal no podría entonces rechazar esta nueva demanda por haber cosa juzgada material (triple identidad). En realidad desde el mérito y la forma hay identidad casi completa si esta nueva demanda tiene saneado el vicio que afectaba a la anterior. Es decir, para que el tribunal pueda rechazar esta segunda demanda es necesario que se verifiquen otras

46. *Becker-Eberhard* op. cit. 6), vor §§ 253 ss. n. 3, 19; *A. Blomeyer*, *Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren*, 1985, § 39 II. 4.; *Brehm*. op. cit., introd. n. 265 ss.; *Greger*, in: *Zöller*, *ZPO, Kommentar*, 2007, parte previa § 253 n. 10; *Jauernig* op. cit., § 33 V. 4.; *Musielak* op. cit., n. 137 s.; *ders.* op. cit. op. cit., § 300 n. 6; *Reichold*, op. cit., vor § 253 n. 8; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, op. cit., § 93 n. 45 ss.; *Saenger* op. cit., parte previa, §§ 253-494a n. 9; *Schellhammer* op. cit., n. 353; *Schilken*, op. cit., n. 335; *Schumann*, op. cit., n. 228 s.; *Zeiss/Schreiber* op. cit., n. 264 ss. De mencionar la jurisprudencia BGH NJW 2000, 738; en la bibliografía es de mencionar como doctrina mayoritaria *Sauer*, *Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozeß*, 1974, en la antigua bibliografía *J. Blomeyer*, *ZZP* 81 (1968), 20 (31, 36 s.).

47. Así *Zeiss/Schreiber* op. cit., n. 266, ; *Schellhammer* op. cit., n. 353.

48. *Büscher*, op. Cit., § 322 n. 156; *Gottwald*, op. cit., § 322 n. 175; *Musielak*, op. cit. § 322 n. 46. No aceptando la cosa juzgada *Brehm*, op. cit., introd. n. 271; *Vollkommer*, op. Cit., introd. § 322 n. 43.

deficiencias de los requisitos de admisibilidad, para poder entonces, y sobre estos, contar una (nueva) sentencia procesal de rechazo (por inadmisibilidad).⁴⁹

Ahora en caso que el tribunal rechace la demanda a través de una sentencia, en la cual se manifiesta, no sólo negativamente sobre la admisibilidad, sino también sobre su fundabilidad (en forma expresa o por *obiter dictum*) debe entenderse que dicha resolución produce efectos de cosa juzgada (formal y material). Pero sólo relacionados con la “admisibilidad” y de ninguna manera con la “fundabilidad”⁵⁰. De modo que si esta última, es evaluada directa o indirectamente, la sentencia interlocutoria de rechazo, debe leerse como revestida de cosa juzgada, pero no en relación al mérito.⁵¹ Se entiende que hubo pronunciamiento (negativo), pero sólo sobre la admisibilidad⁵².

3. De acuerdo a los ejemplos antes mencionados, y a la posibilidad de arribar a conclusiones, que en algunos casos rondan el absurdo. O siendo que se persigue elaborar una serie de argumentos de diferenciación, para crear tantas categorías y sub categorías de requisitos vinculados a la admisibilidad, es plausible entonces muchos replanteos. Si la prelación de la admisibilidad impide el ingreso en la fundabilidad, antes de un examen con resultado afirmativo, entonces se abren una serie de interrogantes dentro del propio sistema del ZPO.

Primero, no resulta claro si el examen de admisibilidad y fundabilidad se reduce a una sentencia, o podría hacerse en varios momentos procesales con una pluralidad de resoluciones. Así por ejemplo, en la demanda escalonada, que precisa de una sentencia parcial o en la acumulación de acciones condicional, como subsidiaria, conjuntiva o alternativa. En estos casos no podría reducirse a un solo momento para pronunciarse sobre todas las peticiones contenidas, rompiéndose entonces el principio de prelación que indica un momento para cada examen (primero de admisibilidad contemplando jerarquías entre los requisitos y luego de fundabilidad) y su carácter sucesivo. Qué decir del caso del desistimiento del derecho, donde finalmente la admisibilidad del pedido se une a la fundabilidad y al consentimiento de la contraparte.

Segundo, no se logra aclarar acabadamente porqué un demandante debiera tener obstáculos para interponer una demanda, cuando la misma ya fue acogida (obvia y previamente admitida). Simplemente se termina rompiendo la lógica y funcionamiento de la cosa juzgada y la litispendencia⁵³. Como ya se trató, pretender diferenciar

49. Así en los casos donde los Estados Federales hayan preestablecido un sistema obligatorio y previo de solución de controversias antes de la interposición de la demanda según el § 15a EGZPO.

50. Comp. BGHZ 161, 145.

51. Así vinculado con la imposición de costas, § 12 Abs. 1 GKG no cumplimentándose con el adelanto de los gastos procesales se justifica el rechazo por inadmisibile sin incursionar en la fundabilidad, así ver *Schilken, op. cit.* n. 256.

52. *Büscher., op. cit.* § 322 n. 156; *Brehm, op. Cit.,* introd. n. 271.

53. Comp. BGH ZIP 2007, 1717, en relación a la sentencia parcial en el caso de compensación parcial y reconvencción, ejemplo que es similar al de *Goldschmidt op. cit.* , p. 370.

la admisibilidad de la fundabilidad, respecto a que en un caso se podría arribar a la cosa juzgada y en otro no, resulta también errado ya que en ambos casos habría cosa juzgada formal y material.

4. Otro supuesto, donde la doctrina mayoritaria no da una respuesta satisfactoria, es en los casos donde el examen de admisibilidad recae sobre requisitos de la demanda, que tienen inmediata y directa vinculación con la tutela de bases constitucionales de la jurisdicción, tales como el derecho al juez natural (artículo 101 inciso I, Ley Fundamental Alemana) o el derecho de audiencia (artículo 103 inciso I Ley Fundamental Alemana). Esto a su vez en la regulación procesal de los grados, instancias jurisdiccionales, como las reglas de la competencia no disponibles por las partes.⁵⁴

Por ejemplo, en el caso del artículo 103 inciso I de la Ley Fundamental, vinculado con los requisitos-presupuestos procesales de la capacidad procesal y la necesidad del patrocinio letrado por un abogado. Son sí requisitos-presupuestos a ser evaluados como un *prius* en la admisibilidad (jerarquía interna de los requisitos de admisibilidad). Ahora, ello no porque sean presupuestos procesales ni porque el examen de la admisibilidad siempre precede al de fundabilidad. La justificación es de otra naturaleza: de prelación constitucional, no meramente procesal. Por ello no sólo puede, sino que debe efectuarse antes que el examen de fundabilidad, pensar lo contrario, no sería vulnerar parágrafos del ZPO, sino que imposiciones de la Carta Fundamental, relativas al debido y justo proceso.

Podría entonces decirse, que la prelación constitucional impone la prelación procesal, ello como examen previo de determinados requisitos que por su importancia son base necesaria para un proceso, desde la óptica, no ya del legislador, sino del constituyente. En otras palabras no habría posibilidad para poder dar inicio, conocer y decidirse una acción, sin la preexistencia de esas bases. Incluso, de arribarse a una sentencia de mérito ignorando estos imperativos, aun cuando esta revistiera la calidad de cosa juzgada, existirá siempre la posibilidad de rescindir o dejar sin efecto el proceso y su decisión (comparar así los §§ 579 inciso I numeral cuatro y 580, número siete).⁵⁵

Puede entonces decirse, que los requisitos de éxito de una demanda, sean de naturaleza procesal o material, no gozan de la misma jerarquía temporal ni de

54. Expresamente *Musielak*, op. cit. § 300 n. 6; comp. *Zeiss/Schreiber* op. cit. n. 266; *Becker-Eberhard*, op. Cit., introd. §§ 253 y ss. n. 3. En detalle crítico de esta posición ver *Lindacher*, ZJP 90 (1977), 131 (135 ss.).

55. Una excepción es la sostenida por *Grunsky*, op. Cit., § 39 I. 2., por cierto poco aceptable en el ejemplo hipotético del acogimiento de la demanda dejando abierta la posibilidad de que no exista un derecho necesitado de tutela judicial; crítico de esta posición *Brehm* n. 5, intro. n. 273 nota al pie 507; otro ejemplo en el caso del acogimiento de la demanda, cuando recién con posterioridad se constata la falta de un presupuesto procesal, ej. de *Braun*, op. Cit., s. 7 s.: en el caso de conocimiento tardío por parte del tribunal de la incapacidad de la parte, acogiendo la demanda no sería un ejemplo aceptable para este autor, ya que el tribunal bien toma conocimiento de ese defecto, debe rechazar una demanda que consideró admisible con costas, así § 579 inc. 1 n. 4 ZPO sería cuestionable aceptar el ejemplo.

importancia para su examen. Más bien se podría establecer cierto orden que permita determinar cuáles necesitan de un examen satisfactorio para tener las bases mínimas e indispensables, y así iniciarse, desenvolverse y poder accederse al juicio de mérito⁵⁶. Desde una visión contemporánea, algunos argumentos de la tesis de la prelación, o de la jerarquía de determinados requisitos procesales, se pueden justificar de otra forma, o si se desea, se parte del porqué constitucional de la prelación y siempre que redunde en una evaluación de admisibilidad más pragmática⁵⁷.

5. Como puede verse, en la evaluación de algunos casos particulares, tanto la tesis mayoritaria como la minoritaria encuentran fortalezas y debilidades. La propia visión contemporánea, aun cuando parta de un fundamento constitucional, acude a la prelación, igualmente necesitando de rangos que coayuden al respeto del debido y justo proceso, no desatendiendo la celeridad y economía procesal.⁵⁸

Al principio de prelación, o examen sucesivo de los requisitos de admisibilidad, pueden sumarse una serie casos en los cuales se justifica salirse del esquema, constituyéndose casos de excepción: como la demanda con un objeto, jurídica y/o materialmente imposible, o bien cuando la tutela de un derecho, en casos y en base a procedimientos especiales, supone también el examen de presupuestos especiales. En estos casos, no es de extrañar que el examen de admisibilidad se combine con uno de fundabilidad y en definitiva se pronuncie una sentencia que podría ser negativa en lo segundo, y afirmativa (*unu actus*) en lo primero.

b) Examen y relevancia de los hechos y el derecho

En la admisibilidad, prima por regla, el examen del derecho, y sólo en forma reducida, de los hechos. Sin embargo, hay casos donde estos últimos, asumen una gran importancia, ello normalmente vinculado con la jurisdicción y competencia territorial nacional e internacional⁵⁹. Así por ejemplo el § 32 del ZPO, en el caso de responsabilidad extracontractual delictual⁶⁰, si se requiriera más información para poder conocer si la conducta antijurídica del demandado, ha tenido lugar dentro del ámbito de competencia, territorial, nacional o internacional del tribunal. Ahora suponiendo que el tribunal carece de competencia territorial o mucho más aún de jurisdicción, y que corresponde que la demanda sea conocida por otro tribunal extranjero sería un caso especial. Si no hay suficiente evidencia (relación con el elemento causal fáctico de la acción), la demanda debiera rechazarse por infundada para permitir que sea

56. *Rimmelspacher*, Bruno, op. Cit., 1966, p. 101 ss.

57. *Comp. Brehm*, op. Cit., introd. n. 273 y s.; *Musielak*, op. Cit., § 300 n. 6 poniendo en duda la terminología.

58. Con claridad al respecto BGH NJW 2000, 738 (739).

59. Por cierto similar problemática puede verificarse en el proceso laboral en relación a la calidad del trabajador como requisito, así *Junker*, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 2007, n. 853 ss.

60. Ver al respecto *Roth*, in: Stein/Jonas op. Cit., § 1 n. 24 ss.; *Schumann*, op. Cit., n. 211; *Vollkommer*, op. Cit., § 12 n. 14; con detalle rechazando la competencia internacional *Mankowski*, IPRax 2006, 454.

invocable por el demandado dentro de la jurisdicción y competencia del juez nacional para todo efecto⁶¹.

Ahora, justamente, lo anterior es el inconveniente. Nótese que en este caso de responsabilidad extracontractual, la conducta del demandado descrita por la parte actora, es suficiente para poder pronunciarse sobre la competencia del tribunal que conoce. Ahora, solamente podría ser cabalmente conocida, respecto de su veracidad, recién cuando se efectúe el examen de mérito. Dentro de la teoría mayoritaria de la prelación, habría reparo contra dicha resolución, ya que un tribunal que no logra aun determinar negativa o positivamente su propia competencia y jurisdicción, no podría pronunciarse de ninguna manera sobre el mérito, por existir vulneración del principio del juez natural del artículo 101 inciso primero de la Ley Fundamental⁶².

Ahora, esta posición mayoritaria, podría refutarse diciendo que, precisamente para el resguardo de un principio constitucional, es que el tribunal puede pronunciarse sobre el mérito, rechazando la demanda por no darse las condiciones para el examen de admisibilidad y menos de fundabilidad. Pero en ese caso, si bien esta respuesta puede satisfacer la crítica efectuada por la doctrina mayoritaria, resulta claro que otra sería la solución si nos encontramos frente a un demandado, que en caso de la sola incompetencia territorial del tribunal, permanece inactivo y asiente tácitamente la prórroga.

c) Admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales

1. En relación con la admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales, cabe interrogarse sobre cuán amplia o restringida resulta la aplicación de estos conceptos a los diferentes actos concatenados que se dan en el proceso. Se distinguen entonces (a) aquellos actos que contienen una petición unilateral al tribunal, sobre la cual debe éste decidir con o sin audiencia de la contraparte; (b) aquellos actos que surten efecto sin necesidad de resolución del tribunal, entre los que se incluyen muchos actos bilaterales de las partes. Como se ha podido ver en los puntos anteriores los ejemplos están relacionados sólo con determinados actos dentro del proceso. Sin duda que el primero de estos es la demanda (acto de petición por excelencia), que se evaluará en los momentos procesales que correspondan, perteneciendo a la clase de actos calificados en (a), ejemplo al que ya se ha referido frecuentemente.

En el caso de los actos (a), deben pues explorarse otros supuestos. Así se considerará aquellos que implican peticiones procesales únicamente, ya que la demanda como se vio, tiene un momento de examen sobre la admisibilidad, y otro sobre la fundabilidad claramente marcado, al menos teóricamente⁶³.

61. Ver al respecto *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2006, n. 160.

62. Con esta fundamentación ver *H. Roth* op. cit., § 1 n. 30 s., visión contrapuesta es sostenida por *Mankowski*, IPRax 2006, 454 (456 ss).

63. Comp. Esta clasificación con lo desarrollado en el fallo BGH NJW- RR 2006, 1346 (1347 s.).

El derecho de demanda se concentra en solicitar al tribunal el pronunciamiento de una resolución favorable a lo requerido, peticionado y necesitado por el demandante (comparar §§ 253, 308 ZPO)⁶⁴. Ahora, en el mismo nivel de éste, pueden agruparse la reconvencción o contrademanda, como así también la demanda monitoria (§§ 688, 690, 699 ZPO) y el requerimiento de una medida provisoria cautelar, reglamentaria o satisfactiva (§§ 920, 936 ZPO). Igualmente se incluyen como peticiones materiales aquellos recursos contra una resolución pronunciada por un tribunal inferior que persiguen la revocación total o parcial de aquella en el mérito.

2. Es enormemente útil, al momento de aclarar la terminología de “admisibilidad-fundabilidad” acudir al esquema y voces aplicables en el examen de un recurso. Así este último, al ser interpuesto, requiere la satisfacción, en primer lugar de requisitos que no tienen vinculación alguna con el agravio, o el contenido material de la resolución que se impugna. Un recurso es entonces admisible, cuando reúne las condiciones (o requisitos) de (i) procedencia, ello es la resolución que se pretende impugnar debe ser susceptible de atacarse a través de ese recurso (comparar por ejemplo para la apelación en el § 511 ZPO). (ii) Su interposición debe reunir exigencias de forma (§§ 519 y siguientes del ZPO), tiempo-oportunidad (§§ 500 y siguientes ZPO) e interpuesto ante el tribunal que corresponda, y finalmente (iii) el recurrente debe haber sufrido un agravio que lo legitime a recurrir.

En general de acuerdo al recurso (§ 520 ZPO)⁶⁵, aún cuando en los §§ 522, 552 ZPO, no se mencione en forma explícita que el recurrente debe ser capaz y tener patrocinio de un abogado (como resulta explícito en relación al escrito de demanda), no cabe duda de que puede ser rechazado por inadmisibile, cuando falte alguna de las exigencias mencionadas explícitamente por el legislador (i, ii, iii) o aquellas (como la mencionada), que si bien en la técnica legislativa no son requeridos en los párrafos relativos a los recursos, tienen aplicación general.⁶⁶ Toda vez que sus requisitos de admisibilidad, se consideran satisfechos, puede el mismo u otro tribunal superior (según exista o no efecto devolutivo) evaluar su fundabilidad y decidir, confirmando o revocando la resolución impugnada

Interesa esta referencia, ya que en los recursos es donde la separación entre el juicio de admisibilidad y fundabilidad, no sólo se demarca con claridad, sino también por las consecuencias descriptas en forma explícita por el legislador y de fácil o poco controvertida aplicación práctica.

Ahora, el tribunal que conoce del recurso contra una sentencia definitiva, implica que la demanda que dio inicio a ese proceso fue admisible y – suponiendo que

64. Ver en detalle el § 253 ZPO y lo relacionado con los requisitos de la demanda *Becker-Eberhard*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2008, introd. §§ 253 y ss. n. 2.

65. Introductorio *Schreiber*, Jura 2007, 750; *Schilken*, op. cit., n. 873 ss.

66. Con claros planteos *Ball*, in: Musielak op. cit., § 522 n. 3.

el demandado haya perdido el proceso - también fundada. Correlativamente, al ser interpuesto por el demandado un recurso contra dicha sentencia, siendo admisible se quiere solo decir que se abre la posibilidad para que el tribunal se pronuncie sobre su fundabilidad. Ello es dejando sin efecto la sentencia dictada por aquel inferior (revocando su examen de fundabilidad de la demanda) o confirmando lo decidido (ello es la demanda en base a la cual se arribó a esa sentencia ahora impugnada, es no solo admisible sino también fundada).

Incluso en la terminología recursiva sobre la resolución que examina la admisibilidad del mismo, y la que luego de conocido lo decide, es suficientemente demostrativa. Si no es admisible, simplemente es “rechazado” (comparar los §§ 522 inciso I y 552 mismo inciso, ZPO). Ahora si siendo admisible, no obstante es conocido y no fundado, se entiende como por “no acogido” (Comparar §§ 522 inciso 2 y 552 a ZPO)⁶⁷.

3. Para las peticiones arriba descritas, como impulsivos, o que requieren un pronunciamiento por parte del tribunal⁶⁸, no hay obstáculo en incluir todos los casos mencionados y sumar algunos actos de la actividad probatoria (comparar por ejemplo §§ 371, 373 y 403 ZPO).

Sí, en materia probatoria, no siempre es correcto el empleo de estos términos. Así cuando se examina si puede o no verificarse el supuesto del inciso 4 del § 138 del ZPO, es decir, en el caso de declaración de parte, si consistan en manifestar desconocimiento sobre un hecho, puede interpretarse, ya como contradictorio, ya como reconocimiento ficto de lo alegado y sostenido por la contraparte⁶⁹. Ahora bien, si se analiza con mayor detenimiento este caso, en realidad no cabría hablar de admisibilidad o fundabilidad, sino más bien de una resolución que simplemente ordenará la prosecución del proceso. La decisión sobre ese punto particular se hará dentro del margen de convencimiento probatorio al que pueda arribar el tribunal al respecto y que servirá como un dato más para que pueda fundar el mérito de su decisión de pronunciamiento posterior.

4. Corresponde ahora examinar los actos procesales de las partes, que tienen conformación y validez procesal, sin necesidad de resolución judicial (descritos al inicio de este subtítulo como (b)). Precisamente no tienen por objeto requerir una decisión al tribunal, siendo autosuficientes para generar efectos procesales y/o

67. Sobre la discusión al respecto ver *Rimmelspacher*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 2007, introd. §§ 511 ss. n. 10.

68. Para un tratamiento sobre las bases de estos tópicos, ver *Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage – Eine Kritik des prozessualen Denkens*, 1925, p. 364 y ss.

69. Comp. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* op. cit., § 64n. 12 y § 109 n. 31, sobre la inadmisibilidad por aporte intempestivo, cuando un derecho ya precluyó según §§ 296, 296a ZPO.

materiales. Algunos ejemplos son: el retiro de la demanda, o la oposición contra la primera sentencia en rebeldía.

En el primer supuesto, queda sin efecto la litis pendencia de la demanda interpuesta y retirada (§ 269 ZPO). En el segundo, se impide que el proceso pueda arribar a una sentencia, debiéndose retrotraer al estado anterior al que se verificó la rebeldía. En estos casos el empleo del término “admisible”, es técnicamente impropio (comparar §§ 842 ZPO y 138 inciso cuarto del ZPO). Estos actos procesales deben reunir requisitos, pero no vinculados con la admisibilidad-fundabilidad, sino con su validez y eficacia, produciendo o no los efectos que persiguen⁷⁰.

Siendo que el ZPO, como obra legislativa no debiera ocuparse del tratamiento terminológico, no se contrapone a lo antes planteado, que por ejemplo, para el supuesto del retiro de la demanda, el tribunal se pronuncie mediante una resolución meramente declarativa, y se diga “admitir” el acto. Otro ejemplo para ilustrar, es el caso de los contratos procesales, como la prórroga de la competencia (comparar §§ 38 y 40 ZPO). Allí se emplea en forma impropia la “prórroga admisible”, ya que en realidad es “válida” o “inválida”. Recuérdese que justamente este caso, como depende y está predispuesto en pos del interesado, no es siquiera calificable como presupuesto procesal.

VIII. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto es posible plantear dos conclusiones básicas y, a partir de ellas algunos comentarios secundarios.

En primer lugar puede vislumbrarse que detrás de las controvertidas clasificaciones, terminología y categorías se esconden no solo visiones sobre el proceso, sino y principalmente sobre las bases constitucionales básicas a observar dentro de un sistema procesal que se propone ser el medio de tutela del derecho privado. En segundo lugar es posible -con una mayor o menor extensión de los términos – hablar de cuando estamos frente a una demanda u otro acto admisible no confundiendo ese juicio con el de fundabilidad.

Sobre estas bases puede concluirse lo siguiente:

- a. A partir de estas premisas es posible construir categorías con la voz “requisitos” y clasificarlos según su importancia, control de oficio y efectos.
- b. También puede distinguirse una especie que no entra técnicamente en la admisibilidad ni en la fundabilidad, que depende de la invocación oportuna por una de las partes y que tiene solo un rol de obstáculo o impedimento para la normal prosecución del proceso.

70. Ver *Schumann*, op. Cit., n. 234.

- c. Las categorías de “validez”, “existencia”, “eficacia” no se asimilan en sus consecuencias ni en sus supuestos a la “admisibilidad-inadmisibilidad” aun cuando puedan tener en común ciertos puntos de pivot objetivos, causales o subjetivos.
- d. La sentencia procesal de “inadmisibilidad” tiene efectos vinculantes y la parte no puede volver a interponer por ejemplo la misma demanda sin haber saneado los defectos que fundaron su rechazo.

CAPÍTULO II

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO PROCESSUAL DO DUPLO GRAU

*Ana Cândida Menezes Marcato**

Sumário • 1. Introdução – 2. Princípios: 2.1. Conceituações; 2.2. Diferenciação básica entre princípios e regras; 2.3. Princípios processuais; 2.3.1. Princípios gerais; 2.3.2. Princípios constitucionais – 3. O princípio do duplo grau de jurisdição: 3.1. Conceito; 3.2. O duplo grau como princípio e garantia constitucional; 3.3. Duplo grau como princípio – desdobramentos práticos.

1. INTRODUÇÃO

Busca-se, nesse artigo, primeiramente, contextualizar o princípio do duplo grau de jurisdição no sistema processual, por meio de sua inserção na categoria dos princípios processuais.

Disso dependerá, naturalmente, o percurso do raciocínio lógico existente desde as diferenciações entre regras e princípios, até sua inserção na espécie de princípios processuais constitucionais.

Feito isso, proceder-se-á a análise, ainda que não exaustiva, das principais características do duplo grau, especialmente aquelas relacionadas com sua inserção na categoria de princípios, finalizando com breve exposição de questões práticas a ele relacionadas.

2. PRINCÍPIOS

2.1. Conceituações

Tendo em vista as características de abstração¹ e polissemia envolvidas na conceituação do termo princípio, a tarefa de delineá-lo é árdua; assim, não será nosso

* **Ana Cândida Menezes Marcato** é Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. É autora do livro **O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil**, publicado pela Editora Atlas, além de diversas outras obras coletivas e artigos jurídicos. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e sócia de Marcato Advogados.

1. A esse respeito conferir Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *Revista da pós-graduação da faculdade de direito da universidade de são paulo*, vol. 9, p. 27-54, São Paulo, Síntese, p. 30. Prossegue o autor alertando para o fato de que as

intuito esgotar o assunto enfrentando as diversas conceituações existentes, mas sim, fornecer explicação suficiente para o escopo deste artigo.

No sentido etimológico os princípios podem ser conceituados como as causas primárias, ou seja, aquilo do qual alguma coisa precede na ordem do conhecimento ou da existência.²

Extraímos dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello visão mais consentânea à funcionalidade dos sistemas, analisando o princípio, por definição, como “*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico*”.³ Já na visão de Cândido Rangel Dinamarco os princípios de uma ciência encontram-se em dados exteriores a ela, constituindo-se em premissas que os distinguem de outras ciências, formando seus dados característicos.⁴

Significa dizer, então, que numa conceituação mais global os princípios são os pilares ou colunas externas de apoio de uma ciência e, mais especificamente para esta finalidade específica, os pilares da ciência jurídica e do sistema processual.

Ocorre que essa vertente mais basilar da conceituação dos princípios não atende ao que neste artigo se propõe: com vistas à diferenciação que faremos a seguir acerca dos princípios e das regras, a conceituação mais adequada leva em conta as correntes histórico-filosóficas do positivismo e pós-positivismo; em outras palavras, a corrente positivista consolidada no século XX – e a pós-positivista que se seguiu – realça e assume o caráter normativo dos princípios.⁵

definições de “princípio” são tantas e tão diversas quanto os autores que escrevem sobre o tema, razão pela qual inútil criticar as denominações.

2. Michaelis. *Moderno dicionário da língua portuguesa*, verbete da palavra princípio, São Paulo, Melhoramentos, 1998, p.1697. José Cretella Neto afirma que “etimologicamente, *princípio* deriva do grego ‘*αρχή*’, equivalente ao latim *principium* (de *princeps*, aquele que ocupa o primeiro lugar); em inglês, *principle*, em francês, *principe*, em alemão, *Prinzip* (e também *Grundsatz*, conforme a raiz germânica), em italiano, *principio*”, *Fundamentos principiológicos do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 1.
3. *Curso de direito administrativo*, 19ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 888/889.
4. Assim, “os princípios em que toda ciência se apóia são *dados exteriores a ela própria*, pelos quais ela se liga a uma área de conhecimento mais ampla. São as *premissas* que determinam o seu próprio modo-de-ser e dão-lhe individualidade perante outras ciências, constituindo-se em raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas. Até etimologicamente compreende-se que os princípios científicos constituem verdadeiros *pontos de partida* de uma ciência (Miguel Reale), ou elementos de sua inserção na grande árvore do conhecimento humano (são os pontos em que a ciência *principia*)”. *Instituições de direito processual civil I*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 192.
5. Sobre a separação em três fases históricas da concepção dos princípios jurídicos, quais sejam, jusnaturalista, positivista e pós-positivista, consultar Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 17ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 228/266.

É nesse cenário que surge a conceituação adotada por Robert Alexy, no sentido de que os princípios são normas que estabelecem que algo deva ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes.⁶ Esse será o conceito que utilizaremos como pano de fundo para as diferenciações que promoveremos.

No tocante às ciências jurídicas – e especificamente no sistema processual - é de extrema importância o conhecimento dos princípios para se atingir a boa qualidade e coerência da legislação, assim como para a correta interpretação dos textos legais e das situações concretas examinadas. Cândido Rangel Dinamarco chega a sustentar que o verdadeiro cientista do direito é aquele que tem clara noção do modo como se interagem e se inter-relacionam os conceitos da ciência que estuda e precisa sempre atentar, no estudo dos diversos institutos, aos grandes princípios que a regem.⁷

Finalmente, vale lembrar que “no Brasil, assim como na maioria dos países que adotam sistemas jurídicos de origem romanística, os princípios são considerados como fonte do direito.” Em virtude disso, “no artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, no art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas e no art. 126 do Código de Processo Civil os princípios aparecem como uma das formas de colmatação de lacunas”. Mais do que isso, os princípios são enunciados que se aplicam de forma imediata aos casos concretos, conforme se extrai do § 1º do art. 5º da Constituição Federal.⁸

2.2. Diferenciação básica entre princípios e regras

Muito embora a teoria da metodologia jurídica tradicional fizesse distinção entre normas e princípios, esclarecemos que para os objetivos deste artigo adotaremos o posicionamento de princípios e regras como espécies do gênero norma, como vem caminhando a doutrina mais recente.⁹ Por outro lado, é importante salientar que

6. Conforme explicitado por Virgílio Afonso da Silva in “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista latino-americana de estudos constitucionais* 1, p. 607-630, p. 610.

7. *Instituições I, cit.*, p. 191.

8. Rui Portanova, *Princípios do processo civil*, 5ª edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 14.

9. A favor da classificação de princípios e regras como espécies de normas, Paulo Bonavides afirma que: “Tendo ocorrido já tanto aquela maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal – a que se reportou o conspícuo Jurista – faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”. *Curso de direito constitucional*, p. 271. Adotando posicionamento contrário, José Afonso da Silva diferencia os termos afirmando que as normas são “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”, e os princípios são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”, in *Curso de direito constitucional positivo*, 25ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 91/92.

a Constituição brasileira, assim como a portuguesa, adota um sistema normativo “aberto”, ou seja, trata-se de Constituição dogmática, escrita, na qual convivem regras e princípios.¹⁰

Nesse sentido, Canotilho expõe as vantagens de um sistema misto, de regras e princípios, alertando para os problemas que um sistema uno poderia causar: modelo baseado exclusivamente em regras conduziria ao legalismo, com disciplina legislativa obrigatoriamente exaustiva e completa acerca dos fatos do mundo e da vida; ao reverso, sistema calcado unicamente em princípios geraria uma situação de indeterminação, imprecisão, coexistência de princípios conflitantes, conduzindo a uma posição de insegurança jurídica.¹¹

Sabe-se que o estudo dessa diferenciação não é recente, entretanto, não há dúvida de que a problemática ganhou destaque com a doutrina substancialista de Ronald Dworkin e Robert Alexy, razão pela qual adotaremos os seus critérios de diferenciação.¹²

Ambos os estudiosos são adeptos da separação qualitativa entre normas e princípios, muito embora trilhem caminhos diversos para alcançar suas respectivas conclusões.¹³

Em seus estudos, Ronald Dworkin ataca o positivismo jurídico que entende o direito como um sistema composto exclusivamente de regras. Nesse sentido, as regras seriam aplicadas de uma maneira “tudo ou nada”, ou seja, ou elas são válidas e, conseqüentemente, aplicáveis em sua inteireza, ou são inválidas e, portanto, não são aplicáveis. Assim, no caso de conflito entre as regras, uma delas será considerada inválida. Entretanto, o sistema não é composto apenas por regras, existindo os princípios; estes, ao contrário, não agem de forma vinculativa sobre as decisões, contendo apenas fundamentos, os quais podem ser conjugados com outros fundamentos

10. Canotilho afirma que o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1159. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que nas Constituições abertas convivem regras e princípios e não apenas as regras provêm de princípios que podem dela ser induzidos, como essas afirmam princípios que devem reger a atuação dos poderes instituídos. “A concretização dos princípios constitucionais no estado democrático de direito”, *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ Editora, 2005, p. 284.

11. *Direito constitucional*, cit., p. 1162.

12. Importante frisar que o presente artigo não tem por finalidade proceder a análise completa e aprofundada das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, sob pena de nos desviarmos do objetivo principal; dessa forma, traçaremos as linhas gerais sobre esse assunto, sempre indicando as obras nas quais o estudo poderá ser complementado.

13. Conforme analisado por Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, cit., p. 609. Canotilho faz referência a diversos critérios de distinção adotados por inúmeros outros estudiosos do assunto, como por exemplo, os graus de abstração, os graus de determinabilidade na aplicação do caso concreto, o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, a proximidade da idéia de direito e a natureza normogênica. *Direito constitucional*, cit., p. 1160/1161.

provenientes de outros princípios. Em outras palavras, quando se trata de princípios, a indagação sobre validade não tem sentido, levando-se em conta apenas a dimensão de peso, a qual será demonstrada na hipótese de colisão entre os princípios, prevalecendo aquele que tiver, para a situação fática específica, maior valor, ou que “tiver mais peso”. Ressalte-se que, diferentemente do que ocorre com as regras, o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico; apenas não terá sido decisivo para a resolução daquele caso concreto.¹⁴

Dessa forma, num conflito entre o princípio do duplo grau de jurisdição e a celeridade – agora alçada a princípio de destaque constitucional – prevalecerá o princípio que apresentar, para a situação fática específica, mais valor. Contudo, como visto, nem por isso algum desses princípios deixará de pertencer ao ordenamento jurídico.

Depreende-se, portanto, que em um sistema de princípios, se um dado princípio não prevalecer na aplicação ao caso concreto, nada obsta que ele seja utilizado de maneira decisiva em outras circunstâncias concretas. Por outro lado, em um sistema de regras, não se pode fazer essa classificação valorativa, inferindo que uma é mais importante do que a outra; assim, se duas regras entram em conflito, não haverá prevalência de uma sobre a outra em razão de seu maior peso.¹⁵ Como já afirmamos anteriormente, os choques entre regras militam no campo da validade, e os entre princípios, no campo do valor, do peso.

Partindo das considerações de Dworkin e aprimorando-as, Robert Alexy acresce ao conceito de princípios os **deveres de otimização**; dessa forma, os princípios seriam normas jurídicas que, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, estabelecem que algo deva ser realizado na maior medida possível. Assim sendo, há grande chance de que a realização completa de um determinado princípio seja obstada pela realização de outro, traduzindo-se na idéia de colisão entre princípios que, nesse caso, será resolvida por meio de um sopesamento, uma ponderação entre eles. Um dos princípios, diante do caso concreto, prevalecerá.¹⁶

14. Ensinamentos extraídos da análise feita por Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *cit.*, p. 32/33 e Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *cit.*, p. 610.

15. Conforme esclarece Paulo Bonavides, ao explicar as reflexões de Dworkin. Na mesma linha de raciocínio, ele analisa uma colocação de Dworkin no seguinte sentido: “Se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser regra válida. A decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras”. *Curso de direito constitucional*, *cit.*, p. 282.

16. De acordo com explicação dada por Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *cit.*, p. 610/611. No mesmo sentido, Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *cit.*, p. 33/34. Importante ressaltar que esses dois artigos representam espelho da forma pela qual a doutrina brasileira recepcionou a distinção entre regras e princípios; Humberto Bergmann Ávila faz uma dura crítica à teoria de Dworkin e Alexy, que é rebatida, na maioria de seus pontos, por Virgílio Afonso da Silva.

Pode-se dizer então que a principal característica das normas de otimização consiste no fato de elas poderem ser cumpridas em graus distintos, dependendo as medidas de execução tanto das possibilidades fáticas quanto das jurídicas.¹⁷

Por fim, Canotilho descortina a questão de forma absolutamente esclarecedora: “*Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se*”.¹⁸

Concluindo: em face de um choque entre regras, uma delas, necessariamente, será declarada inválida, já que as duas não podem conviver no mesmo sistema; em caso de colisão entre princípios, haverá uma relativização entre eles e um deles prevalecerá. Saliente-se, entretanto, que o princípio afastado não é declarado inválido e não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico.¹⁹

Posto isso, já tivemos a oportunidade de defender que, claramente, o duplo grau de jurisdição se enquadra na categoria de princípio e não de regra.²⁰ Basta a essa constatação a lembrança de que o duplo grau não traz aplicação cogente, sob pena de invalidade. Ao contrário, a sua aplicação comporta exceções constitucionais e legais; entretanto, nem por isso, ele é considerado inválido ou não pertencente ao ordenamento jurídico. Em outras palavras, o duplo grau de jurisdição pode ser relativizado em face de outros princípios, ou afastado em virtude de exceções legais, mas continuará integrando o ordenamento jurídico.²¹

17. Conforme Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 279.

18. *Direito constitucional*, cit., p. 1161.

19. Virgílio Afonso da Silva fornece um excelente exemplo ao dizer que se um juiz proíbe a publicação de determinado livro, por entendê-lo incompatível com a proteção constitucional à honra de alguém, isso não significa que a liberdade de expressão tenha sido tratada como “não pertencente ao ordenamento jurídico”. Pelo contrário, o juiz só pode decidir pela prevalência de um princípio em detrimento do outro se pressupor que ambos fazem, e continuam fazendo, parte do ordenamento jurídico; assim prevalecer não se confunde com pertencer. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, cit., p. 622.

20. Nosso *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 10/11.

21. Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que os princípios são divididos em duas ordens, quais sejam, descritivos e prescritivos. Os princípios descritivos são os que estão implícitos na Constituição e serão conhecidos por meio de um trabalho indutivo que os irá identificar. Nesse sentido, podemos dizer que o duplo grau, sendo um princípio implícito, pode ser induzido a partir de regras; assim, as normas que disciplinam a organização dos tribunais em distintos graus de jurisdição e o cabimento de recursos, seriam as regras a partir das quais se poderia induzir o princípio implícito do duplo grau. “A concretização dos princípios constitucionais no estado democrático de direito”, cit., p. 284/285. Semelhante interpretação sobre a indução do princípio do duplo grau por meio de regras presentes na Constituição encontramos nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos”, *Revista jurídica*, v. 42, nº 198, p. 39-58, Porto Alegre, abr. 1994, p. 40.

Definido o duplo grau como pertencente à categoria dos princípios, cumpre-nos desenvolver o raciocínio que permite enquadrá-lo no sistema processual como um todo, mais especificamente, no gênero dos princípios processuais.

2.3. Princípios processuais

Impõe-se breve consideração a respeito dos princípios processuais em si mesmos considerados, previamente à análise de suas espécies - princípios gerais e constitucionais.²²

Sabe-se que a ciência processual moderna fixou preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais; tais preceitos podem ser comuns a todos os sistemas ou específicos de determinados ordenamentos, o que nos permite concluir que cada um dos sistemas processuais se calca nos dois tipos de princípios.²³

Dessa forma, existem princípios relacionados ao interior do sistema (endoprocessuais), responsáveis pela boa ordem do processo e correto encaminhamento de suas soluções, assim como existem aqueles que embasam todas as disciplinas processuais e atendem à necessidade atual dos escopos sociais e políticos do processo.

Abaixo procederemos à análise dessas duas “espécies” de princípios, os chamados princípios gerais e constitucionais, ou princípios informativos e fundamentais/gerais.²⁴

2.3.1. Princípios gerais

A categoria de princípios acima enunciada, muito embora receba essa denominação, não se caracteriza propriamente como princípios. Representam, em realidade, normas ideais, regras técnicas que traduzem uma esperança de melhoria no aparelhamento processual, gerando encaminhamento correto das soluções processuais.

22. Nelson Nery Junior traz notícia de que de acordo com a prestigiosa doutrina do século passado, que construiu e equacionou o problema dos princípios do direito processual civil, estes seriam divididos em *princípios informativos e princípios fundamentais*, denominação um pouco divergente da acima apresentada. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, 6ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

23. Conforme Ada Pellegrini Grinover, que acrescenta que “através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos e em outros que lhe são próprios e específicos. É do exame dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado”. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Editora José Bushatsky, 1975, p. 23/24.

24. É bom lembrar que os princípios constitucionais são apenas uma parcela dos denominados princípios fundamentais ou gerais, uma vez que os fundamentais englobam outros princípios que não apenas os constitucionais, como por exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio Democrático e o princípio Republicano.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “*esses falsos princípios, enunciados em antiga doutrina italiana e acatados prestigiosamente na brasileira, são na realidade regras técnicas e não refletem opções políticas. Um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito, sem embargo de produzir ou não produzir resultados coerentes com as grandes premissas constitucionais – esses, sim, verdadeiros princípios. O máximo que se pode dizer em prol de tais regras técnicas como possíveis princípios é que elas refletem, pelo aspecto técnico, as idéias que os princípios representam*”.²⁵

Tais regras ou axiomas são denominados de “princípios formativos” ou “princípios informativos” do processo e a doutrina majoritária os considera em número de quatro, a saber: princípio econômico, princípio lógico, princípio jurídico e princípio político.²⁶

O princípio lógico caracteriza-se pela seleção de meios eficazes à descoberta da verdade e das soluções corretas, evitando erros; existe uma preocupação com a estrutura coerentemente cronológica dos atos do processo, já que este, como “marcha à frente”, uma vez iniciado vai à busca de sua finalidade, observando uma sequência lógica e coordenada de atos. Podemos mencionar como exemplos os seguintes: a petição inicial, que deve preceder à contestação, e esta que deve ser deduzida antes da audiência de instrução e julgamento; da mesma forma, a sentença precede a possibilidade de interposição recursal pelas partes e/ou a remessa necessária. Nesse sentido, pode-se afirmar que a preclusão igualmente representa um dos princípios lógicos, pois determina que os atos processuais devam ser praticados de forma lógica e coordenada, seguindo sequência predeterminada, vedando às partes a prática desordenada ou intempestiva de certos atos processuais, depois que outros já foram praticados.²⁷

Por sua vez, o princípio econômico volta-se à produção do melhor resultado desejável com o menor dispêndio possível de recursos e de esforços. Isso se justifica em razão da persecução do ideal de uma justiça barata, rápida e justa; em outras palavras, “*a busca de processo e procedimentos tão baratos quanto enxutos, com um mínimo de sacrifício (tempo e dinheiro) e de esforço (para todos os sujeitos processuais), interessa ao processo como um todo e, por isso, compreende o que se convencionou chamar de princípio informativo econômico ou da economia processual*”.²⁸ Exemplo disso é o princípio da fungibilidade dos recursos, por meio do qual recurso erroneamente manejado pode ser recebido como se o correto fosse,

25. *Instituições I, cit.*, p. 196.

26. São apenas quatro os “princípios informativos” na opinião de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições I, cit.*, p. 195/196 e de Antonio Carlos Araújo Cintra *et al.*, *Teoria geral do processo*, 20ª edição, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 50/51.

27. Exemplo trazido por José Cretella Neto, *Fundamentos principiológicos, cit.*, p. 31.

28. Rui Portanova, *Princípios do processo civil, cit.*, p. 24.

desde que, presentes os pressupostos processuais do recurso adequado, não haja erro grosseiro ou de má-fé.

Não se pode olvidar, ainda, que para atingir os melhores resultados com o menor dispêndio de tempo e de recursos, devem sempre ser observadas as garantias das partes ao contraditório, e as regras procedimentais e legais que regem o sistema processual civil. Em função disso, a observância do princípio da economia diz respeito à economia de custos, de tempo, de atos e da administração judiciária.

Quando se trata do princípio político, o cidadão tem acesso a instrumento capaz de prover os direitos privados de máxima garantia social com mínimo de sacrifício das liberdades individuais e coletivas. Dessa forma, interpreta-se o princípio político como o poder da parte de atuar no centro das decisões do Estado, participando, por meio do processo, para a realização de seu direito individual e social.²⁹ Exemplo típico de princípio político é o da publicidade, que garante a possibilidade de ampla e geral fiscalização sobre os atos processuais.³⁰

Por fim, o princípio jurídico postula a igualdade no processo, com julgamentos fiéis ao direito substancial; em virtude disso, é chamado por alguns de princípio da igualdade, no sentido de equiparação de todos que estejam sob a égide de dada ordem jurídica no que se refere ao respeito, gozo e fruição de seus direitos, assim como a sujeição a seus deveres. Nesse ponto, diz-se que a igualdade apresenta dimensões estáticas e dinâmicas, adotando a Constituição Federal brasileira as duas; o artigo 5º traz a dimensão no sentido estático, e o art. 3º inciso III, segunda parte, o sentido dinâmico.³¹

Sendo assim, podemos mencionar como exemplo o princípio da ampla defesa, pelo qual aos litigantes e acusados em geral, seja em processo judicial ou administrativo, é garantido deduzir quaisquer provas pertinentes à questão controvertida, bem como aproveitar as mesmas oportunidades processuais.

Traçando essa linha de raciocínio, nos aproximamos da categoria que mais interessa ao presente estudo, ou seja, aquela relacionada aos princípios processuais constitucionais, dentre os quais, o do duplo grau de jurisdição.

2.3.2. Princípios constitucionais

Cumpre-nos tecer algumas considerações prévias ao exame dos princípios constitucionais propriamente ditos.

29. Rui Portanova, *Princípios do processo civil, cit.*, p. 31.

30. José Cretella Neto, *Fundamentos principiológicos, cit.*, p. 32.

31. “Hoje os princípios de igualdade e liberdade são sinônimos de justiça, pilar democrático sendo uma das formulações básicas do Estado de Direito. Mas as democracias não se contentam com as concepções idealistas do princípio da igualdade. Já não satisfazem o mero reconhecimento formal de direitos, que, de fato, são inatingíveis para a grande massa trabalhadora”. Rui Portanova, *Princípios do processo civil, cit.*, p. 37.

Como cediço, há forte ligação entre a Constituição e o processo no estudo dos institutos processuais, sendo inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Nesse sentido, podemos afirmar que na formação de suas linhas fundamentais, o direito processual como um todo - por ser ramo do direito público -, sofre influência direta do direito constitucional, sobretudo no que se refere a alguns princípios processuais.³²

Trata-se do fenômeno denominado **direito processual constitucional**, que tem suas bases no exame do direito processual e de seus institutos à luz da Constituição e das relações existentes entre eles. Vale lembrar que essas relações atuam em dois sentidos, quais sejam, exprimindo, de um lado, os princípios e garantias constitucionais dos quais o sistema processual é cercado, e, de outro, operando o caminho inverso, fazendo com que o sistema processual sirva de instrumento de atuação e eficácia dos preceitos contidos na Constituição.

Por isso, o direito processual constitucional atua por meio de duas vertentes, caracterizadas pela tutela constitucional do processo e pela jurisdição constitucional das liberdades; especificamente para este artigo interessa apenas a análise da primeira delas. Depreende-se, portanto, que “*a tutela constitucional do processo é feita mediante os princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor de fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país*”.³³

Essa ligação entre a Constituição e o processo é vista por Nelson Nery Junior de uma forma um pouco diferenciada, ao afirmar a existência de um Direito Constitucional Processual ao lado de um Direito Processual Constitucional; o primeiro deles significa o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal (exemplos: art. 5º, XXXV e art. 8º, III da Constituição Federal), e o outro corresponderia à reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional (exemplos: mandado de segurança, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade etc.).³⁴

A nosso ver, o que Cândido Rangel Dinamarco denomina de jurisdição constitucional das liberdades – vertente do Direito Processual Constitucional – é tratado

32. Nesse sentido esclarece Ada Pellegrini Grinover, que “todo o Direito Processual – como ramo do direito público – tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Mas, além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários (...)”, *Os princípios constitucionais*, cit., p. 4/5.

33. Conforme a lição de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições I*, cit., p. 189, reiterada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, “O processo civil na nova constituição”, *Revista de processo* 53, p. 78-84, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 79.

34. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 8ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 26/27.

por Nelson Nery Junior como Direito Processual Constitucional; e o que Cândido Rangel Dinamarco denomina de tutela constitucional do processo – também uma vertente do Direito Processual Constitucional – para Nelson Nery Junior seria o Direito Constitucional Processual, ramo que trata, dentre outras coisas, dos princípios do processo civil presentes na Carta Magna.³⁵

Cuida-se de diferença terminológica que não influi no objeto de interesse deste artigo, qual seja, os princípios processuais constitucionais, sejam eles pertencentes à vertente do Direito Processual Constitucional da tutela constitucional do processo, sejam eles pertencentes ao Direito Constitucional Processual.

O fato é que essa tutela constitucional do processo atua por meio de princípios e garantias, traduzidos num verdadeiro esquema de promessas e limitações: promessas que visam a solucionar os conflitos e conduzir os sujeitos à ordem jurídica justa; e limitações, que consistem numa série de condicionamentos e restrições a esse exercício, garantindo às partes posições e possibilidades no processo, que o juiz não pode desrespeitar.

Até mesmo em virtude disso, muitos dos princípios morais, éticos e jurídicos, devido à sua importância, foram convertidos em normas constitucionais.

Assim, temos os chamados **princípios político-constitucionais**, indicadores das opções políticas fundamentais, que moldam toda a Constituição (exemplos são os princípios contidos nos arts. 1º a 4º da CF) e os chamados **princípios jurídico-constitucionais**, os quais interessam ao presente estudo.³⁶ Os princípios jurídico-constitucionais são aqueles que informam toda a ordem jurídica do país, com inequívoca supremacia sobre quaisquer outros – pelo fato de terem sido erigidos ao *status* constitucional por força de processo de evolução histórica e política.³⁷

Dessa forma, em nosso sistema, os princípios enunciados pela Constituição e que devem prevalecer em relação a processos de toda a espécie, são os seguintes: devido processo legal; inafastabilidade do controle jurisdicional; igualdade; liberdade; contraditório e ampla defesa; juiz natural; e, por fim, publicidade. Não se pode perder de vista, entretanto, que é possível extrair da Constituição a presença do

35. *Princípios do processo civil na constituição federal, cit.*, p. 29.

36. Importante salientar que quando afirmamos que o duplo grau não é um princípio político, estamos fazendo menção aos princípios político-constitucionais fundamentais, como, por exemplo, a separação dos poderes da União; entretanto, não se pode esquecer a vertente política que o duplo grau possui, no sentido de forma de controle dos atos jurisdicionais. A esse respeito, conferir nosso *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil, cit.*, p. 41/46.

37. José Cretella Neto, *Fundamentos principiológicos, cit.*, p. 35 e 48/49. É dele a observação de que esses princípios podem ser “constitucionais” em determinado ordenamento jurídico (por constarem da Constituição de determinado país), mas não constitucionais em outros; pode ocorrer, ainda, que princípios constitucionais processuais adotados em determinado país, sejam repelidos pelo ordenamento jurídico de outro. *Fundamentos principiológicos, cit.*, p. 36.

princípio do duplo grau de jurisdição, seja ao estruturar o Poder Judiciário, seja ao indicar a competência dos tribunais; porém, conforme será analisado em seguida, isso não significa que a ele foi conferido *status* de autêntica garantia.³⁸

Depreende-se, portanto, que a tutela constitucional do processo não apresentaria nenhuma utilidade prática, não seria efetiva, caso os princípios não fossem dotados de eficácia imperativa consubstanciada nas correspondentes garantias. Daí porque se pode conceituar as garantias como “*preceitos dotados de sanção, isso significando que sua inobservância afetarà de algum modo a validade ou eficácia do ato transgressor; o qual não pode prevalecer sobre os imperativos constitucionais*”; ademais, “*por isso é que geralmente os dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser usual o uso indiferente dos vocábulos princípio e garantia para designar a mesma idéia*”.³⁹

Finalmente, podemos afirmar que a Constituição impõe exigências em relação ao sistema processual, prevê princípios e garantias, com o único objetivo final de acesso à justiça (qualificado por Cândido Rangel Dinamarco como garantia-síntese⁴⁰). Em outras palavras, as promessas e limitações mencionadas anteriormente, residentes nas diversas garantias constitucionais, e relacionadas pelo elo de ligação que é o devido processo legal, têm como objetivo único e central o acesso à justiça (processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados, é o portador da tutela jurisdicional a quem tem razão).

3. O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

3.1. Conceito

A conceituação do princípio do duplo grau de jurisdição não é encontrada de forma expressa em nosso direito material, devendo, portanto, ser extraída de regras definidas pela doutrina, ou ainda, conforme afirma Enrico Redenti, podendo ser uma

38. Importante esclarecer que esse elenco de princípios constitucionais refere-se à visão de Cândido Rangel Dinamarco sobre o assunto (*Instituições I, cit.*, p. 197). De outro turno, Rui Portanova, classifica os princípios do juiz natural, do acesso ao judiciário e do devido processo legal como princípios de 2º grau, reservando ao 1º grau os demais princípios constitucionais e outros tantos não constitucionais, que seriam informados pelos de 2º grau (*Princípios do processo civil, cit.*, p. 14/15).

39. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições I, cit.*, p. 194/195. José Roberto dos Santos Bedaque alerta para o fato de que as regras existentes na CF, destinadas a estabelecer garantias para o processo, não estão limitadas aos vários incisos do art. 5º, que substancialmente apontam para o juiz natural, contraditório, ampla defesa e vedação às provas ilícitas (incs. LIII, LIV, LV e LVI). Encontramos, ainda, no capítulo reservado ao Poder Judiciário, inúmeros dispositivos diretamente relacionados com o bom desenvolvimento do processo; as garantias dos juizes e dos tribunais (arts. 95 e 96), o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art. 93, IX) também constituem importantes instrumentos para assegurar efetividade à função jurisdicional. “Garantia da amplitude de produção probatória”, *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, p. 151-189, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 153.

40. *Instituições I, cit.*, p. 197.

consequência empírica das disciplinas legislativas sobre o assunto.⁴¹ Tanto é verdade, que os conceitos variam de acordo com os elementos de que cada doutrinador lança mão para definir o princípio.

Esclarecemos, então, que, nada obstante o nome do princípio, a sua conceituação não está relacionada com a duplicidade da jurisdição (que é uma), mas sim, com a possibilidade de reexame das decisões, tendo-se em conta a competência dos órgãos julgadores, para tanto. Como se sabe, a jurisdição constitui expressão do poder estatal soberano e, como tal, não comporta divisões.⁴² Em outras palavras, quando se fala em duplo grau de jurisdição não se faz referência à duplicidade da jurisdição em si mesma considerada, mas, sim, ao desmembramento da competência, em dois **órgãos jurisdicionais distintos**, duas instâncias distintas, pertencentes ou não a hierarquias diversas.

Conforme mencionado, as conceituações variam de acordo com os elementos utilizados: para Giuseppe Chiovenda, estamos diante da possibilidade de toda causa transitar pela cognição plena de dois tribunais⁴³; para Andrea Proto Pisani a questão está relacionada à existência de uma nova cognição em todas as questões que tenham sido objeto de exame por parte do juiz de primeiro grau⁴⁴; para Louis Asselin, o duplo grau representa a possibilidade de as questões litigiosas serem objeto de um duplo exame⁴⁵; ao passo que para Luiz Guilherme Marinoni, trata-se de duplo juízo de mérito⁴⁶.

Fica claro que o principal traço diferenciador entre os conceitos apresentados é o objeto de exame do órgão recursal; ou seja, a diferença está em saber o que, especificamente, será devolvido ao exame do órgão *ad quem*. Nesse sentido, as conceituações encontradas variam entre a devolução da demanda como um todo, devolução da decisão impugnada em si e devolução das questões examinadas em primeiro grau.

Resta igualmente claro que o conceito do duplo grau de jurisdição está intimamente relacionado com a devolutividade recursal; em outras palavras, o órgão ao

41. Ele afirma que “Bisogna considerarlo piuttosto come un orientamento empirico delle discipline legislative, suggerito da una antica e costante esperienza, la quale ci insegna che una sufficiente approssimazione delle decisioni alla realtà o alla verità ed un più pieno rispetto della legalità, molto spesso non si può conseguire dai giudice del merito, se non progressivamente, per correzione dei risultati ottenuti, in un primo esperimento (primo grado) in cui siano già cimentate le parti ed il giudice”, *Diritto processuale civile*, v. 2, *cit.*, p. 444.

42. Conforme nos dão conta Antonio Carlos Araújo Cintra *et al.*, *Teoria geral do processo*, *cit.*, p. 142 e seguintes.

43. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 246.

44. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene Editore, 1994, p. 543.

45. *Le doublé degré de juridiction*, Paris, Éditions A. Pedone, 1934, p. 27.

46. “Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição”, *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 207-233, p. 208.

qual é destinado o recurso procederá ao reexame da decisão do órgão que julgou a causa ou o incidente em primeiro lugar, nos limites da devolução em sua extensão (esta, estabelecida pelo recorrente, por meio do objeto recursal) e de acordo com a profundidade determinada pela lei processual.

Tendo em mente tudo quanto exposto, o conceito de duplo grau de jurisdição por nós adotado é o seguinte: possibilidade de reapreciação do mérito da causa, por meio do reexame da decisão final de instância original⁴⁷, abrangendo tanto as questões de fato como as de direito, por órgão jurisdicional diverso, sendo este de hierarquia superior ou não.

Há exemplos de conceituação inclusive nas decisões emanadas pelos Tribunais, valendo de paradigma a seguinte: “*Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária*”.⁴⁸

Cumpre-nos, finalmente, destacar ponto controvertido sobre o duplo grau de jurisdição: o reexame deve ou não ser feito por órgão hierarquicamente superior. A esse respeito as opiniões se dividem.

Assim, a questão que se coloca é se o juízo *ad quem* deve ser necessariamente hierarquicamente superior ao juízo *a quo*, ou se há apenas a necessidade de serem juízos distintos.

No entender de Oreste Nestor de Souza Laspro, na maioria dos casos a competência para o julgamento do recurso é de órgão hierarquicamente superior; entretanto, isso não significa que o órgão julgador do recurso não possa ser da mesma instância ou grau de jurisdição, sem que isso ofenda o princípio do duplo grau. Por outro lado, alerta para o fato de que a possibilidade de se admitir o duplo grau de jurisdição com impugnações feitas perante órgão de mesmo grau hierárquico, não significa que essas possam ser dirigidas ao mesmo juízo que proferiu a decisão impugnada. Neste último caso, tratar-se-á de **duplo exame** e não de duplo grau.⁴⁹

47. Sobre esse aspecto do conceito, faz-se necessário tecer alguns comentários. A Lei 11.232/2005 alterou o processo de execução para as obrigações de pagar quantia certa, instituindo a regra do sincretismo processual, ou seja, a regra da desnecessidade de um processo autônomo de execução, bastando o encerramento do procedimento de conhecimento para que possa ter início o procedimento de execução, tudo dentro do mesmo processo. Assim, para as ações de conhecimento de cunho condenatório, a sentença que julga a pretensão do autor não é mais a decisão final de primeira instância, tendo em vista que ele prossegue no procedimento de execução; portanto, esse termo que utilizamos no nosso conceito – decisão final de instância original – não serve mais para caracterizar a sentença que julga a pretensão do autor e que será objeto de impugnação objetivando a devolução das matérias ao tribunal.

48. STF, RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 29.03.2000, DJ 22.11.2002.

49. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 19.

Configura-se exemplo da primeira situação a hipótese prevista no art. 41, § 1º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (nº 9.099/95): o recurso inominado interposto em face da sentença é julgado por órgão colegiado, formado por juízes de primeiro grau. Dessa forma, ambos os juízos (*a quo* e *ad quem*) são pertencentes ao mesmo grau jurisdicional, nada obstante o primeiro ser monocrático e o segundo colegiado; contudo, mesmo assim, não há infração ao duplo grau de jurisdição, já que se trata de órgãos distintos.

Na hipótese de recurso devolvido ao conhecimento do mesmo juízo prolator da decisão recorrida (v.g., nos casos de oposição de embargos de declaração e nos casos de embargos infringentes – pois não cabe apelação - do art. 34 da Lei de Execução Fiscal (nº 6.830/1980)), estar-se-á diante do duplo exame e não duplo grau.

Já em sentido oposto, compreendendo que há a necessidade de o órgão *ad quem* ser hierarquicamente superior ao *a quo*, colacionamos a opinião de Ovídio Baptista propugnando que a nossa doutrina denomina “*por efeito devolutivo a circunstância de confiar-se o reexame da decisão recorrida a um órgão de hierarquia superior; razão pela qual não haveria efeito devolutivo sempre que o exame da controversia contida no recurso fosse entregue ao próprio magistrado prolator da decisão impugnada*”.⁵⁰ Por consequência - já que o efeito devolutivo é característica indispensável para a existência do duplo grau de jurisdição - haveria ofensa ao duplo grau.

Entendemos, no entanto, que para a observância regular do duplo grau de jurisdição basta apenas que os juízos *a quo* e *ad quem* sejam distintos, não havendo necessidade de superposição hierárquica entre eles.

3.2. O duplo grau como princípio e garantia constitucional

Concluindo as principais questões que se convencionou abordar neste artigo, há derradeira que merece análise mais detida. Mencionamos anteriormente, durante a classificação dos princípios - em gerais e constitucionais -, que o duplo grau faria parte dos princípios constitucionais. Assim, a questão que se coloca é a seguinte: o duplo grau é realmente um princípio constitucional? E mais, ele representa uma garantia constitucional?

A análise da primeira indagação sugere resposta imediatamente negativa, na medida em que o princípio do duplo grau de jurisdição não é enunciado de forma expressa pela Constituição Federal.⁵¹ Porém, essa é uma constatação superficial. Ob-

50. *Teoria geral do processo civil*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 311.

51. Uma das saídas é sustentar que o duplo grau é um princípio constitucional implícito. Manoel Gonçalves Ferreira Filho divide os princípios presentes nas constituições em descritivos e prescritivos; os primeiros seriam os implícitos e os outros os explícitos. Os implícitos serão conhecidos por meio de um trabalho indutivo que os identificará; assim, pode-se imaginar que o duplo grau seja um princípio implícito, que deva

servando o texto constitucional mais a fundo, nos é permitido concluir, logicamente, que o princípio foi indiscutivelmente agasalhado pela Lei Maior.

Em primeiro lugar, porque a Constituição expressa clara opção pela possibilidade de recursos em face das decisões judiciais; e, isto porque, ela estabelece a competência dos tribunais de superposição para o julgamento do recurso ordinário, extraordinário e especial (arts. 102, II e III e 105, II e III), dispõe sobre os recursos a serem endereçados aos tribunais integrantes das Justiças da União e prevê órgãos inferiores e superiores nas Justiças Estaduais.⁵²

O fato é que quando a Constituição institucionaliza os tribunais superiores, disciplina a sua competência recursal e indica de modo expresso que as Justiças dos Estados serão compostas por tribunais e juízes (art. 92, inc. VII), ela está fixando o princípio do duplo grau de jurisdição. Prossegue afirmando que por meio dessas disposições “*infere-se a intenção de oferecer os serviços jurisdicionais a serem prestados em diversos níveis; pode-se também inferir a exigência de que, no âmbito de cada Justiça, a lei ordinária garanta o direito a um recurso de devolução plena e condicionada somente à sucumbência, como é a apelação*”.⁵³

Por outro lado, porque existe relação de dependência ou continência do duplo grau com o devido processo legal (este, sem dúvida alguma, princípio expresso na CF, art. 5º, LIV). Tal relação de dependência ou continência tem guarida nas explicações de Cândido Rangel Dinamarco ao afirmar que o devido processo legal tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, sintetizando a necessidade de afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma. Significa dizer então, que as garantias típicas e atípicas contidas na fórmula *due process of law* oferecem aos litigantes direito ao processo justo e equo, com oportunidades reais e equilibradas; certamente o princípio do duplo grau está albergado nessa fórmula.⁵⁴

ser induzido por meio das normas que cuidam da competência dos tribunais e da possibilidade recursal, “A concretização dos princípios constitucionais no estado democrático de direito”, *cit.*, p. 284/285.

52. Conforme exposto por Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições I, cit.*, p. 236; opinião que é partilhada por Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais, cit.*, p. 140/141.
53. Lição extraída de Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 159/160. Caminha nesse mesmo sentido Nelson Nery Junior, afirmando que no Brasil é a própria Constituição Federal que dá a tônica, os limites e os contornos do duplo grau de jurisdição, *Princípios fundamentais, cit.*, p. 40/41.
54. *Instituições I, cit.*, p. 243 e 245. Já Ada Pellegrini Grinover, analisando a questão por um enfoque um pouco diferente, sustenta que “a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada *jurisdição superior*. Em outro enfoque, que negue tal postura, a garantia pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo que todos os litigantes, em paridade de condições, devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras. Uma terceira colocação retira o princípio do duplo grau daquele da necessária revisão dos atos estatais, como forma de controle da legalidade e da justiça das decisões de todos os órgãos do Poder Público. Seja como for, um sistema de juízo único fere o *devido*

Adotando posicionamento diametralmente oposto, Oreste Nestor de Souza Laspro defende não haver qualquer relação de dependência ou continência entre os referidos princípios, já que o duplo grau não constituiria garantia de uma decisão melhor e, muito menos, poderia garantir, por si só, a isenção do juízo e a efetiva defesa das partes; por isso, não se poderia tê-lo em conta como um dos elementos formadores do devido processo legal.⁵⁵

De toda forma, há diversos julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça apontando o princípio do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional.⁵⁶

Conforme já tivemos oportunidade de sustentar, opinamos de forma favorável ao reconhecimento do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, tendo em vista não apenas as colocações doutrinárias a respeito das disposições de organização judiciária contidas na Constituição, a autorizar essa conclusão, como ainda, em razão do posicionamento dos tribunais superiores a esse respeito.

Não se pode negar, por outro lado, que a controvérsia a respeito do *status* do duplo grau no que diz respeito à condição ou não de garantia constitucional é mais branda. Oportuno esclarecer, de qualquer forma, que a consequência gerada pelo fato de um princípio consubstanciar-se em garantia constitucional representa a impossibilidade deste ser excepcionado, quer pela própria Constituição, quer por lei infraconstitucional. Ou seja, sua observância legal é cogente, sob pena de inconstitucionalidade.

A posição que se extrai, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é majoritariamente no sentido de negar-se, ao princípio mencionado, estirpe de garantia constitucional. Vejamos.

Cândido Rangel Dinamarco esclarece a questão com maestria ao afirmar que “*diferentemente dos demais princípios integrantes da tutela constitucional do processo, este não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem pos-*

processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático”, “Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos”, *cit.*, p. 40/41.

O Superior Tribunal de Justiça também contém julgado nesse sentido, afirmando ser o duplo grau de jurisdição, corolário do devido processo legal, conforme se extrai do RHC 8833, Min. Rel. Vicente Leal, 6ª Turma, j. 18.11.1999, DJ 18.02.2002, p. 493.

55. *Duplo grau de jurisdição*, *cit.*, p. 94 e 177.

56. Resp 258174/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 15.8.2000, DJ 25.9.2000, p. 110; AgRg no Resp 650217/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 05.04.2005, DJ 16.05.2005, p. 249 (apontando o duplo grau como princípio constitucional implícito); EDcl no HC 17081/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, j. 18.12.2001, DJ 25.02.2002, p. 416; HC 25640/GO, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17.06.2003, DJ 12.08.2003, p. 249. Há quem sustente que o duplo grau não é um princípio constitucional, podendo ser subsumido apenas pelas disposições do Código de Processo Civil.

sibilidade de recurso”.⁵⁷ Prossegue afirmando que quando a Constituição é silente sobre a existência de alguma garantia – como ocorre no caso do duplo grau – fica somente o conselho ao legislador para que evite confinar as causas a um nível apenas, excluindo a possibilidade de um recurso amplo, e ao juiz, para que, na dúvida, opte pela solução mais literal e afirme a admissibilidade do recurso.⁵⁸

Luiz Guilherme Marinoni vai além e afirma que a questão da garantia ao duplo juízo de mérito deve ser analisada à luz do art. 5º, XXXV da CF, que vem sendo interpretado como direito a adequada tutela jurisdicional. Dessa forma, se se pode extrair desse dispositivo constitucional o direito à tempestividade da tutela, e se na visão do autor o duplo grau protela a consecução dos direitos, é válido verificar se a nossa Carta Magna efetivamente garante esse duplo juízo e se este, em determinados casos concretos, pode ser dispensado.⁵⁹

Posicionamento absolutamente contrário e, inclusive, minoritário, é sustentado por Djanira Maria Radamés de Sá, ao afirmar que o duplo grau é uma garantia constitucional, na medida em que o bem da vida que se quer resguardar quando se recorre à instância superior, é bem incorporado protegido pela cláusula *due process of law*; nesse sentido, o duplo grau de jurisdição erigir-se-ia a elemento essencial desta cláusula.⁶⁰

Endossamos a posição prevalente e concluímos, assim, que, não havendo garantia constitucional do duplo grau – mas simples previsão do princípio –, está aberta a oportunidade de a própria Constituição e o legislador infraconstitucional a esse estabelecerem exceções.⁶¹

57. *Instituições I, cit.*, p. 239. Ada Pellegrini Grinover, ainda que por caminhos diversos, conclui que o duplo grau não é uma garantia, sustentando que “o princípio não é garantido especificamente entre nós; mas a própria constituição se incumbem de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição”. Além disso, “o duplo grau de jurisdição, ainda que não configure – ‘*ad argumentandum*’ – garantia constitucional autônoma, faz parte, sem dúvida alguma, daquele conjunto de garantias que configuram o ‘devido processo legal’”, *Os princípios constitucionais, cit.*, p. 140/144.

58. *Nova era do processo civil, cit.*, p. 160/161.

59. Entende que, não sendo garantia, é dada ao legislador a oportunidade de verificar quando é justificável, em nome da tempestividade, a dispensa da observância do duplo grau, uma vez que o recurso não é inerente à ampla defesa, *in* “Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição”, *cit.*, p. 207, 208 e 215.

60. Além disso, prossegue afirmando que em certos casos o reexame da decisão torna-se indispensável a assegurar ao vencido uma única revisão da sentença que lhe foi desfavorável; nesses casos é que se poderia considerar o duplo grau de jurisdição como garantia de ordem constitucional diretamente derivada da cláusula do devido processo legal e, conseqüentemente, imprescindível para alcançar os fins últimos do Estado por meio do afastamento da possibilidade de manifestação do arbítrio do juiz de primeira instância. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 99/101.

61. Cândido Rangel Dinamarco alerta para o fato de que apesar de o duplo grau não ser garantia constitucional, isso não significa que possam ser criadas disposições legais que excluam por completo o direito de recorrer, criando bolsões de irrecorribilidade; isso afetaria o fundamento político do duplo grau, abrindo caminho para o arbítrio do juiz não sujeito a controle algum. *Instituições I, cit.*, p. 240.

Fundamental trazer à baila, mais uma vez, o posicionamento dos tribunais superiores, consubstanciado, desse turno, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da existência ou não da garantia constitucional do duplo grau. Não há dúvidas de que a nossa Constituição recepcionou e prestigiou o princípio do duplo grau de jurisdição, entretanto, não o elevou a garantia.

Existem inúmeros precedentes nesse sentido, gerando a convicção de que se trata de posição majoritária.⁶²

3.3. Duplo grau como princípio – desdobramentos práticos

Não faltam hipóteses em que o duplo grau, justamente em virtude de sua condição de princípio, acaba sendo mitigado; assim, destacamos algumas das mais interessantes, especificamente relacionadas com a aplicação do § 3º, art. 515, do Código de Processo Civil.

A primeira situação versa sobre a possibilidade, ou não, de julgamento de mérito pelo tribunal na hipótese de sentença *citra petita* não reformada pelo juiz em embargos de declaração. Essa sentença padece de *error in procedendo*, na medida em que o juiz deixa de julgar um ou mais pedidos formulados pela parte e não corrige a omissão em embargos de declaração. Nesse caso, é possível ao autor apelar, sustentando a violação do princípio da correlação e requerendo o reconhecimento desse vício.

A dúvida consiste em saber qual a posição a ser tomada pelo tribunal ao apreciar a apelação do autor. As opiniões se dividem.

José Carlos Barbosa Moreira entende que a sentença comporta anulação pelo tribunal, com a devolução do processo ao órgão *a quo*, para pronunciamento sobre o pedido faltante. Isto porque, não se pode entender que o § 1º do art. 515 “*autorize o órgão ad quem, no julgamento da apelação, a ‘completar’ a sentença de primeiro grau, acrescentando-lhe novo(s) capítulo(s).*”⁶³

62. Exemplo do posicionamento dos tribunais: “DEVIDO PROCESSO LEGAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO. A negativa de seguimento a recurso, considerada a circunstância de as razões expeditas contrariarem precedente da Corte longe fica de implicar transgressão ao devido processo legal. JURISDIÇÃO - DUPLO GRAU - INEXIGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, **não consubstancia garantia constitucional**”, AgR RE 216257/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. 15.09.1998, DJ 11.12.1998. No mesmo sentido, AgrAI 513044/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 22.02.2005, DJ 08.04.2005 e RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 29.03.2000, DJ 22.11.2002.

63. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, 11ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 443/444. O STJ possui julgados com entendimento análogo a esse: sustentando que não se pode aplicar o § 3º do art. 515 em caso de *error in procedendo*: Resp 756.844/SC, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da

De outro turno, José Roberto dos Santos Bedaque defende que nesses casos é desaconselhável que a sentença seja anulada, invalidando a parte válida; isso porque, esse capítulo da sentença já transitou em julgado, pois não foi impugnado. Portanto, a solução ideal seria a aplicação, de forma análoga, do novo parágrafo 3º do art. 515, autorizando o tribunal a decidir sobre a parte da pretensão a respeito da qual se verificou a omissão.⁶⁴

A concordância com essa segunda vertente doutrinária esbarra no fato de que o § 3º do art. 515 disciplina apenas as hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito, o que não é o caso; entretanto, não se pode negar que se trata de solução interessante, pois, muito embora excepcione a aplicação do duplo grau, atende aos anseios reformistas, privilegiando a economia processual e a celeridade.

Há outra hipótese que igualmente merece análise mais detalhada: o pedido de julgamento antecipado da causa é rejeitado pelo juiz, que designa audiência; caso a parte agrave – e o agravo de instrumento seja aceito –, e o Tribunal entenda possível o exame do mérito desde logo, porque inexistente controvérsia fática, os autos deverão ser devolvidos à origem com determinação nesse sentido, ou dever-se-á passar imediatamente à análise da situação de direito material?

Há quem entenda que a extinção do processo em sede de agravo de instrumento não é novidade – já ocorrendo nas hipóteses de análise de preliminar de carência de ação, nas quais o feito será extinto pelo tribunal mesmo diante da inexistência de sentença –, razão pela qual, em situações análogas como essa, o disposto no § 3º do art. 515 deveria ser aplicado.⁶⁵

Ousamos discordar dessa solução por três motivos.

Em primeiro lugar, em função da necessidade de observância do princípio do juiz natural. Como cediço, este princípio encerra a observância de três elementos, quais sejam, julgamentos realizados por juiz, preexistência do órgão judiciário e julgamentos realizados por juízes competentes, de acordo com o definido pela Constituição e pela lei.⁶⁶ Ora, nesse caso concreto, o tribunal, no julgamento do agravo de

Fonseca, j. 15.09.2005, DJ 17.10.2005; sustentando que a sentença deve ser anulada para que outra seja proferida: Resp 686961/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.04.2006, DJ 16.05.2006.

64. “Pelos mesmas razões que o Tribunal, afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito, pode examiná-lo se configurada a hipótese legal, está autorizado a decidir sobre a parte da pretensão a respeito da qual verificou-se a omissão”. O autor informa, ainda, que já teve a oportunidade de decidir dessa mesma maneira em apelação da qual foi Relator: caracterizada a sentença *extra petita*, ele a anulou e seguiu examinando a pretensão realmente deduzida pelo autor, sem devolver os autos à origem (Ap 280.344.5/1 – SP, TJSP, 1ª Cam. Dir. Pub., j. 24.09.2002). Em caso de sentença *citra petita*, nem haveria a anulação, sendo caso de reexame da matéria já julgada, além da decisão acerca daquela omitida. “Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos”, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 437-473, p. 450/451.

65. José Roberto dos Santos Bedaque, “Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos”, *cit.*, p. 451.

66. A esse respeito, conferir Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições I, cit.*, p. 203/207.

instrumento específico, não possui competência para julgar matéria diversa da que foi objeto de recurso; ou seja, a parte devolveu à apreciação apenas a questão incidente específica relativa ao afastamento da audiência designada, com o conseqüente julgamento antecipado pelo juiz de primeira instância, e não a questão central de mérito.⁶⁷

Esse primeiro motivo nos remete aos outros dois. Além de ser competente para tanto, o tribunal só pode julgar nos limites do que foi requerido pela parte, em atenção ao princípio do dispositivo; por outro lado, não se pode perder de vista que o disposto no parágrafo 3º do art. 515 diz respeito à autorização de o órgão *ad quem* julgar o mérito, apenas quando a causa já tenha sido decidida em primeira instância – embora sem julgamento do mérito –, e não quando ainda não haja qualquer decisão final na instância original.

Por fim, o último exemplo prático que merece destaque diz respeito aos casos em que o tribunal, no julgamento da apelação, afasta o pleito de carência de ação e julga, no mérito, pela improcedência. A dúvida consiste em saber se é possível tal conduta e, mais, se não se estaria diante de *reformatio in pejus*.

Primeiramente, é importante esclarecer que a proibição da *reformatio in pejus* não está prevista de forma expressa em nosso ordenamento processual, decorrendo, entretanto, da aplicação de dois princípios, quais sejam, o dispositivo e o da sucumbência. Em outras palavras, o recurso devolve ao tribunal a matéria objeto de impugnação por parte do recorrente, nos limites de sua sucumbência, sendo vedado ao órgão *ad quem* reformar a decisão hostilizada em prejuízo do próprio recorrente e em benefício do recorrido. Exceções a essa proibição ocorrem em casos de sucumbência recíproca em que as duas partes interpõem recursos e nos casos de conhecimento, pelo órgão julgador, de matéria de ordem pública.

A resposta à primeira parte do questionamento é mais simples: presente o requisito exigido pelo novo parágrafo, causa madura para julgamento, o tribunal está autorizado a afastar a carência – se for o caso – e julgar, no mérito, improcedente o pedido do autor. Primeiro, porque a redação do dispositivo não contém restrição ao conteúdo do julgamento de mérito; depois, porque se assim não fosse, estaríamos diante da absurda hipótese de o tribunal só poder aplicar o parágrafo terceiro quando for para prover a apelação.

Questionamento mais contundente relaciona-se com a questão da incidência em *reformatio in pejus*. Parece-nos que a resposta a essa indagação passa pela análise da

67. Confira-se a esse respeito, o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, com relação à competência do órgão colegiado e do relator para conhecer das questões em segunda instância, que se aplica analogamente ao nosso exemplo. *Comentários ao código de processo civil, cit.*, p. 660/661.

necessidade, ou não, de o recorrente formular pedido expresso de exame do mérito, para que o tribunal possa aplicar o parágrafo terceiro.

Para os que defendem a necessidade de requerimento do recorrente acerca do julgamento de mérito, a ausência desse requisito configuraria *reformatio in pejus* em caso de improcedência do pedido; isso porque, esse julgamento desfavorável faria com que o apelante – sem ter requerido essa providência – tivesse contra si uma sentença de mérito, a qual inviabilizaria a possibilidade de um novo exame a respeito de sua pretensão.⁶⁸ Por outro lado, caso o recorrente deduzisse em suas razões recursais, além do pedido de afastamento da carência, o pedido de julgamento do mérito, não haveria que se falar em *reformatio in pejus*, posto que a decisão estaria adstrita aos limites do que foi devolvido ao tribunal.

De fato, essa parece ser uma boa solução a essa indagação. De toda forma, entendemos que há motivo ainda mais primário a justificar a ausência de ocorrência de *reformatio in pejus*: a situação jurídica que motivou o tribunal a julgar improcedente o pedido do autor – ou seja, a instrução concluída e a motivação que dela se extraiu – é a mesma que motivaria o juiz de primeiro grau a decidir, da mesma forma, pela improcedência; na pior das hipóteses, caso o entendimento do juiz *a quo* não fosse esse, ao conhecer do recurso de apelação interposto pelo réu, o tribunal igualmente entenderia pela improcedência, fundado nas mesmas razões extraídas da instrução, dando provimento ao recurso e afastando a pretensão do autor. Em outras palavras, por qualquer ângulo que se analise, o resultado seria o mesmo – posto que é o resultado advindo da instrução probatória e do convencimento que dela advém -, não sendo possível se falar em *reformatio in pejus*. Assim, se num pleito de indenização por danos morais extinto sem julgamento do mérito, o tribunal afasta a ilegitimidade ativa do autor e, em virtude da prova documental acostada aos autos, aplica o § 3º do art. 515 para julgar pela improcedência, é altamente provável que esta também tivesse sido a solução dada pelo juiz de primeira instância; ainda que por qualquer motivo assim não fosse, ao retornarem os autos ao tribunal para apreciação da apelação do réu vencido, o entendimento da improcedência prevaleceria e a apelação seria provida.

Conclui-se, então, que estas são algumas das hipóteses práticas em que o princípio processual do duplo grau pode ser excepcionado, justamente em virtude da ausência do *status* de garantia constitucional.

68. Conforme opinião defendida em seminário de processo civil por Cleanto Guimarães Siqueira e reproduzida por Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 268.

CAPÍTULO III

**O PROCESSO JUDICIAL COMO ELEMENTO
INTEGRATIVO DO DIREITO LITIGIOSO**

*Antonio Adonias Aguiar Bastos**

Sumário • 1. Introdução – 2. Compreensão, interpretação e aplicação à luz da hermenêutica fenomenológica – 3. O Direito como ação comunicativa e a contribuição da teoria dos sistemas – 4. O processo judicial como elemento integrativo do Direito – 5. Conflitos entre princípios. Insuficiência do modelo metodológico tradicional – 6. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sedimentado o entendimento de que o direito processual distingue-se e guarda autonomia científica em relação ao direito material, a doutrina, a legislação e a própria sociedade têm voltado sua atenção para a efetividade do processo, passando a cuidar da teoria instrumentalista¹, segundo a qual o processo é instrumento de aplicação do direito material.

Sem dúvida, o processo não existe como um fim em si mesmo, devendo propiciar a solução de conflitos e a efetivação do direito material. É neste sentido e somente nele que podemos considerá-lo como instrumento, como meio.

Contudo, o caráter instrumental deve ser analisado sob certos aspectos, não sendo lícito concebê-lo como um simples método de *aplicação* do direito material.

* Doutorando e Mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual pela Universidade Salvador (UNIFACS). Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito, da Fundação Faculdade de Direito da UFBA, do Jus-Podivm, da UNIFACS, do Centro de Cultura Jurídica da Bahia (CCJB) e da Universidade Católica do Salvador (UCSal), e na graduação da Faculdade Baiana de Direito e da UNIFACS. Advogado. (adonias@adonias.adv.br)

1. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 43) afirmam que o sistema “continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juizes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária” (itálico existente no original).

Se a concepção de instrumento é importante para a busca da efetividade, de modo que os operadores, o legislador e a doutrina não o concebam com uma visão alheia à realidade social, deve-se estar atento ao seu aspecto político-ideológico, isto é, enquanto modo de criação do direito, e não de simples aplicação.

O problema gira em torno do emprego do termo “instrumento”, que guarda uma significação que pode trazer conseqüências ideológicas na sua aplicação. O martelo é o instrumento de fixação do prego na parede para a afixação do quadro. O objetivo da utilização do martelo não é o “ato de martelar” em si, nem o dispêndio de energia e de tempo com tal ato, mas a fixação do quadro na parede, para que se exponha o seu conteúdo. Mas o martelo não modifica o quadro, nem o quadro altera a essência do martelo. O mesmo não se pode dizer do processo em relação ao seu mérito. Ele não é um simples método de aplicação do direito objetivo, mas um modo de constituí-lo no caso concreto, já que o processamento das causas é impregnado de cultura. Basta pensarmos nos conflitos entre direitos fundamentais, que não encontram solução em regras, mas em princípios jurídicos. É o que acontece nos litígios que envolvem o direito à vida *versus* o interesse público, como nos casos de fornecimento de medicamentos pelo Estado a um determinado cidadão; ou entre a liberdade de expressão e a liberdade de credo religioso. Fala-se no sopesamento de princípios colidentes entre si, situação em que um deles não é excluído em relação ao outro para que se chegue à solução de um caso concreto. Muito pelo contrário, ambos coexistem e caberá ao julgador fazer com que um prevaleça/prepondere sobre o outro, o que só poderá ser aferido no caso concreto, e nunca abstratamente². Esta técnica difere da utilizada quando duas regras se chocam, caso em que o juiz deverá considerar uma delas aplicável à causa, em detrimento da outra, que será excluída naquela circunstância.

Existe, ainda, a escassez de recursos (financeiros, naturais etc.) como elemento caracterizador da sociedade (pós-)moderna. A limitação de verbas para a saúde, segurança etc. demonstra que o legislador, o administrador e também o juiz estão diante de escolhas ou decisões trágicas³: não tendo como atender a todos, o agente investido de poder, terá que optar em prol de alguns e em detrimento de outros.

2. Ronald Dworkin (2002) ensina que o conflito de regras antinômicas se dá pela exclusão da aplicabilidade de uma destas regras ao caso concreto, ao passo que o conflito entre princípios se resolve de outra forma: eles devem ser sopesados. Não deve haver a exclusão de um ou de outro, mas ambos convivem, dando-se maior relevância a um deles, na particularidade de cada caso.
3. Expressão utilizada por Gustavo Amaral (2001) em “*Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*”.

O risco de conceber o processo como instrumento, ou de reduzir a expressão “instrumentalidade” à idéia de método de aplicação do direito objetivo num caso concreto, é emprestar uma aparência de prévia existência do direito em uma determinada situação concreta, e de uma única solução “correta” para aquele conflito, talvez em prol de uma confortável ilusão de segurança jurídica.

No entanto, a aplicação do direito acontece sempre por meio de um método criativo e, assim, constitutivo. O direito objetivo só pré-existe ao processo em termos gerais e abstratos. Ele não está “objetivado” no conflito específico senão após o trânsito em julgado da decisão de mérito, como passaremos a demonstrar, à luz da teoria dos sistemas e da hermenêutica fenomenológica.

2. COMPREENSÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À LUZ DA HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA

A concepção de “objetivação” do direito no caso concreto e do processo como simples método de sua aplicação parece lastrear-se na epistemologia metodológica defendida por Emilio Betti⁴. Para ele, a investigação do método é o ponto central da hermenêutica, possibilitando a intelecção da coisa a ser perquirida na sua “objetivação”. O seu raciocínio funda-se na escolha do método adequado para aferir a “essência” do objeto investigado. Encontrada tal técnica, a sua aplicação seria objetiva e permitiria alcançar a “verdade”, numa concepção cartesiana. Se o sujeito não alcançasse o “correto sentido” do objeto da investigação, a falha estaria na adoção do mecanismo de conhecimento.

A esta linha de entendimento contrapõe-se o pensamento de Hans-Georg Gadamer, que abraçou a filosofia fenomenológica de Heidegger (1988). Para eles, a compreensão, a interpretação e a aplicação constituem uma atividade única e inseparável, pela fusão do horizonte do intérprete com o horizonte do que se quer compreender, num contexto histórico, mediante a tradição. Compreender, interpretar e aplicar são atividades volitivas, dotadas de prévias escolhas subjetivas, e, por isso, mesmo valorativas.

O processamento e o julgamento de uma causa é exercício de poder e não está livre de aspectos culturais e ideológicos. Assim, o processo não é um mero instrumento para *dizer* o direito no caso concreto, que sequer existiria anteriormente, se houver conflito. Ele só acontecerá (só será produzido) *no* processo e *pelo* processo, que consiste num elemento integrativo na criação da norma jurídica concreta.

4. BETTI, Emilio. *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*. Madrid, ERDP.

Esta concepção perpassa pelo abandono do racionalismo cartesiano e a adoção de um modelo fenomenológico.

Em texto sobre hermenêutica, Alfredo Emanuel Farias de Oliveira⁵ explica que, para o racionalismo cartesiano, o método é considerado como o meio adequado para conhecer um dado objeto, alcançando “a verdade”. Nesta linha, os elementos extrínsecos ao objeto devem ser afastados pelos processos metodológicos, possibilitando uma abordagem objetiva e controlada por um sujeito aparentemente autônomo. Emilio Betti, na tradição de Dilthey, defende a distinção sujeito-objeto, pretendendo “dar-nos uma teoria geral do modo como ‘as objectivações’ da experiência humana podem ser interpretadas; defende veemente a autonomia do objecto de interpretação e a possibilidade de uma ‘objectividade’ histórica na elaboração de interpretações válidas” (PALMER, 1969, p. 55).

O esforço pela “objectivação” e a crença na existência de uma suposta “metodologia adequada” estão diretamente relacionados ao conceito de segurança e validade enquanto elementos estáticos. Partindo da premissa de que a coisa a ser conhecida guarda uma objectividade em si mesma, que independe do intérprete, retira-se a subjectividade do ato intelectual e busca-se estabelecer o modo, o método (ou um corpo de métodos) para conhecê-la de maneira válida⁶. A clara separação entre o intérprete e o objeto faz com que o método ocupe a posição central da atividade intelectual.

Abandonando a metafísica dogmática de Emilio Betti, que toma a interpretação e a compreensão como processos distintos, envolvendo sujeito e objeto mediados por modos de significação, Hans-Georg Gadamer propõe uma hermenêutica filosófica sustentada na união entre a interpretação, a compreensão e a aplicação, num trinômio indissociável da atividade interpretativa.

Dando seqüência à teoria ontológico-existencial da compreensão de Martin Heidegger (1988), Gadamer concebe a compreensão como um fenômeno histórico, dialético e lingüístico, fundado na unidade da identidade e da diferença, através de uma relação dialógica entre o intérprete e o texto (objeto), com perguntas

5. OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *Traços Fundamentais de uma Teoria da Experiência Hermenêutica*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.desembargadora.com.br/pages/arquivos/hermeneutica.doc>>. Acesso em: 20/07/2004.

6. “Betti de modo algum pretende omitir da interpretação o momento subjectivo ou mesmo negar a sua necessidade em toda a interpretação humana. Mas o que pretende afirmar é que, qualquer que seja o papel da subjectividade na interpretação, o objecto mantém-se objecto e podemos tentar fazer dele e realizar com ele uma interpretação objectivamente válida. Um objecto fala, e pode ser ouvido de um modo correcto ou incorrecto, precisamente porque nele há um significado objectivamente verificável” (PALMER. Op. Cit. pp. 64-65).

e respostas que se completam em meio à influência da tradição. Neste diapasão, a compreensão é sempre um fenômeno histórico, dialético e lingüístico.

O elemento principal da compreensão se desloca da formulação e da identificação do aparato metodológico, como advoga Betti, para situar-se no encontro entre o sujeito e o objeto a ser compreendido. Toda compreensão ocorre na dialética entre os “pré-conceitos” do intérprete (suas antecipações) e a alteridade da coisa⁷. Neste sentido, os conceitos prévios consistem num juízo que auxilia na compreensão do objeto, mas que também o recria (ou que o cria antecipadamente, para, simultaneamente confirmá-lo a partir da alteridade). O intérprete conhece, mas, ao valer-se de seus juízos prévios, participa subjetivamente do conhecimento, (re)criando o próprio objeto.

Esta teoria ainda se baseia na *tradição*, considerada como o “pré-conceito”, o reconhecimento, pela própria razão do intérprete, de seus limites, e da existência e validade de uma perspectiva mais adequada, uma herança histórica, que define as instituições de uma comunidade⁸.

A hermenêutica consistiria exatamente na intermediação entre a tradição e a razão subjetiva, amalgamando passado e presente⁹. Em uma expressão: dá-se a *fusão de horizontes*, que ocorre no ato da compreensão, alargando o horizonte do intérprete ao integrá-lo com outro horizonte – o da “história efetual”.

O intérprete (que busca conhecer) também cria a coisa a ser conhecida, integrando-lhe com a sua carga pré-compreensiva, alicerçada na tradição. Existe aí uma experiência dialética que proporciona o “novo conhecimento” a partir do “conhecimento inicialmente considerado”, da “pré-compreensão”, o

7. Explica Alfredo Emanuel Farias de Oliveira (Op. Cit.): “É necessário deixar que o texto diga alguma coisa por si, a alteridade do texto é uma necessidade imediata”. E o próprio Gadamer (*Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis, Vozes, 2003. p. 390): “Também aqui se confirma que compreender significa em primeiro lugar ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com essa mesma coisa. A partir daí determina-se o que pode ser realizado como sentido unitário e, com isso, a aplicação da concepção prévia da perfeição”.
8. “Desse modo, o sentido da pertença, isto é, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico, realiza-se através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. Aprender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala” (GADAMER. 2003, p. 390).
9. “Essa posição intermediária onde a hermenêutica deve ocupar seu posto mostra que sua tarefa não é desenvolver um procedimento compreensivo mas esclarecer as condições sob as quais surge compreensão. Nem todas essas condições possuem o modo de ser de um “procedimento” ou de um método, de modo que quem as compreendesse poderia aplicá-las por si mesmo; essas condições devem ser dadas” (GADAMER. 2003. p. 391).

que também evidencia ao próprio intérprete o seu “prévio conhecimento”¹⁰. A compreensão acontece no tempo e o texto consiste num acontecimento atualizado na compreensão.

Assim, interpretação e compreensão constituem um processo unitário, inexistindo distinção entre elas, já que, para compreender um determinado objeto, o sujeito precisa, necessariamente, interpretá-lo, a partir de suas pré-compreensões e da tradição.

Além disso, o intérprete posiciona-se ativamente na cognição. Ao compreender também valida o objeto¹¹. Não há como realizar atividade intelectual sem aplicá-la.

Deve-se acrescentar, ainda, que, na concepção de Gadamer, o aspecto lingüístico é inerente à compreensão. A compreensão da existência só acontece na compreensão da própria linguagem. Daí falar-se que a compreensão e a interpretação também são sempre aplicação¹².

10. Alfredo Emanuel Farias de Oliveira afirma que a intertemporalidade (presente e passado) é inerente e essencial ao processo de compreensão, formando uma consciência histórica, elemento de grande significação no fenômeno da compreensão (2003).
11. “A distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva acaba cindindo definitivamente o que claramente é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto. É completamente errôneo fundamentar a possibilidade de compreender textos na pressuposição da ‘congenialidade’ que uniria o criador e o intérprete de uma obra. (...) Ao contrário, nós somos capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala. A hermenêutica, no âmbito da filologia e da ciência espiritual da história, não é um ‘saber dominador’, isto é, apropriação por apoderamento; antes, ele se submete à pretensão dominante do texto. Mas quem fornece o verdadeiro modelo para isso é a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica. A interpretação da vontade jurídica e da promessa divina não são evidentemente formas de domínio mas de serviço. Essas interpretações, que incluem aplicação, estão a serviço daquilo que deve valer. O postulado é, pois, que também a hermenêutica histórica deve realizar o trabalho da aplicação, pois também ela serve à validade de sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância temporal que separa o intérprete do texto, superando assim a alienação de sentido que o texto experimentou” (GADAMER. 2003. p. 410-411).
12. Em sua “Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito” (3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. pp. 193-194), Lenio Luiz Streck explica: “A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica. *Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem.* Por isto vai dizer, mais tarde, na *Carta sobre o Humanismo*, que a linguagem é a casa (morada) do ser e que nela mora o homem, que é o curador do ser. Aliás, como bem complementa [Manfredo Araújo de] Oliveira [em sua obra *Reviravolta lingüístico contemporânea*], “*se a linguagem é a casa do ser, então ela é a nossa morada, porque somos ser-no-mundo; nossa compreensão do mundo é, sempre, lingüisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós*”. A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, *condição de possibilidade*. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é

Como visto, a compreensão, a interpretação e a aplicação acontecem *na* linguagem e *pela* linguagem, numa única atividade, com a fusão de horizontes do intérprete, a partir de sua pré-compreensão, e da alteridade, num contexto temporal, considerando-se, para tanto, a tradição. Formada a compreensão, o processo continua, em direção a uma nova compreensão. Eis o “círculo hermenêutico” a que Gadamer se refere.

Embora tal processo interpretativo seja denominado de “círculo”, a figura geométrica não é apropriada. Se fosse um círculo, o intérprete voltaria ao ponto de origem. Ao percorrer o caminho acima descrito, a sua compreensão (e ele mesmo) já não é mais a mesma que havia anteriormente (quando havia a “primeira” pré-compreensão). Trata-se de uma nova compreensão, que funcionará como pré-compreensão para um novo processo de compreensão. Portanto, não há retorno ao ponto inicial, mas ida a um novo ponto, o que equivaleria à figura de uma espiral¹³.

3. O DIREITO COMO AÇÃO COMUNICATIVA E A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DOS SISTEMAS

No tocante ao Direito, fenômeno que só existe enquanto situação social, envolvendo necessariamente uma situação intersubjetiva e de poder, cumpre ressaltar que a compreensão e a interpretação só ocorrem *na* linguagem, numa ação comunicativa entre os partícipes de uma comunidade. A experiência jurídica só *existe na* comunicação e *através da* comunicação. A atividade dos advogados, juízes e promotores é interpretação, aplicação e comunicação a um só tempo.

pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo.

13. “Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto. Essa descrição é, de certo, um resumo grosseiro: o processo descrito por Heidegger de que cada revisão do projeto prévio pode lançar um outro projeto de sentido; que projetos conflitantes podem posicionar-se lado a lado na elaboração, até que se confirme de modo mais unívoco a unidade de sentido; que a interpretação começa com conceitos prévios substituídos depois por conceitos mais adequados. Em suma, esse constante projetar de novo é o que perfaz o movimento semântico de compreender e de interpretar. Quem procura compreender está sujeito a errar por causa das opiniões prévias, que não se confirmam nas coisas elas mesmas. Dessa forma, a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, isto é, usar hipóteses que só devem ser confirmadas ‘nas coisas elas mesmas’. Aqui não há outra ‘objetividade’ além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido afirmar que o intérprete não vai diretamente ao ‘texto’, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, põe à prova, de maneira expressa, a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, o que significa, sua origem e sua validade” (GADAMER, 2002, p. 75).

Tércio Sampaio Ferraz Junior (1997, p. 58-60) explica:

Retomemos, pois, o ponto de vista da teoria da comunicação, anteriormente esboçado, segundo o qual a comunicação social ocorre entre dois comunicadores, que são ao mesmo tempo emissores e receptores. A essa relação, nos parece, refere-se Miguel Reale, ao reconhecer na “bilateralidade” uma qualidade de toda ação humana social. Esta – diz ele – dirige-se sempre a um “alter”; daí também o uso da expressão “alteridade”. Em princípio, sendo o discurso jurídico uma ação social, ele é, nesses termos, uma relação “bilateral” *entre outras*. Vale dizer, o conjunto das ações sociais constitui o seu “mundo circundante” e, pois, o limite externo da sua “situação comunicativa”. O limite interno vai ser fornecido, por sua vez, pela capacidade da situação comunicativa de gerar sua própria história. Gerar sua própria história significa diferenciar seu próprio comportamento, em referência à História mais complexa do seu “mundo circundante”, na medida em que todo e qualquer comportamento que entra para a situação comunicativa é uma contribuição que a limita, isto é, exclui, possibilita, assegura outros comportamentos discursivos.

A constituição de uma história permite, assim, a determinação da estrutura da situação comunicativa, que se manifesta expressamente por regras de relevância e irrelevância, permissão e proibição de agentes e de temas, tradução e determinação do que atrapalha a situação e do que deve ser feito para evitar-se essa perturbação. A configuração de uma situação comunicativa discursiva ocorre, pois, pela ação dos seus participantes em termos de *mútuo entendimento*. Isso dá à situação uma certa “ordem”, não apenas no sentido espacial, mas também temporal: *quando* alguém deve falar, *quando* pode falar etc. Numa situação comunicativa discursiva, como numa relação amorosa, para valer-nos de um exemplo de Luhmann, nem tudo é permitido logo de início. A constituição de uma história, em termos da situação comunicativa discursiva não é um simples *resíduo* de ações historicamente repetidas (ritual), nem a simples formalização de ações possíveis (previsão), mas um comportamento em que cada partícipe é sempre *parte*, isto é, alguém que traz, em princípio, consigo a carga da sua personalidade historicamente constituída e assume, no mútuo relacionamento, um determinado *papel* (função sintomática e função de sinal do discurso). Assim, a situação comunicativa se limita internamente também na forma de regras de atribuição e de diferenciação de papéis. Com isso é possível determinarem-se diversas reações avaliativas dos partícipes: cooperativas, contestativas, indiferentes etc. com a conseqüente qualificação do objeto do discurso e seu controle (função estimativa do discurso). Assumimos, assim, que as partes, na situação comunicativa, estão motivadas, isto é, têm, em princípio, interesse pelo que se diz, certeza de que algo vai ser alcançado e incerteza sobre o que será alcançado.

Contudo, não se trata de uma aplicação qualquer, mas particularizada, com uma determinada ordem e características próprias:

Vejamos, agora, o que temos de fazer para entender uma situação comunicativa discursiva como jurídica. Em primeiro lugar, observamos que, enquanto nas situações comunicativas sociais em geral a comunicação se dá entre dois comunicadores, ambos dotados, ao mesmo tempo, da capacidade de emitir e de receber informações, vale dizer, de perguntar e de responder, em certas situações comunicativas

é atribuída ao receptor (qualquer um dos comunicadores) a faculdade de *exigir* a informação. “Exigibilidade”, para usar um termo de Miguel Reale, significa, em nossa análise, uma regra segundo a qual, dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renuncia, voluntária ou involuntariamente, ao papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado. Ora, a “exigibilidade” muda a função sintomática e a função de sinal do discurso. As ações lingüísticas deixam de ser mera expressão subjetiva dos comunicadores, ganhando, igualmente, as suas reações uma certa “coordenação objetiva” que liga os comunicadores entre si, ao mesmo tempo em que lhes confere esferas autônomas de ação: obriga-os e, ao mesmo tempo, confere-lhes poderes.

Entendemos que a “exigibilidade” tem, além disso, um outro efeito. Ela amplia a situação comunicativa social, acrescentando-a de mais um comunicador: o árbitro, o juiz, o legislador, mais genericamente, a norma. A situação comunicativa torna-se, assim, *triádica*. Nesta, o terceiro comunicador pode ocupar diversas posições comunicativas. Ele pode assumir uma posição hierarquicamente igual à dos outros dois, isto é, como aqueles, ele é também, ao mesmo tempo, receptor e emissor (*jus dispositivum*); uma posição hierarquicamente superior, na medida em que ele apenas emite, tornando-se os outros partícipes “meros” receptores, mas não necessariamente absolutamente passivos (*jus cogens*); finalmente, uma posição de puro emissor, sem que os outros partícipes percam a sua posição de emissores e receptores, os quais continuam a exercê-la graças à intervenção do terceiro comunicador (formas mistas). Por outro lado, entre os comunicadores primitivos ocorrem dois tipos fundamentais de relação, conforme haja reciprocidade entre eles – ambos emitem e recebem concomitantemente –, caso em que temos uma relação do tipo “contratual”, ou não haja reciprocidade, relação do tipo “institucional”, na distribuição da capacidade de emitir e de receber, dando origem a relações de “coordenação” (as que ocorrem entre os sócios de uma sociedade anônima), de “subordinação” (entre o fisco e o contribuinte) e de “integração” (entre marido e mulher, pais e filhos, na comunhão familiar). (FERRAZ JUNIOR, 1997, p. 60-61)

Essa comunicação particularizada não decorre somente dos meios previamente estabelecidos, mas também da atuação de cada sujeito envolvido, como explica Niklas Luhmann (1980, p. 58-59):

É-lhes [aos procedimentos] atribuída a seletividade duma comunicação. Ela empresta-lhes o sentido, (não como a cópia fiel dum modelo existente), e os participantes reagem com uma escolha de comportamento, não por ação de alavancas pré-estabelecidas, mas antes pela informação sobre as capacidades de seleção dos outros; isto é, reagem não apenas às possibilidades escolhidas, como também às possibilidades eliminadas por esse meio, que se mantêm no horizonte da existência do procedimento como uma possibilidade negada. Assim o procedimento decorre como uma história da decisão, em que cada decisão parcial dum só participante se torna um fato, para que estabeleça premissas de decisão para os outros participantes e assim estruture a situação geral, que não aciona mecanicamente.

Com um aporte da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, não podemos olvidar que o ordenamento jurídico consiste num sistema aberto, inserido num sistema

social. Assim, o direito objetivo pode ser considerado como uma primeira redução da complexidade do sistema social¹⁴, ao passo que a sua aplicação ao caso concreto consiste numa segunda etapa de redução. A riqueza de condutas da sociedade passa por uma tentativa de previsão jurídica pelo legislador ao estabelecer as regras de comportamento para a obtenção de vantagens, de “bens da vida”. Ocorre que esta intenção de sistematizar não consegue retratar, à exatidão, a plethora de comportamentos dos membros da sociedade, considerados no plano fático. O legislador, então, os categoriza no direito objetivo, de maneira abstrata e geral.

De um lado, é possível que, na convenção social, os integrantes do grupo entendam que as condutas concretas estejam alinhadas a tais reduções, caso em que não há conflito e que um determinado direito se concretiza no consenso acerca da sua existência e modo de aplicação entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica. Haverá uma segunda redução por espontaneidade.

Mas também pode acontecer de os sujeitos pensarem que certa conduta não esteja harmonizada às normas gerais. Nesta situação, surge a necessidade de criação de uma norma concreta, com a finalidade específica de regular aquele comportamento ou declarar-lhe a (i)licitude. A redução, então, alcança um segundo grau, sendo necessário estabelecer técnicas que permitam que a conduta do caso concreto litigioso

14. Clarissa Eckert Baeta Neves e Fabrício Monteiro Neves (2006, p. 191-192) explicam o conceito de complexidade adotado por Luhmann: “Neste contexto, complexidade significa a totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias: algo é complexo, quando, no mínimo, envolve mais de uma circunstância. Com o crescimento do número de possibilidades, cresce igualmente o número de relações entre os elementos, logo, cresce a complexidade. O conceito de complexidade do mundo retrata a última fronteira ou o limite último extremo. Sendo que é possível, só é possível no mundo. Essa complexidade extrema do mundo, nesta forma, não é compreensível pela consciência humana. A capacidade humana não dá conta de apreensão da complexidade, considerando todos os possíveis acontecimentos e todas as circunstâncias no mundo. Ela é, constantemente, exigida demais. Assim, entre a extrema complexidade do mundo e a consciência humana existe uma lacuna. E é neste ponto que os sistemas sociais assumem a sua função. Eles assumem a tarefa de redução de complexidade. Sistemas sociais (...) intervêm entre a extrema complexidade do mundo e a limitada capacidade do homem em trabalhar a complexidade. Esta abordagem dos sistemas sociais, com a função de redução da complexidade do mundo, na medida em que excluem possibilidades e selecionam outras, é desenvolvida por Luhmann na sua obra “Sistema Social”: esboço de uma teoria geral (...), que deu início à grande virada teórica ao tratar os sistemas não mais como “uno”, como um todo resultado da soma das partes, mas como diferença. O sistema define-se por sua diferença com relação ao entorno. O sistema que contém em si sua diferença é um sistema autopoietico, auto-referente e operacionalmente fechado e que se constitui como tal, reduzindo a complexidade do entorno. Se, de um lado, os sistemas sociais operam para a redução da complexidade, por outro, eles também constroem sua própria complexidade. Para que isto aconteça, o sistema precisa fechar-se operacionalmente em relação ao entorno, produzindo seus próprios elementos, (autopoiesis) operando, assim, a construção de sua própria complexidade. E, sem dúvida, é neste processo que ocorre a evolução. A constituição de sistemas é resultado, pois, da redução de complexidade do mundo, através de uma operação de distinção entre o que é sistema e o que é entorno. A relação entre sistema e entorno caracteriza-se pela diferenciação de graus de complexidade. O entorno é, como se viu, sempre mais complexo que o sistema: engloba todas as possíveis relações, os possíveis acontecimentos, os possíveis processos. A diferenciação entre sistema e entorno ocorre quando o sistema passa a atuar seletivamente”.

seja analisada à luz da categorização geral e abstrata, comparando-as entre si por meio de regras processuais.

Todo sistema social, para que seja considerado como tal, pressupõe a utilização de critérios de relevância, que faz com que dados importantes sejam destacados e processados internamente, gerando várias alternativas de atuação. Existe, portanto, uma força interna que regula esta seleção dos aspectos relevantes: o sentido, que terá o papel de definir os limites do sistema. Uma convenção sobre um sentido faz com que os sujeitos concordem acerca da organização interna do sistema. Mas também é necessário pensar na hipótese de não haver tal consenso, caso em que os limites do sistema não estarão ajustados. O sentido, então, precisará apoiar-se em outros fatores como normas, valores, metas, enfim um conjunto de elementos que crie uma ordem de preferências de um sistema social, um complexo de mecanismos reguladores constituído simbolicamente e com sentido. Surgem aí diversos sistemas (religiosos, morais etc.), entre os quais está o jurídico. Como todo sistema, o ordenamento jurídico também guarda em si uma complexidade interna, que consiste em suas próprias categorias, seus mecanismos de criação, de interpretação, de exclusão, de comparação, de sopesamento, de revogação etc. Trata-se de sistemas não-triviais, que têm a capacidade de reflexão, ou seja, de elaborar internamente um modelo do seu meio e uma identidade própria. Sendo assim, o sistema também tem a capacidade de definir e redefinir internamente o que é o sentido, que depois se torna a base da seleção para redução da complexidade do meio e da contingência interna. Sistemas sociais são assim constituídos por sentido e constituem sentido ao mesmo tempo.

O sistema opera de maneira seletiva, tanto no plano das estruturas como no dos processos: sempre há outras possibilidades que se possam selecionar quando se busca uma ordem. Justamente porque o sistema seleciona uma ordem, ele mesmo se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos (LUHMANN, 1996, p. 137).

Todo este raciocínio aplica-se tanto no campo do direito objetivo, com a criação e a recriação (ou a alteração da significação) de normas gerais e abstratas, como no desenvolvimento de uma causa, com as várias possibilidades e rumos que cada processo pode tomar, embora regulados de forma idêntica, do ponto de vista geral. Estas normas abstratas fornecem os limites que podem ser preenchidos pelos partícipes do processo judicial¹⁵. As normas processuais abstratas consistem, portanto, numa

15. De forma mais ampla, leciona Walber de Moura Agra (2008): “O procedimento não tem o seu desenvolvimento estabelecido por um mecanismo próprio, determinado *a priori*, mas através de decisões seletivas de seus participantes, que vão de acordo com suas expectativas eliminando as alternativas apresentadas por meio de suas decisões, no que, paulatinamente, reduzem a indeterminação do sistema. Os seus participantes não são obrigados a tomar decisões compulsórias, pois elas vão sendo estabelecidas por suas próprias vontades e em consequência daquelas que foram tomadas pela parte contrária. Essa liberdade do sistema jurídico permite que as partes possam formular críticas e alternativas e mantê-las em suspenso por algum tempo. Não que a possibilidade de escolha de modelos comportamentais possa estorvar o conteúdo deontológico, que deriva das normas jurídicas. Estas são predeterminadas e permanecem

primeira redução de complexidade, ao passo que o processo propiciará a formação de uma norma concreta, numa segunda redução.

A estrutura de um sistema de procedimento é, primeiramente, delineada por normas jurídicas gerais, válidas para diversos procedimentos. Estas normas não constituem, porém, o procedimento propriamente dito e uma justificação por recurso a elas não constitui a legitimação pelo procedimento. Contudo, elas reduzem a tal ponto o número ilimitado de formas possíveis de comportamento, que se torna possível, sem incômodas discussões prévias sobre o sentido e finalidade duma reunião, por procedimentos individuais em movimento como sistema, definir a sua temática e os seus limites e tornar os participantes conscientes disso. (...)

Desta forma o processo jurídico individual se torna uma matriz de acontecimentos possíveis que só se podem realizar dentro deste processo, por causa dos seus teores significativos específicos. (LUHMANN, 1980, p. 40-41)

Assinala Walber de Moura Agra (2008) sobre o assunto:

Ao alicerçar-se na autonomia dos sistemas e na estrutura comportamental que admite a possibilidade de escolha de modelos comportamentais, pode-se dizer que o procedimento judicial permite aos participantes a representação de diferentes “papéis” que terão que desempenhar, vinculando sua própria personalidade e ocasionando relações com outros “papéis” assumidos no procedimento. Dentro de um processo judicial, há vários “papéis” que podem ser assumidos, tais como: juiz, acusador, testemunha, escrivão, réu, postulante etc., e dentro dessas representações, inúmeros interesses que podem direcionar o seu comportamento.

Assim, pode-se dizer que a representação mediante a adoção de “papéis” também funciona como uma válvula de escape para as contrariedades e ao mesmo tempo representa um importante elemento para o incremento da legitimidade das decisões judiciais. Através da participação no processo, os litigantes se tornam partícipes da decisão, vislumbrando a hipótese de direcioná-la para seus interesses. A participação no processo contribui para a formação de um sentimento de co-responsabilidade pela decisão judicial, afinal os postulantes igualmente foram artífices da sua construção. Portanto, a atuação dentro das perspectivas comportamentais e a adoção de “papéis” formam um mecanismo de imunização da sentença.

Não obstante, essa influência na hora de prolatar as decisões deve ficar restrita às disposições normativas, evitando as injunções de caráter extra-sistêmico. O juiz ao prolatar a sua decisão não pode realizá-la sob o influxo de argumentos extra-jurídicos, a isenção a estas interferências é uma condição institucionalizada para a autonomia do sistema, uma obrigação para a construção de uma decisão objetiva e imparcial, que garante a concretização do princípio isonômico.

constantes, ao alvedrio do legislador; mas ao lado dos dispositivos normativos igualmente existe uma margem para a construção de expectativas comportamentais que orientarão as decisões do procedimento. A escolha dos modelos comportamentais, dentro do espaço delineado pelas normas jurídicas, constitui também um processo de seleção, realizando uma restrição em relação às informações provenientes do meio ambiente”.

Acontece que, ao justificar a legitimação da decisão pelo procedimento, Niklas Luhmann não trata da carga axiológica inevitável à atuação judicial, como um aspecto necessário do ponto de vista funcional. Não é por outro motivo que Jürgen Habermas (1992) afirma que a legitimidade pelo procedimento, descompassada do espaço público, consiste numa auto-ilusão, com a finalidade de estabilizar o sistema, onde todas as controvérsias são esgotadas no próprio ordenamento normativo, solucionadas pelo código jurídico.

Mas, nada impede que a teoria dos sistemas de Luhmann possa ser analisada à luz de valores, e que eles sejam utilizados como base para o estabelecimento do sentido e para a criação e para a recriação das normas e dos seus significados, mas sempre dentro de limites que se impõem no grupo social. Afinal, o ordenamento jurídico é um sistema aberto e o próprio Luhmann admite um aporte valorativo, diferenciando os sistemas sociais dos pessoais:

A separação dos sistemas sociais e pessoais não pode, naturalmente, ser executada concreta e objetivamente no sentido de que ora atua o sistema social, ora o sistema pessoal. Ela também não implica isolamento no sentido duma negação de influências recíprocas. Só se quer dizer que, no sentido da atuação, existem aspectos que podem ser atribuídos, ou ao sistema social, ou ao sistema pessoal, mas não a ambos simultaneamente, e que, sendo assim, as reações têm de ser respectivamente diferenciadas (LUHMANN, 1980, p. 199).

Com efeito, aplicação do direito, seja no campo extrajudicial, seja no âmbito processual, pressupõe o exercício de poder, enquanto situação relacional inerente à inter-subjetividade:

Dada uma relação interpessoal qualquer, aí estará sempre presente um certo grau de poder. Porque impossível existir identidade de poderes em cada pólo da relação social, resulta que uma das pessoas relacionadas terá sempre um diferencial de poder a seu favor. Conseqüentemente, em termos de poder, nenhuma relação é absolutamente equilibrada. (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 47) (itálico proveniente do original)

A necessidade do exercício de poder decorre, inclusive, da escassez de bens e recursos, ao que já aludimos anteriormente:

(...) diante da *escassez* (insuficiência de bens para satisfação de todas as necessidades e desejos de todos os homens) torna-se imperioso definir quem ficará com o quê, na partilha de quanto socialmente produzido e está disponível. Por outro lado, coexistindo interdependência e escassez, impõe-se a organização da convivência social, evitando-se a irracionalidade do espontaneísmo. (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 50) (itálico existente no original)

Caracterizada a atuação do Direito como esta ação comunicativa particularizada, produzido pela atividade de compreensão, interpretação e aplicação numa dada comunidade, em determinada situação, o fenômeno jurídico será o produto desta atividade especializada e marcada pelo exercício de poder, inserido numa situação relacional.

4. O PROCESSO JUDICIAL COMO ELEMENTO INTEGRATIVO DO DIREITO

O processo judicial situa-se neste contexto. Ele consiste num fenômeno jurídico que permite a redução da complexidade da norma geral e abstrata para a criação da norma concreta, mediante a comunicação entre sujeitos, permeada pela relação de poder. Esta redução dá-se por uma atuação que é, a um só tempo, cognitiva, interpretativa e aplicativa do direito objetivo.

Se, de um lado, o processo não é um fim em si mesmo, devendo estar apto à aplicação do direito objetivo, propiciando a solução de conflitos conforme as previsões normativas abstratas¹⁶; de outro lado, não podemos concebê-lo como uma simples *aplicação* do direito objetivo (quicá do direito material), como se não integrasse o próprio direito em litígio. Não se pode esquecer que a cognição judicial forma-se pelo processo e no processo, com todas as limitações e contingências que lhe são ínsitas. As regras de direito objetivo existentes no ordenamento jurídico são gerais e abstratas. Seria ingenuidade acreditar que o juiz simplesmente utiliza o processo como um método para verificar se tais normas incidem sobre um dado caso concreto (circunstâncias fáticas), *dizendo* o direito, que já seria pré-existente ao momento processual, com se estivesse “entificado”, como se fosse uma coisa dada por si mesma. A concepção de que, numa situação de conflito, determinado direito já existe previamente, adota-se a epistemologia metodológica, pela qual o processo nada mais é do que um meio para sua aplicação, isto é, para dizê-lo, sem produzi-lo ou modificá-lo. Vale dizer: o método seria o meio de alcançar a “objetivação” do que se quer conhecer. No caso do processo judicial, o método estaria a serviço da apreensão *da* verdade dos fatos e da aplicação *da* solução jurídica, como se existisse *a verdade e a solução jurídica previamente postas*, pressupondo uma *única solução correta*. Pode surgir aí um perigoso discurso em que se traveste o exercício do poder de um caráter meramente técnico, de simples manutenção e que isenta a responsabilidade dos aplicadores.

Mas a cultura e o exercício do poder são ínsitos ao Direito, que não existe senão quando aplicado. Da mesma maneira que o desenho das notas num pentagrama não é música, mas uma redução escrita do que pessoas tecnicamente capacitadas podem decodificar e transformar em música, as conseqüências dos textos legais só existem efetivamente quando da sua aplicação.

16. Eis a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 42): “Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo*. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado)”.

Se o Direito é apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e faz-se tão essencial quanto o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. *O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito.* O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação *meio/fim*, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial. (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 68) (itálico e negrito do original)

Nesta senda, a aplicação não seria mera verificação e certificação, sem qualquer produção. É verdadeira integração.

Ao retirar o foco da escolha metodológica, a teoria do conhecimento admitiu que a compreensão e a aplicação formam-se *na* fusão entre os horizontes do intérprete e do objeto, observando-se a tradição. Neste contexto, seria impróprio acreditar que o processo judicial seria o método pelo qual o juiz (intérprete-aplicador) alcançará *a verdade*, dizendo *a solução jurídica previamente existente* para o caso concreto, como se a atividade processual não interferisse e não integrasse o próprio direito objeto de litígio.

Com efeito, o magistrado formará sua compreensão *no* processo, *pelo* processo e *a partir do* processo judicial, e, ao fazê-lo, cria uma norma jurídica (sentença) que operará seus efeitos, só aí produzindo conteúdo, anteriormente inexistente.

Ontologicamente, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é o *sentido e significação* que se empresta a determinados atos dos homens, para que seja atendida uma específica função socialmente imprescindível. Daí afirmar, com propósito de causar impacto, que *o direito não existe como objeto material*. E isso afirmamos para conscientizar as pessoas de que o direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico), só existindo *depois de produzido*, representado, sempre, pelo *resultado* do agir comunicativo dos homens, um que fazer setorial no fazer comunicativo global, que é a sociedade.

(...) Usamos, para facilitar a compreensão, o exemplo da música. Quem a compõe, só pode entificá-la quando a traduz em sons, para seu ouvida, ou em signos musicais, na partitura, para ser executada. Mas essa partitura não é música, dela nenhuma melodia se pode extrair ou com ela nenhuma melodia pode ser produzida, salvo se um músico traduzir em sons o que está apenas posto no papel em termos de notações musicais. Mas a melodia só existirá, como melodia, enquanto executada pelo instrumentista ou entoada pelo cantor e, logo que façam soar a última nota, não mais haverá melodia. Aqui, *o produto* não subsiste, dissociado do processo de sua produção e do produtor.

(...) No tocante ao direito, um produto do operar comunicativo do homem (ação, no sentido de Hannah Arendt dá a este termo), as coisas se passam à maneira como

se passam com a música. E é em razão disso que afirmamos *inexistir* o direito sem prévio processo de sua produção e dissociado dele e de um querer humano. Porque o *sentido* que os homens dão a determinados acontecimentos não é algo que adere nem integra a coisa ou o acontecimento, enquanto pura materialidade, pelo que só pode se revestir de efetividade e ser operacional enquanto internalizado ou imposto por alguém, que o atualiza e lhe dá realidade, o que, de certo modo, é *produzi-lo*. (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 11-12).

O objetivo do processo judicial é solucionar um determinado conflito intersubjetivo, prolatando uma sentença que venha a operar efeitos jurídicos, analisando uma dada situação fático-histórica à luz do ordenamento e mediante exercício de poder.

Este conflito pode se originar “de fatos” ou “de direito”. Na primeira hipótese, as partes envolvidas num litígio não concordam quanto às circunstâncias fáticas, quanto ao evento histórico havido entre elas, ao passo que, na segunda, podem até mesmo concordar sobre tais situações, mas discordam sobre a “incidência da norma de direito objetivo” sobre aqueles fatos. O cerne da questão passa a ser o “entendimento jurídico”. Eis a “causa de pedir”, que o juiz não conhece a partir do próprio evento histórico, mas somente a partir dos relatos das partes, das provas e da sua pré-compreensão jurídica, que, ao longo do processamento da causa, vai somar-se à compreensão apresentada por cada uma das partes, na defesa de suas respectivas teses jurídicas. O resultado de toda esta comunicação irá alterar a compreensão do magistrado e das próprias partes ao longo do trâmite processual, até o seu fim, sempre num contexto relacional. O primeiro relato que lhe chega é aquele exposto na petição inicial. Ao entrar em contato com esta narrativa, o juiz, desde a sua pré-compreensão, busca conhecer o que ali está dito, tentando uma fusão do seu horizonte com o da narrativa. Formará, então, uma primeira compreensão. Além da compreensão apreendida da narrativa, ele formará uma outra, que ocorre com o exame das provas que acompanham a peça vestibular. Ao receber a contestação, o julgador partirá da sua compreensão atual (apreendida da peça inaugural), fundindo mais uma vez o seu horizonte à narrativa do réu. Forma-se, então, uma nova compreensão. Na controvérsia fática, portanto, a tarefa do magistrado se desenvolverá com a formação de diversas compreensões que se sucedem. Sob um aspecto, acerca dos relatos das partes. Sob outro aspecto, nas compreensões que confirmam ou negam tais relatos, com a sucessiva fusão da sua compreensão gradativamente atualizada com os horizontes das provas.

Até que, em um dado momento, cessa a possibilidade de se lhe apresentarem horizontes de novos objetos (alegações e provas), devendo ele alcançar uma última compreensão. O encerramento destas etapas corresponde ao sistema de preclusões, que é estipulado pelo legislador, por critérios não somente jurídicos, mas também políticos, tendo em vista a limitação do ser humano no tempo e a necessidade de solucionar o conflito dentro de um certo lapso temporal. O processo não pode dilatar-se indefinidamente. Note-se que, no plano puramente cognitivo, o magistrado poderia

continuar indefinidamente colhendo provas e alegações para se assegurar, cada vez mais, das circunstâncias envolvidas no caso que lhe foi submetido. No entanto, o processo não cumpriria sua função de pacificação social. Reside aí uma escolha política do legislador, que estabelece um “ponto final” para a alegação de fatos, para a produção de provas, para o exame e o reexame de fatos e de provas¹⁷, para a interpretação da lei local. Neste(s) momento(s), a atividade jurisdicional cessa ou sofre redução. Embora ela tenha como meta o alcance da *segurança com justiça*, passa a prevalecer o valor *segurança* ao valor *justiça*. O processo há de ser organizado e limitado para atingir o escopo de solver o litígio, atribuindo a esta solução o caráter da imutabilidade.

Isso não quer dizer que as partes e o julgador não devam preocupar-se com o alcance da justiça. A segurança deve coexistir com a ética. Eis aí um dever dos atores processuais que deve ser perseguido mesmo dentro das limitações e contingências do processo. O que se faz, *no* processo e *através* do processo, é convencimento. O juiz busca estar convicto (formar sua compreensão) e as partes buscam convencê-lo, já que é isso que as limitações humanas permitem, ainda mais quando restritas pelas contenções do próprio processo¹⁸, no que diz respeito ao tempo (ele não poderá se estender indefinidamente) e à forma (existem regras e presunções que definem como o juiz deve considerar os fatos de acordo com o comportamento das partes, além da limitação quanto aos meios de prova e de manifestação, por exemplo). A comunicação entre os sujeitos do processo é, portanto, limitada, mas voltada aos valores éticos.

Convencer-se é aceitar a verdade de alguma coisa, ter algo como suficiente para a certeza (relativa) que precisamos ter para tomar determinada decisão, para agir. No caso do juiz, a certeza que dele se exige para sentenciar tem sua especificidade: a exigência de seu pronunciamento em favor de um dos litigantes, sem que lhe seja dado afirmar a impossibilidade de decidir, somada à circunstância de que seu poder de investigar os fatos é limitado, tanto em termos de meios de sua verificação como de tempo para isso. Daí ser a certeza de que o juiz dispõe para decidir uma certeza de natureza mais formal que substancial. Ainda quando o Direito tenha um compromisso ético e político com a chamada *verdade real*, a exigência da efetividade da regulação social por ele instituída, com vistas a assegurá-la, impõe

17. Vide a Súmula 7 do STJ, que veda o reexame de fatos e de provas em recurso especial.

18. O processo é um *fenômeno-índice*, já que é um fenômeno em que se descreve outro fenômeno, ou, melhor dizendo, uma representação do *fenômeno histórico* havido entre autor e réu extrajudicialmente, como explica Ernildo Stein (2001, p. 164): “O fenômeno índice pode ter quatro sentidos. Primeiro ele é o anúncio daquilo que não se manifesta. Todos os sintomas, símbolos, indicações e apresentações possuem a estrutura fundamental formal do fenômeno-índice nesse primeiro sentido. Em segundo lugar é o anúncio enquanto ele próprio é um fenômeno – aquilo que, na sua manifestação, indica o que não se manifesta. Em terceiro lugar fenômeno-índice pode ser usado para designar o sentido autêntico do fenômeno, entendido como manifestação de si. Em quarto lugar fenômeno-índice pode ter o sentido de puro fenômeno. Isto acontece quando o anúncio fenomenal, que, na manifestação de si, indica o não-manifesto, é alguma coisa que surge ou emana do não manifesto de tal maneira que o não-manifesto é pensado enquanto aquilo que é essencialmente incapaz de manifestar-se”. Na qualidade de representação de um *fenômeno-histórico*, não há como lhe retirar as limitações na descrição deste mesmo referido fenômeno.

trabalhe o julgador com o que hoje mais adequadamente se denomina de *verdade processual*, o conjunto de informações sobre os fatos da causa existentes nos autos e suscetíveis de exame e valoração judicial (CALMON DE PASSOS, 2004, p. 38) (itálico existente no original).

O compromisso judicial do magistrado, quanto aos fatos, não é alcançar a essência do *acontecimento histórico*, mas, diante do que lhe foi exposto, do que dispõe nos fólios, aproximar-se dele e expor seu convencimento, de maneira fundamentada e racional. Tem o dever de demonstrar como chegou a *este* ou *aquele* entendimento, quais foram as operações lógicas que realizou e quais os elementos que detém para alcançá-lo. Em capítulo intitulado “Verdade e verossimilhança no processo civil”¹⁹, Piero Calamandrei afirma que todo o sistema probatório civil está preordenado não só a consentir, mas a impor ao juiz que se contente a julgar com base na verossimilhança dos fatos²⁰, e que, até para o juiz mais atento e escrupuloso, prevalece o limite fatal da relatividade da própria natureza humana: o que enxergamos é apenas uma aparência do que enxergamos. Não é verdade, mas verossimilhança: aparência (ou ilusão) da verdade²¹.

Se a compreensão final do magistrado acerca da base fática do litígio, construída a partir do conjunto probatório, coincidir com a compreensão que ele fez sobre o relato apresentado por uma das partes, então haverá uma “compreensão síntese”, que constitui uma fusão da pré-compreensão original do julgador (antes do processo), com a da narrativa da parte e com a do conjunto probatório.

Mas, se sua compreensão final, obtida a partir do objeto da prova não coincidir com a compreensão dos relatos apresentados *pelas duas partes*, então ele se deparará com um impasse: um fato alegado e não provado (compreensões discrepantes entre o conjunto probatório e as narrativas). Aplicam-se, então, as premissas de distribuição do ônus subjetivo da prova, que, no nosso sistema processual civil, tem sua regra geral nos ditames do art. 333 do Código de Processo Civil. Trata-se de regra que estabelece uma presunção relativa, isto é, de valoração jurídica para solução da discrepância das compreensões sobre os eventos históricos (relatos *versus* provas), admitindo formação de convencimento em contrário (prova em sentido oposto ao da presunção). A presunção é forma subsidiária de verificação dos fatos, de modo que o sistema prefere a busca da *verdade real* (na acepção referida anteriormente) à

19. Observa o jurista, que o referido capítulo foi publicado originariamente nos “Studi in onore di Giuseppe Valeri” (Vol. I. Milano, Giuffrè, 1955) e reproduzido na “Rivista de diritto processuale” (ano X, 1ª parte, 1955, p. 164-192), bem como no “Studi sul processo civile” (Vol. VI, p.111-139).

20. “Todo el sistema probatorio civil está preordenado, no solo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, com el subrogado de la verdad que es la verosimilitud” (CALAMANDREI, 1973, p. 318).

21. “Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el limite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad” (CALAMANDREI, 1973, p. 319)

aplicação de regra jurídica de indução. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 113) a presunção “é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”. Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 605) a conceitua como “a ilação que se tira de um fato certo, para prova de fato desconhecido. Ao mencionar os meios de prova, o art. 212 do Código [Civil de 2002] menciona a presunção. Não é, propriamente, uma prova, porém um processo lógico, por via do qual a mente tira verdade legal”. Mas a opção legislativa é de prevalência do contraditório substancial ao contraditório formal. Quando possível e permitido, prefere-se que as partes façam a efetiva demonstração do que ocorreu ao invés de permitir que o juiz decida segundo a presunção.

O enfoque deve deslocar-se da parte para o magistrado. A norma que estabelece presunção tem por destinatário o juiz. Prefixa o suporte fático sobre o qual ele assentará sua definição jurídica, autoriza-o a firmar seu convencimento com o apoio nele. Presumem-se, por exemplo, pertencer os frutos a quem é dono do principal, como se presumem legítimos os filhos havidos na constância do matrimônio. Também são presumidos verdadeiros os fatos não contestados. Em nenhuma dessas hipóteses se valorou comportamento, ou se atendeu a declaração ou manifestação de vontade expressa ou tática. Apenas se autorizou o juiz a considerar os fatos, para formar seu convencimento, como postos pelo legislador.

[...]

Um e outro dispositivo [arts. 141 e 17, II, do CPC] apontam para a necessidade de se buscar, no processo, a verdade real, afastada a falsa crença de que lhe basta a verdade formal. E essa busca da verdade real é privilegiada porque falsear os fatos é desvirtuar a ordem jurídica, porquanto se determinada conduta é efetivada coercitivamente fora dos parâmetros traçados pelo ordenamento, em seu suposto normativo, contrabandeia-se para a ordem jurídica o que ela não tutelou, deixando-se a salvo de sua incidência o que ela buscava disciplinar.

[...]

Longe de nós, convém salientar, pretende que a obtenção da verdade real seja ineliminável no processo. O que asseveramos, com a doutrina mais autorizada, é que a verdade real é o escopo em direção ao qual se move o processo, e só a também indeclinável necessidade de alcançar segurança jurídica é que lhe põe limites nessa busca, tolerando-se ocorra uma decisão alicerçada na verdade formal. Disso resulta que o intérprete e aplicador da lei deve restringir, e não ampliar, o campo de incidência das normas que sacrificam a busca da verdade real.

[...]

Como se comporta o legislador em outras hipóteses nas quais constrói, também, essa admissibilidade da verdade dos fatos alegados pelo autor, quando omisso o réu em impugná-los? No art. 302, disciplinado o ônus da impugnação específica dos fatos narrados na petição inicial, associando a seu desatendimento a consequência de serem presumidos verdadeiros os fatos não impugnados, apressa-se em esclarecer, nas exceções que oferece, a não incidência do preceito quando a

presunção de verdade estiver em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (art. 302, III).

Nem é diversa a orientação do legislador quando cuida da confissão ficta construível a partir do depoimento pessoal da parte. Diz o art. 343, § 2º, que se a parte, intimada para depor, não comparece ou, comparecendo, se recusa a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão. Acrescenta a essas mais uma hipótese – a da parte que comparece, depõe, mas silencia diante de determinadas perguntas que lhe são feitas, ou as responde com evasivas. Aqui, o comportamento do depoente autoriza o magistrado, *apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova*, a equipará-lo a quem se recusou a depor, reconhecendo tenha havido confissão ficta (CALMON DE PASSOS, 2004, p. 380-386) (itálico existente no texto original).

A valoração jurídica decorrente da presunção, como todo entendimento particularizado desta espécie, consiste numa outra compreensão/aplicação surgida da fusão do horizonte do magistrado (discrepância entre o conjunto probatório e as narrativas) com o horizonte do texto legal, produzindo “uma idéia jurídica da lei processual”.

Já no âmbito das “questões de direito”, o que se busca é a fusão do horizonte do julgador com o da norma jurídica, valendo-se de sucessivos diálogos com as teses das partes, com o próprio texto legal (horizonte do dispositivo), com o dos outros órgãos judiciários (horizonte da jurisprudência) etc. Na medida em que o magistrado se depara com uma determinada “tese jurídica”, ele partirá de sua pré-compreensão, que se fundirá com o horizonte da questão jurídica, e com os outros horizontes acima mencionados, para manter seu entendimento ou modificá-lo. Em ambos os desfechos, forma-se uma nova compreensão. Na modificação do entendimento anterior, a hipótese é mais clara, chegando a ser até mesmo óbvia. Havia uma pré-compreensão, que, submetida a certas indagações e à fusão com os outros horizontes, proporcionou uma compreensão distinta, em sentido diferente. Já a segunda situação merece um pouco mais de atenção. Embora possa parecer que não houve uma nova compreensão, podemos afirmar que ela existiu, mas no sentido de confirmar a pré-compreensão. Ocorreu o processo dialógico entre os horizontes do juiz e da “tese jurídica” que lhe foi exposta. A fim de conhecê-la, ele lhe fez perguntas e obteve respostas. No entanto, estas respostas só vieram a manter o sentido anterior. Diante disso, formou-se nova compreensão, que ratifica o entendimento anterior, mas agora com mais (ou outras) razões, já que o julgador pôs à prova a sua pré-compreensão. A hermenêutica jurídica busca o sentido da lei a partir e por força de um determinado caso concreto. Impõe-se a necessidade de que o conteúdo normativo da lei (geral e abstrata) seja determinado em função do caso dado. A necessidade do conhecimento histórico como parâmetro auxiliar da aplicação da lei surge na aferição do mencionado conteúdo da norma²². Na “questão de direito”, a tarefa do julgador, então, é atingir uma espécie

22. “É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete

de “idéia jurídica da lei” à luz do caso concreto, tendo como ponto de referência sua própria história (embora não se comporte como historiador). A tarefa do intérprete da lei é a de concretizá-la no específico caso com que se depara; existe, assim, uma complementação positiva do direito vigente, das normas abstratas. Num primeiro momento, o magistrado deve aprofundar-se em toda a concreção da situação, para, então, realizar ponderação justa, que deve levar em conta, também, os comandos normativos presentes na lei. Existe a pertença do intérprete a seu texto e também a necessidade de uma vinculação legal de todos os membros da comunidade jurídica (daí poder-se falar em segurança jurídica no Estado de Direito), pois como a Lei é reconhecidamente válida por todos, todos poderão ter a noção do alcance normativo, bem como de seus comandos.

O processo judicial, como parte integrante da justiça formal para a aplicação da lei, passa a ser visto como um momento histórico (processual), visando à concreção de comandos abstratos e a produção jurídica a partir de casos concretos.

Ocorre que o dever do Estado não é a concessão da tutela jurídica (bem da vida pretendido pelo autor), mas a prestação jurisdicional – a sentença, com ou sem resolução de mérito. Isso porque, além do evento histórico havido entre autor e réu narrado no processo (causa de pedir) e além da tese jurídica, o próprio processo também constitui um fenômeno histórico sob a mira da compreensão do magistrado. Já que o objetivo formal do processo é a prolação da sentença, enquanto produção de uma norma jurídica válida, cumpre ao juiz realizar um exercício de compreensão análogo ao do direito material para as normas processuais. Isto é, deparando-se com um determinado objeto (petição inicial, peça contestatória, meio de prova etc.), ele partirá de sua pré-compreensão sobre este objeto, para fundir seu horizonte com o da peça inserta aos autos, e formar sua compreensão sobre ela, enquanto fenômeno histórico em si. Ocorre que este evento não lhe é narrado. Ele tem a vivência do próprio *objeto*, fruindo-o diretamente. Portanto, não efetuará a fusão de narrativas (como acontece nas “questões de fato”). Antes mesmo de realizar a compreensão sobre as narrativas e o objeto da prova, ou sobre a idéia jurídica do direito objetivo que foi apresentada como questão de mérito, ele formará a compreensão sobre os fenômenos que lhe são colocados diretamente (petição inicial, meios de prova etc.). Neste sentido, cada ato processual constitui, ao mesmo tempo, um fenômeno-histórico, que alterará a pré-compreensão do juiz, formando sua compreensão no que tange à regularidade processual, e um fenômeno-índice, já que é um fenômeno que descreve outro fenômeno, uma representação do fenômeno histórico havido entre autor e réu (“causa de pedir”). Caso a compreensão que tenha de tais objetos não coincida

jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato do legislador. No entanto, ele não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei. Ao contrário, deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei” (GADAMER, 2003, p. 429).

com a sua compreensão jurídica da lei processual então prestará a jurisdição sem julgamento do mérito (haverá defeito em relação a um dos pressupostos processuais ou a uma das condições da ação). Caso contrário, prolatará sentença cujo conteúdo versará sobre a sua compreensão final (após inúmeras outras compreensões, que se sucedem) acerca dos relatos, do objeto das provas, e do entendimento jurídico (da idéia jurídica do direito objetivo).

Neste contexto, o ato de interpretar (do juiz) implica a produção de um novo texto (normativo – a sentença), mediante a adição de sentido que lhe fora dada pelo intérprete (magistrado) dentro de uma concepção dialógica. Essa adição de sentido decorre da consciência da história efetual do intérprete. A hermenêutica deve atentar para o aspecto construtivista da história, não podendo ficar limitada à intenção do autor da obra ou do primeiro significado, ao se deparar com um texto, mas considerar, sobretudo, o influxo operado no decurso da história (processo judicial).

5. CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS. INSUFICIÊNCIA DO MODELO METODOLÓGICO TRADICIONAL

A sociedade contemporânea vem assistindo a um número cada vez maior de conflitos entre princípios jurídicos. Ao contrário das contendas baseadas em regras, que se resolvem pela exclusão de uma delas e pela aplicação da outra, os litígios fundados entre princípios se resolvem pelo sopesamento em cada caso concreto²³.

No entanto, a prevalência de um princípio sobre o outro só pode ser verificada nos termos de cada conflito. Em última análise, o direito só existirá quando e se for assim reconhecido *no* processo judicial. Em outras palavras: o direito objetivo que se torna litigioso só existe no caso concreto após a proclamação judicial. Demandas desta ordem configuram conflitos de delimitação (direito à informação *x* direito à intimidade; direito à honra *x* liberdade de expressão; liberdade de credo *x* liberdade artística), nos quais o Estado deve dizer qual é o princípio que deve prevalecer, asseverando dentro de que domínio estão situados os fatos no caso concreto.

Tal situação se agrava quando as pretensões desta espécie são positivas, isto é, quando pressupõem o emprego de recursos materiais, que são escassos (por serem finitos). Surge, então, a possibilidade de um outro conflito específico: o conflito pelo emprego desses rarefeitos meios. Como esclarece Gustavo Amaral (2001), a

23. “[os princípios] possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida” (Dworkin, Ronald *apud* LIMA, George Marmelstein de. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. *Âmbito Jurídico*, fev/2002 Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0047.htm>>. Acesso em 20 fev. 2005).

competição por recursos escassos levará invariavelmente a uma escolha dramática, uma opção disjuntiva a ser feita. Nestes casos, a decisão judicial não nega o direito daquele que não foi atendido, mas também não é prospectiva, já que, surgindo meios para atender o outro necessitado, ele o será. Esta decisão é, portanto, meramente relativa e circunstancial. Imagine-se, a título de exemplo, um conflito entre a margem de discricionariedade do Poder Executivo na aplicação de verbas para a saúde, dentro dos limites orçamentários, e o direito à vida/saúde de um determinado cidadão que necessita de um tratamento médico que ele próprio não tem como custear, e pleiteia que o Estado o faça. A solução para tal conflito não afasta os critérios tradicionais de solução jurídica. Contudo, eles não são suficientes para resolver a demanda. Em tal caso, a escassez não é acidental, mas essencial, intrínseca ao sistema, razão pela qual a alocação de recursos passa a ter importância capital para o deslinde do litígio.

Além de desafiar a visão do tratamento isonômico para todos (que pode levar a um custo infactível), este exemplo evidencia que o direito ao tratamento médico (e, portanto, à saúde e, em última análise, à vida) só existirá se o magistrado assim o declarar, num processo judicial²⁴. A sentença, portanto, não se restringe a *instrumentalizar*

24. Tanto é assim que o Poder Judiciário vem proferindo decisões que ora atendem ao pleito de fornecimento de medicamentos ou de tratamentos médicos pelo Estado, e que ora negam o mesmo direito, em casos semelhantes.

Analisando o Agravo de Instrumento n.º 97.000511-3, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu pela atendimento ao direito à saúde, entendendo-o suficientemente regulado nos termos da Constituição, para obrigar o Estado a custear tratamento experimental no valor de R\$ 178 mil, de menor, vítima de distrofia muscular progressiva de origem genética. O julgado serviu de modelo para várias outras situações também relacionadas à saúde que tramitaram perante o referido Tribunal (Agravos de Instrumento n.º 2002.002048-6 e n.º 2000.025239-5, e Apelação Cível n.º 99.002748-1, por exemplo), e afirmou: “Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário como fundamento para repelir o argumento do Estado de Santa Catarina, agravante, de que a decisão que concedera a liminar violava os artigos 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal” (TJSC, AI n.º 97.000511-3, 2ª Câmara Civil, Rel. Des. Sérgio Paladino). O STF, em decisão relatada pelo Min. Celso de Melo, negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina, quanto à determinação de custear o referido tratamento nos EUA (petição n.º 1.246-1, DOU 13/02/1997), sob o seguinte fundamento: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes”. O STJ também já decidiu:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida

o direito objetivo, a confirmar um direito pré-existente. Ele só surgirá/existirá quando o Poder Judiciário assim determinar, o que demonstra que o processo atua como elemento integrativo do direito perseguido pelo autor.

porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente" (STJ, ROMS n.º 11.183/PR. 1ª Turma. Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000, DJ 04/09/2000, p. 121).

Em sentido oposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu a seguinte decisão, em caso semelhante: "Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevaquecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se, sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes, obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu" (TJSP, AI n.º 42.530.5/4, 2ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 11/11/1997). A 9ª Câmara de Direito Público do mesmo Tribunal paulista examinou questão semelhante sob outra ótica: "O direito à saúde, previsto nos dispositivos constitucionais [arts. 196 e 226, da CF/88] citados pelo agravante [só são garantidos pelo Estado, indiscriminadamente,] quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população etc., [mas,] quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado de forma gratuita, o custeio da terapia, mas só dentro do sistema previdenciário" (TJSP, AI n.º 48.608-5/4, 9ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. Rui Cascardi, j. 11/02/1998).

Verifica-se, portanto, tratarem-se de três linhas de julgamento completamente distintas. Para a primeira, o direito à saúde é soberano e absoluto, devendo prevalecer sobre todo e qualquer outro valor. Na segunda, entendeu-se que o direito à saúde encontra-se regido por políticas públicas destinadas a gerenciar recursos escassos, sendo juridicamente impossível ao Judiciário imiscuir-se na questão, inclusive porque a escolha dos programas de atendimento à saúde diz respeito à discricionariedade administrativa. Na última, o direito estaria limitado à necessidade de o Estado desenvolver políticas públicas de saúde, e o tratamento dependeria da filiação e da cobertura de um sistema previdenciário.

6. CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do texto, os conflitos surgidos na sociedade contemporânea configuram, cada vez mais, choques entre princípios. Sua resolução só se torna possível com o sopesamento dos princípios em cada caso concreto. Os métodos tradicionais, baseados na aplicação/exclusão de regras jurídicas, são insuficientes para dar-lhes uma solução.

Esta nova situação exige uma mudança do paradigma cognitivo tradicional e da própria concepção do processo judicial.

É verdade que não se pode descartar a teoria da instrumentalidade do processo, na medida em que o processo não existe como um fim em si mesmo. Ele deve ser capaz de solver as contendas, efetivando o direito objetivo.

Contudo, não podemos mais concebê-lo como simples meio de aplicação do direito objetivamente posto, como se ele independesse do processo, como se fossem elementos incomunicáveis e estanques.

Em havendo litígio, o direito subjetivo só surgirá/existirá se assim determinar o Poder Judiciário, o que demonstra que o processo exerce uma função integrativa.

O juiz conhece a situação litigiosa *através do* processo e *no* processo.

Portanto, o direito pleiteado pelo autor só existirá se e quando o Judiciário decidir pela sua existência. Neste prisma, ele depende *do* processo, formando-se *no* processo e *através do* processo.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Luhmann e a Legitimação da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <<http://www.ibec.inf.br/walber2.pdf>>. Acesso em 10/12/2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. São Paulo, Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.
- BETTI, Emilio. *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*. Madrid, ERDP.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa, Edições 70, 1992.
- CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8. ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 1999
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1994.
- _____. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis, Vozes, 2003.
- _____. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Petrópolis, Vozes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A pretensão da hermenêutica à universalidade*. In: BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa, Edições 70, 1992. pp. 255-294.
- _____. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992a.
- _____. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. pp. 241-296.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Vozes, 1988.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica*. In: Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. n.º 52. 30/06/2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/dfmarialucia.htm>. Acesso em: 29/10/2004.
- LIMA, George Marmelstein de. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. Âmbito Jurídico, fev/2002 Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/ajdconst0047.htm>. Acesso em 20 fev. 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília, Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Sistemas sociológicos: lineamentos para uma teoria general*. Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.
- _____. *Social Systems*. Stanford CA: Stanford University Press, 1995.
- _____. *Introducción a la teoría de sistemas*. México D. F.: Antrhopos, 1996.
- MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo, Atlas, 2004.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro Neves. *O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais*. In: Revista Sociologias. Ano 8, n.º 15. Porto Alegre, jan/jun 2006.
- NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3711>. Acesso em: 19 jul. 2004
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico contemporânea*. 2. ed. São Paulo, Loyola, 2001.

- OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *Traços Fundamentais de uma Teoria da Experiência Hermenêutica*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.desembargadora.com.br/pages/arquivos/hermeneutica.doc>>. Acesso em: 20/07/2004.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa, Edições 70, 1969.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: parte geral*. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí, Unijuí, 2001.
- _____. *A Consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica*. In: Jornal A Folha de São Paulo, Caderno Especial “Mais” de Domingo, 24/03/2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

CAPÍTULO IV

INTERESSE AD AGIRE E ‘ZONE DI INTERESSE’

*Antonio do Passo Cabral**

Sommario • 1. Condizioni dell’azione e diritto materiale – 2. Interesse ad agire tra passato e presente: dal bisogno di tutela alle zone d’interesse: 2.1. Interesse ad agire: necessità, adeguazione o utilità?; 2.2. Da avversari a co-giocatori: soluzioni cooperative, richieste congiunte, interessi simultaneamente contrapposti e comuni; 2.3. L’interesse giuridico degli intervenuti e i soggetti “disinteressati”. L’attuazione imparziale basata sull’interesse pubblico; 2.4. I problemi della teoria tradizionale sull’interesse ad agire; 2.5. L’insufficienza dell’interesse ad agire nella disciplina degli interventi di terzi; 2.6. Zone d’interesse: 2.6.1. Segue. Applicazioni nella tutela di accertamento. Le *Vorfragen*; 2.6.2. Segue. Altre applicazioni delle zone d’interesse. Diritti condizionati, *fattispecie* di formazione progressiva, procedimenti probatori senza *periculum in mora*, indefinizione soggettiva, ecc – 3. Breve conclusione.

1. CONDIZIONI DELL’AZIONE E DIRITTO MATERIALE

Il concetto di interesse ad agire, che per intenderci possiamo chiamare “tradizionale”, è sempre stato legato in modo esclusivo all’idea di una controversia su diritti soggettivi, a parti contrapposte. Ma oggi possiamo vedere situazioni per le quali a nostro giudizio quella nozione non è più adeguata. La nostra aspirazione è delineare una nozione nuova, più ampia, che possa valere per tutti i casi ai quali il tradizionale concetto non si adatta. Partiamo, così, di una premessa generalizzante, propria di una teoria generale, per dimostrare l’insufficienza delle “condizioni dell’azione” nel processo moderno.¹

Continuiamo a lavorare ancora con le “condizioni dell’azione” per ragioni etiche e di economia processuale, allo scopo di evitare l’instaurazione di processi senza alcuna probabilità di esito e per inibire azioni temerarie che potrebbero molestare altri individui senza limite.

Con l’astrattezza dell’azione e la consacrazione della teoria della prospettazione, la presenza delle condizioni dell’azione ha cominciato ad essere verificata dalle

* Professore dell’Università dello Stato di Rio de Janeiro, Brasile.

1 Comunque vorremmo mettere in evidenza l’insufficienza del concetto tradizionale d’interesse ad agire per tutti i casi. Ma per quelli che non credono nella teoria generale del processo, saremmo contenti se questa proposta delle «zone di interesse» sia ricevuta come una nozione speciale, utilizzabile per spiegare alcune situazioni diverse dalla tradizionale lite a parti contrapposte su un diritto soggettivo. L’utilità di questo concetto, come si vedrà, può ampliare l’accesso alla giustizia in numerosi processi.

allegazioni del litigante stesso. In quel contesto, gli astrattisti hanno cercato di sviluppare le condizioni dell'azione come un limite più obiettivo, un filtro per l'esercizio dei diritti processuali basato sul diritto materiale e sull'ordinamento, e non soltanto sulle allegazioni del soggetto.² Quindi il potere di praticare un atto sarebbe decorrente dalla norma sostanziale, e in essa dovrebbero essere trovate le condizioni che limitano la pratica dell'atto processuale.

Seguendo questi passi, molti autori non si sono mai staccati da una vincolazione statica dell'attuazione dei soggetti del processo alla correlata posizione che quel soggetto occupa nel "rapporto giuridico" materiale. Però il diritto moderno presenta situazioni che non possono essere trasposte a questo modello tradizionale, un formato tipicamente privatista dell'attore-creditore contro il convenuto-debitore, basato su un diritto soggettivo ed interessi materiali privati contrapposti.³

Prima di cominciare ad esaminare l'interesse ad agire, vorremmo fare un'osservazione iniziale, chiedendo ai lettori la comprensione di non potere sviluppare l'argomento qui. Si tratta della nostra concezione sull'azione. Pensiamo che la visione tradizionale dell'azione (in senso concreto o astratto) è "statica", rimettendo sempre (e ugualmente) al diritto materiale di prima dell'inizio del processo. Vorremmo capire l'azione in senso più "dinamico", come qualcosa che "vive nel processo nel suo divenire", come ce l'ha detto il E.F.Ricci. Da questa concezione, la quale in un altro testo più lungo potremmo sviluppare, deriva la nostra tendenza a considerare l'interesse ad agire (come tutte le condizioni dell'azione) con riferimento non soltanto a ciò che è necessario per una decisione sul merito (azione astratta) o per una decisione di accoglimento della domanda (azione in senso concreto), ma soprattutto come un presupposto che riguarda l'ammissibilità di ognuno

2. Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G.Giappichelli, 30ª Ed., 2000, p.53-54; Greco, *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p.21-28.

3. Alcuni autori hanno provato a svincolare le condizioni dell'azione dal diritto materiale, come le costruzioni tedesche che studiano l'interesse nel campo dei presupposti processuali e la legittimazione straordinaria come un "diritto autonomo di conduzione del processo" (*Prozessführungsrecht*). Cfr.Leipold, *Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, in Gilles (Hrsg). *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*. Berlin: Carl Heymanns, 1983, p.66, che afferma che la postulazione in nome della collettività non si adegua ai concetti classici, essendo più vicina alla legittimazione dell'autore popolare: "Der Verband nimmt Interessen der Allgemeinheit wahr, wenn er – außerprozessual oder prozessual – gegen den Verwender oder Empfehler vorgeht. Da jeder Bürger auch Verbraucher ist, leuchtet es übrigens auch nicht ein, von einem 'Gruppeninteresse' zu sprechen. Die Wahrnehmung von Interessen der Allgemeinheit ist nicht gut mit der Figur der Prozeßstandschaft zu erfassen; denn dann müßte es sich um ein fremdes, einem anderen zustehendes materielles Recht handeln. Eher ließe sich von einer selbständigen Prozeßführungsberechtigung oder einer (personell) 'eingeschränkten Popularklage' sprechen (...)"; Greger, *Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 113.Band, Heft 4, 2000, p.400, nota n.5, e p.402, dove dice che il *Bundesgerichtshof* preferisce parlare di una doppia natura (*Doppelnatur*) della sostituzione processuale, allo stesso tempo legata alla pretesa (al diritto materiale) e al *Prozeßführungsbefugnis*.

degli atti processuali che si compiono nel corso del procedimento. Una condizione mutevole e dinamica, legata anche a scopi processuali non necessariamente vincolati agli interessi materiali privati. Allora, fatta questa osservazione, torniamo all'interesse.

2. INTERESSE AD AGIRE TRA PASSATO E PRESENTE: DAL BISOGNO DI TUTELA ALLE ZONE D'INTERESSE

Come insegna Ugo Rocco, ci sono beni che servono come mezzi per ottenere altri beni, ragion per cui sono considerati "beni strumentali" o "beni-mezzo".⁴ Ossia, non offrono la soddisfazione diretta di nessuna necessità umana ma attingono altri beni, questi sì, soddisfacenti. Questa differenza permette di identificare interessi di primo grado e interessi di secondo grado, o nella nomenclatura più comune, interessi materiali e interessi processuali.

L'interesse materiale è il rapporto tra una necessità umana e i beni capaci di soddisfarla⁵, un rapporto che risiede nelle norme sostanziali e la cui protezione o riparazione è lo scopo della domanda. D'altra parte, l'interesse processuale (o interesse ad agire) è legato al provvedimento richiesto al giudice per la soddisfazione degli interessi materiali. In questo senso l'interesse ad agire è comunemente descritto come un "interesse di secondo grado", un interesse "strumentalizzato" in funzione dell'interesse primario di protezione del diritto materiale.⁶⁻⁷

Sebbene rimonti all'adagio romano *de minimis non curat praetor*, l'origine dell'interesse ad agire è francese, dove sorge storicamente nei broccardi "*pas d'intérêt pas d'action*" e "*l'intérêt est la mesure des actions*".⁸ In Francia, l'interesse fu concepito come un criterio per valutare le azioni atipiche,⁹ e fino al secolo scorso molti ancora si attenevano a quest'idea: l'interesse ad agire era visto come una

4. U. Rocco. *Trattato di diritto processuale civile – parte generale*. Torino: Utet, v.1, 1996, p.17.
5. Carnelutti. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, ristampa, volume I, 1930, p.3 ss.
6. In senso simile, Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.154-155; Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile. cit.*, p.51; Fabiani, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1998, p.548.
7. Ma l'interesse ad un certo risultato o prodotto non è confondibile con l'interesse a ottenere quel risultato attraverso un determinato mezzo. Così, se è vero che l'interesse processuale non può esserci ed essere compreso totalmente senza l'interesse sostanziale, sono concetti diversi. Cfr. Satta, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, p.170; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: CEDAM, Diritto Pubblico, IV, 1970, p.345.
8. Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 10^a Ed., 1949, p.31; Garsonnet-Cézar-Bru, *Précis de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 9^a Ed., 1923, p.92-93; Berriat Saint-Prix, *Cours de Procédure Civile e Criminelle*. Bruxelles: Stapleau, 5^a Ed., tomo I, 1823, p.172 e ss; Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXVI, n.3, 1972, p.1119; Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*. Trento: Alcione, 2005, p.22.
9. Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire, cit.*, p.1119.

“norma di chiusura” sistemica per le azioni atipiche, liberando l’azione dal venire sempre riferita ad un diritto soggettivo legalmente tipizzato.¹⁰

Era proprio un criterio di ordine pratico, e quest’empirismo, sommato alla bassa densità teorica della dottrina francese di allora, ha trasformato il filtro (“nessun interesse, nessun’azione”), attraverso il raziocinio contrario, in una condizione: “solo chi avrà interesse avrà azione”.¹¹ Questa massima viene utilizzata per impedire che questioni oziose siano portate alle corti, occupando i giudici con pretese che potrebbero essere risolte nella società, degradando la funzione giudicante al ruolo di un mero consultore delle parti.¹²

Posteriormente, la clausola è migrata ad altri paesi europei, come l’Italia, guadagnando previsione normativa (art.36 del codice del 1865) prima che nella stessa Francia ci fosse una legge al riguardo.¹³ Ancora più tardi si sarebbe verificato un altro salto evolutivo, una vera rottura del concetto francese verso l’idea tedesca¹⁴ del “bisogno di tutela giuridica” (*Rechtsschutzbedürfnis*), il cui contenuto si è sviluppato in maniera un pò diversa. Vediamo le differenze.

2.1. Interesse ad agire: necessità, adeguazione o utilità?

Nell’ambito della dottrina processuale dell’ultimo mezzo secolo, il dibattito sull’interesse ad agire resta tra due concezioni diverse: quella dell’interesse ad agire come “stato di lesione” del diritto allegato (da cui deriva il concetto di interesse-necessità); e quella dell’interesse come utilità del processo per l’autore, sia come mezzo, sia come risultato (interesse-adequazione e interesse-utilità).

La concezione dell’interesse-necessità (bisogno di tutela) è nata da una visione del processo come *ultima ratio* per l’autore:¹⁵ la domanda dovrebbe essere ammissi-

10. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961, p.228 ss; Greco, *A teoria da ação no processo civil. cit.*, p.34.

11. Lanfranchi, *Note sull’interesse ad agire, cit.*, p.1119-1120.

12. Satta, *A proposito dell’accertamento preventivo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIV, 1960, p.1400-1401; Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.283.

13. In Francia, solo nel 1975 in occasione dell’edizione del nuovo codice, la clausola ha raggiunto *status* normativo (art.31). In Germania non c’è una disposizione generale sull’interesse e le poche regole usate per sostenerne la base legale non sono chiare. Si tratta dei §§ 66, 256 e 485 della *Zivilprozessordnung*, che parlano dell’“interesse giuridico” (*rechtliches Interesse*). Il modello dell’“interesse legittimo” (*berechtigtes Interesse*) viene previsto anche nei §.43 VwGO, §41 FGO e §55 SGG per le azioni di accertamento nella giurisdizione amministrativa. Sul tema, Cfr.Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Bielefeld: Gieseking, 2ª Ed., 1974, p.390; Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*, in *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. München: CH Beck, 1957, p.195.

14. Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem Zivilprozessualen Grundbegriff*. Detmold: Nauck, 1950.

15. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.390; Fabiani, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, *cit.*, p.553-554, specialmente interessante per quanto riguarda la giurisprudenza della Cassazione italiana.

bile solo se l'autore non avesse altri mezzi per soddisfare il suo diritto senza l'intervento statale attraverso il processo.¹⁶ Si esigeva un'effettiva lesione o violazione al diritto materiale dell'autore affinché la causa fosse portata davanti al giudice. Quindi, l'interesse era classicamente legato all'inadempimento.¹⁷

Oggi prevale, in Brasile ed anche in Italia,¹⁸ la nozione di influenza tedesca dell'interesse ad agire come un filtro di efficienza attraverso il quale si vuole evitare il dispendio di attività giurisdizionale inutile.¹⁹ Si tratta di una prospettiva utilitaria dell'interesse ad agire, basata sui binomi "interesse-utilità" e "interesse-adequazione" e che risiede nel rapporto tra il provvedimento richiesto e la situazione di fatto allegata.²⁰

L'interesse-utilità vuole regolare l'attività statale, evitando di riempire gli scaffali dei tribunali con processi che potrebbero essere risolti, se non spontaneamente, almeno con minore impegno e costo.²¹ Non si potrebbe richiedere in giudizio se ci fosse un mezzo giudiziale o stragiudiziale più semplice o rapido per risolvere la questione.²² E l'autore non potrebbe pretendere un provvedimento che lo collocherebbe nella stessa posizione processuale in cui si trovava *ante litem*. C'era bisogno di un miglioramento della sfera giuridica dell'autore che potesse risultare dal provvedimento richiesto.

In questo senso, lo sviluppo del concetto di interesse-adequazione permetterebbe una verifica da parte del giudice dell'effettività del meccanismo sempre che ci fosse una pluralità di mezzi disponibili per il soggetto.²³

-
16. Wach, *Der Rechtsschutzanspruch*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, XXXII, 1904, p.30; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, cit., p.335-336; Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, cit., p.530; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1985, p.201.
 17. Inizialmente si legava ad un danno generalmente pecuniario. Posteriormente, si è data enfasi alla necessità giuridica (bisogno) di tutela. Cfr. Garsonnet-Cézar-Bru, *Précis de Procédure Civile*, cit., p.92; Jauernig, *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck Verlag, 28ª Ed., 2003, p.144; Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, cit., p.52; Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, cit., p.155; Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, cit., p.1127.
 18. Cfr. Sassani, *Note sul concetto di interesse ad agire*. Rimini, 1983, spec. p.30 ss.
 19. Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*, cit., p.197 ss; Jauernig, *Zivilprozessrecht*, cit., p.143.
 20. Attardi, *Interesse ad agire*, in *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile, I, Torino, 1993, p.517-518; E.F.Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, p.661.
 21. Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, p.207; Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, cit., p.31; Greco, *A teoria da ação no processo civil*, cit., p.39-40.
 22. Lüke, *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 9ª Ed., 2006, p.154-155; Jauernig, *Zivilprozessrecht*, cit., p.144; Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, cit., p.530; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, cit., p.201; Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, cit., p.394. Questa è stata anche la linea seguita dai teorici del principio dell'economia processuale. Cfr. Comoglio, *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n.2, 1978, pp.608 ss.
 23. La dottrina e giurisprudenza tedesche hanno sviluppato criteri per l'applicazione dell'interesse-adequazione partendo da giudizi di probabilità. Così, se il mezzo non fosse il più semplice, dovrebbe essere

In Brasile, fu il Danimarco che popolarizzò l'idea di interesse-adequazione,²⁴ largamente abbracciata dalla dottrina,²⁵ e che corrisponderebbe all'analisi della pertinenza dell'utilizzazione di quel mezzo procedimentale se comparato con altri mezzi più economici o efficaci.²⁶

Si nota che c'è una grande divisione tra le concezioni dell'interesse come bisogno o come utilità: una prospettiva focalizzata sull'inevitabilità del processo, un estremo rimedio accessibile soltanto quando il soggetto non ha un mezzo per la soddisfazione del diritto;²⁷ e l'opinione che mette in rilievo gli effetti che il processo potrebbe produrre per l'autore.

Il "bisogno di tutela" ritraeva una visione individualista: doveva venire affermata una lesione a un diritto del soggetto in un contesto conflittuale proprio della "lite" nel senso carneluttiano.²⁸ Pertanto il processo era inteso come unicamente diretto alla protezione del diritto sostanziale dei litiganti, ispirato all'ideale liberale e civilista che rafforza il rapporto di diritto materiale dedotto in giudizio.

Posteriormente, e con lo sviluppo del binomio adeguazione-utilità, la teoria ebbe un approccio pubblicista, vale a dire, dal punto di vista dello Stato, vedendo l'interesse come un mezzo di gestione processuale per economia di tempo ed energia dei servizi giudiziari.²⁹

ammessa la domanda soltanto se ci fosse un "motivo ragionevole" (*verständiger Grund*), come nel caso di "dubbio fondato" sull'eseguitività del titolo. In questo senso, vengono alcune decisioni del *Bundesgerichtshof* (NJW, 94, 1352). In senso simile, il *Superior Tribunal de Justiça* brasiliano ha già ammesso azione di condanna quando c'è titolo esecutivo, purché sussista dubbio riguardo alla sua forza esecutiva: STJ – 3ª Turma – REsp 717276-PR – Rel.Min.Nancy Andrichi, g.21.06.2007. Cfr.Jauernig, *Zivilprozessrecht. cit.*, p.144; Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, pp.394-395; Blomeyer *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. cit.*, p.202. Dobbiamo tenere conto, ciò nonostante, di non interferire nella strategia processuale del litigante: in molti casi, soprattutto nel processo civile, dove ci troviamo frequentemente di fronti ad interessi disponibili, il soggetto può scegliere liberamente la sua linea difensiva senza che lo Stato possa intramettersi. Quindi, c'è uno spazio di libertà nella scelta, p.es. tra procedimento monitorio e azione di condanna senza che si possa autoritariamente toglierne le alternative.

24. Cfr.Dinamarca, *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol.II, 3ª Ed., 2003, p.305.
25. Cfr.Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19ª Ed., vol.I, 2009, p.118-119.
26. In questo senso, è comune l'utilizzazione dell'interesse-adequazione per l'ipotesi in cui l'autore formula una richiesta dichiaratoria quando già vi sia stato inadempimento o quando si richieda condanna quando già esiste un titolo esecutivo. Cfr.Attardi, *L'interesse ad agire*. Padova: CEDAM, 1958, p.24-25; Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe: C.F. Müller, 7ª Ed., 1951, p.167; Nikisch, *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr, 1950, p.142.
27. Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação, cit.*, p.284.
28. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª Ed., 1941, p.8.
29. Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts. cit.*, p.167. Cfr. Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts. cit.*, p.527-528.

2.2. Da avversari a co-giocatori: soluzioni cooperative, richieste congiunte, interessi simultaneamente contrapposti e comuni

Prima di segnalare gli errori teorici della classica comprensione dell'interesse processuale, vogliamo mettere in evidenza alcune situazioni pratiche in cui non riusciamo ad applicare precisamente il concetto tradizionale di interesse ad agire. Si tratta di situazioni processuali in cui l'attuazione del soggetto viene permessa senza che ci sia lite, lesione o utilità del processo necessariamente legata al diritto materiale del litigante; situazioni in cui le tre facce dell'interesse (bisogno, adeguazione, utilità) possono essere criticate.

Questo succede con moderne soluzioni cooperative³⁰ come i *contrats di procédure*³¹ o le richieste congiunte.³² In queste ipotesi siamo davanti a casi in cui, ancorché possiedano interessi materiali contrapposti, per quei fini specifici e in quel momento processuale, l'attuazione congiunta pare l'alternativa strategica più adeguata per i soggetti del processo. È visibile che il bisogno di tutela qui non si adatta.

Lo stesso si può dire delle situazioni di esistenza simultanea di interessi materiali comuni e contrapposti tra certi soggetti situati nello stesso polo della domanda. Vale a dire, ancorché compongano il polo attivo o passivo (a causa della polarizzazione

-
30. Infatti, con lo sviluppo dei principi di cooperazione e buona fede, genericamente applicabili ai soggetti del processo, vince l'idea collaborativa del contraddittorio, imponendo la co-partecipazione dei soggetti. Oggi il processo non è più inteso nel conflitto o nella lite, ma intorno all'aggregazione, alla coniugazione tra interessi privati e interessi pubblici. Cfr. Baumgärtel, *Treu und Glauben im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86. Band, Heft 3, 1973; Lent, *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 67. Band, Heft 5, 1954, p.344-345; Lüke, *Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 108. Band, Heft 4, 1995, p.443; Müller, *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schulthess, 2001, pp.35 e ss; Cabral, *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, n.2, 2005, pp.459 ss; Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed., 2008, p.55-58.
31. I contratti di procedura, sviluppati in Francia, sono accordi tra i soggetti processuali attraverso i quali tutti decidono sulle regole di quel processo specifico, fissando termini per le allegazioni e sentenza, dispensando mezzi di impugnazione, disciplinando le prove, ecc. Si tratta di situazioni dove i soggetti, qualunque siano i loro interessi materiali, agiscono insieme per specifiche finalità processuali che siano favorevoli a tutti. Cfr. Ferrand, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in Trocker-Varano (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005, p.21; Cadiet, *Conventions relatives au procès en droit français*, in *Revista de Processo*, ano 33, n.160, junho, 2008, p.74; Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXII, n.3, supplemento, 2008, pp.99 ss.
32. Gli ordinamenti francese (art.54, 750 e 845 del *code*) e belga (art.706 del *code judiciaire*), già da qualche tempo, e anche il regime sperimentale portoghese (art. 9.º del Decreto-lei n.º 108/2006) ammettono, p.es., la formulazione di richieste congiunte delle parti. Cfr. Costa e Silva, *A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental*, in *Revista de Processo*, n.156, 2008, p.246; Cadiet, *Conventions relatives au procès en droit français*, cit., p.72. Il diritto processuale del lavoro brasiliano prevede anche un istituto simile nell'art.114 §2º della *Constituição da República* del 1988, alterato dalla *emenda constitucional* n.45/2004.

iniziale della domanda), diversi soggetti possono avere pretese e sfere d'interessi materiali comuni, ed altre sfere di discordanza. Questo succede spesso negli interventi di terzi e nel litisconsorzio.³³ Dobbiamo ricordare, con il Brüggemann, che ci sono casi nel processo, come questi, in cui non si osserva un'effettiva contrapposizione d'interessi, ma solo una "rivalità formale"; casi in cui i soggetti del processo non sono opposti (*Gegenspieler*), ma co-giocatori (*Mitspieler*).³⁴

Ma certamente è nei procedimenti concorsuali che vediamo la maggiore quantità di interessi che possono rivelarsi allo stesso tempo contrapposti e comuni. Da un lato, il gruppo ha l'obiettivo comune di ottenere la soddisfazione dei suoi interessi verso l'avversario. Però, siccome questa soddisfazione si ha solo per la comunione di una massa unica di beni, a cui si può accedere soltanto nell'ordine dei crediti e in accordo con le preferenze legali, ci sono evidenti interessi contrapposti.³⁵

Tutti questi casi mostrano che merita esserci una nuova riflessione sull'interesse ad agire in questi procedimenti, perché l'attuazione dei co-creditori contro se stessi frequentemente è indifferente al debitore, e qui il formato classico dell'interesse come bisogno-utilità (o necessità-utilità) è visibilmente insoddisfacente.³⁶

2.3. L'interesse giuridico degli intervenuti e i soggetti "disinteressati". L'attuazione imparziale basata sull'interesse pubblico

Tradizionalmente, come visto, l'attuazione dei soggetti del processo sempre fu vincolata al diritto materiale. Così storicamente c'è stata una connessione necessaria tra l'esercizio di posizioni processuali e il compromesso del soggetto con la vittoria di uno degli interessi materiali in disputa. In questo senso fu consacrata anche la comprensione dell'interesse ad agire per l'intervento di un terzo nel processo.

33. Ne è esempio l'intervento principale e la sua doppia direzione. Qui l'attuazione delle parti e del terzo hanno un curioso e mutevole formato: ora s'aiutano, ora si combattono. Situazione simile si verifica nel litisconsorzio. In Brasile, il Dinamarco ha identificato casi di grande litigiosità interna tra i litisconsorti (Dinamarco, *Litisconsórcio. cit.*, pp.34 e 397-398). Il maggior dibattito al riguardo accade nell'ambito del litisconsorzio attivo necessario. In questo caso, il litisconsorte appare nel polo passivo solo formalmente perché i suoi interessi materiali vengono allineati con il polo opposto. Cfr. Dinamarco, *Litisconsórcio. cit.*, pp.222 e ss.

34. Brüggemann, *Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81.Band, 1969, p.458-459, 466 e 471-473.

35. Tutti hanno natura economica o patrimoniale, caratteristiche del procedimento stesso, come ha notato il Grunsky, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*. Tübingen: Mohr, 4ª Ed., 1987, pp.28-29, 37-38. Sulla differenza degli interessi materiali dei diversi soggetti, Cfr. Tarzia, *Le parti e i terzi nelle procedure concorsuali*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n.2, 1993, p.378-383; Jauernig, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. München: CH Beck, 21ª Ed., 1999, pp.173-175. Così, nel impugnare il credito di un altro co-creditore, quel che pretende l'impugnante è diminuire il valore che l'altro ha da ricevere, assicurando attivi maggiori per supportare il pagamento a se stesso. È una situazione che succede comunemente nei procedimenti fallimentari e d'insolvenza civile, ma anche nelle esecuzioni.

36. Jauernig, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht. cit.*, pp.8-9, 258-259. Cfr. Grunsky, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts. cit.*, p.17-18.

L'intervenuto deve dimostrare il suo *interesse giuridico* nella domanda ossia deve comprovare la ripercussione che la discussione del processo potrà avere su un rapporto giuridico titolarizzato da lui.³⁷ Così, l'interesse giuridico è stato sempre concepito come un "interesse fondato su un rapporto giuridico" di diritto materiale (*Rechtsbeziehung begründetes Interesse*).³⁸ Non basterebbe un mero interesse altruistico o economico come permesso dall'antico CPC brasiliano del 1939 (art.2°) e dall'antico Codice Civile brasiliano del 1916 (art.76); e nemmeno si inquadrava nel concetto di interesse giuridico lo scopo di chiarire o accertare fatti o semplici questioni di diritto.³⁹

Modernamente, tuttavia, l'attuazione di molti enti — sia nella condizione di parte o di terzo (interventuti) — va smitizzando la concettuazione tradizionale dell'interesse giuridico e la vincolazione delle condizioni dell'azione al diritto materiale del soggetto.⁴⁰ L'attuazione dell'*amicus curiae* può essere indicata come un esempio curioso di soggetto disinteressato, la cui partecipazione non è vincolata a un rapporto materiale. Si tratta di un intervento basato sull'interesse pubblico di partecipare, essendo ammessa in molti paesi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, l'interesse meramente economico.⁴¹

2.4. I problemi della teoria tradizionale sull'interesse ad agire

I problemi della teoria tradizionale sull'interesse ad agire fin qui presentati sono molti e non è nostra intenzione, in uno studio di piccole proporzioni come questo, descriverli tutti. Alcuni tuttavia devono essere menzionati, sia in rispetto all'interesse-necessità (bisogno), sia all'interesse-adequazione o interesse-utilità.

Inizialmente, vediamo che il concetto di lesione o stato di lesione come criterio per il "bisogno" di tutela porta una visione civilista del diritto d'azione, il quale sorgerebbe solo come reazione alla violazione del diritto materiale: l'*actio nata* o il diritto soggettivo "armato per la guerra". Si vede una vincolazione ai "diritti

37. Cfr. Bley, *Klagrecht und rechtliches Interesse*. Leipzig: Theodor Welcher, 1923, *passim*.

38. Jauernig, *Zivilprozessrecht*. cit., p.344-345.

39. Baur-Grunsky, *Zivilprozeßrecht*. Krefeld: Luchterhand, 10. Auflage, 2000, p.102: "Ein nur wirtschaftliches oder ideelles Interesse genügt nicht. Ein rechtliches Interesse ist vor allem anzunehmen in den Fällen der Rechtskrafterstreckung einer Regreßforderung oder Regreßverbindlichkeit". Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. cit., p.32; Hirte, *Der amicus-curiae-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 104. Band, Heft 1, 1991, p.43.

40. Le azioni collettive, p.es., ci presentano casi di conduzione del processo da soggetti che non sono né si affermano titolari dei diritti rivendicati.

41. Cabral, *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol.234, dez. 2003, anche pubblicato nella *Revista de Processo*, vol.117, set-out 2004, p.25. Cfr. Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. cit., p.268; Bianchi, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla corte suprema degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XL, n.6, Milano, Giuffrè, 1995, pp.4751 ss.

soggettivi” o al “rapporto giuridico” che limita inadeguatamente l’interesse ad agire a situazioni private a parti contrapposte.⁴²

Era un concetto forgiato nella teoria del processo cognitivo e unicamente per l’azione di condanna, giacché la lesione era evidentemente un dato che non si incastrava bene, per esempio, nella teoria dell’azione di mero accertamento e in tutte ipotesi dove nemmeno veniva affermata dal litigante una violazione al diritto materiale.⁴³ Oltre a tutto ciò, non vengono considerati altri tipi di processi, come i processi cautelari ed esecutivi, dove vari “adattamenti” al concetto d’interesse furono operati dalla dottrina.⁴⁴

D’altra parte, la relazione del bisogno con la lesione ha il gran difetto di permettere la confusione tra il merito e le condizioni dell’azione.⁴⁵ Quantunque in rispetto all’astrattezza del diritto d’azione, molti autori si sforzino nel differenziare l’esistenza della lesione (che tocca il merito) e l’affermazione dell’occorrenza della lesione (che sarebbe sufficiente per l’interesse),⁴⁶ ancora si vedono costanti contraddizioni dottrinarie.⁴⁷ Allora, possiamo veramente differenziare la “lesione avvenuta” dalla “lesione affermata”? Ci sarebbe una lesione *in rerum natura* o essa abita soltanto il piano delle qualificazioni giuridiche?⁴⁸

Il bisogno di tutela è anche legato al concetto di lite nel senso carnellutiano, che oggi sappiamo non essere essenziale alla giurisdizione.⁴⁹ Se qualche volta i litiganti hanno interessi materiali comuni e contrapposti allo stesso tempo; se i litiganti pos-

42. È la critica che traspare dall’innovativo contributo del Trzaskalik sull’interesse nell’azione di accertamento. Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p.12-15.

43. Cfr.Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts. cit.*, p.527-528; Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*. Wien: Manz, 1900, p.194. Pertanto, il Chioyenda preferisce menzionare non la “lesione” ma invece, che l’interesse nell’azione di accertamento viene da uno “stato di fatto contrario al diritto”, imputabile al convenuto per un rapporto di causalità il quale, se non risolto da una sentenza, potrà generare un danno all’autore. Chioyenda, *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, Reedizione del 1993, vol.I, nota 68, pp.81-82; *Id.*, *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, Ristampa inalterata, 1965, pp.159, 177.

44. Così l’interesse nelle azioni cautelari è stato definito come il pericolo a cui è esposto il diritto. Cfr.Attardi, *L’interesse ad agire*, cit., p.158 ss., 164 ss.; Cruz e Tucci., *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2000, p.175; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*, cit., p.329. In Brasile, difende una comprensione delle condizioni anche per l’esecuzione e per il processo cautelare Freitas Câmara, *Condições da ação?*, in *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.66-67.

45. Sassani, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., pp.26 ss.

46. Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts. cit.*, p.168; Liebman, *Manual de Direito Processual Civil. cit.*, p.155-156; Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile. cit.*, p.52.

47. Difficoltà cominciata con lo stesso Bülow, quando ha studiato i requisiti formali dell’azione come condizioni della sua esistenza. Cfr.Bülow, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, XXVII, 1900, p.236 e ss.

48. Come il Satta già diceva: Satta, *A proposito dell’accertamento preventivo*, cit., p.1397.

49. Il che veniva difeso dal Chioyenda. Cfr.Chioyenda, *L’azione nel sistema dei diritti*, cit., p.34, nota 6. Carnellutti non si convince, sostenendo adattamenti all’interesse ad agire per che servisse al concetto

sono avere interessi contrapposti in un momento, e posteriormente avere interessi comuni; se ci sono soggetti del processo, come l'*amicus curiae*, che attuano imparzialmente senza qualsiasi compromesso con il diritto materiale in disputa; per tutte queste ragioni, vediamo che l'esistenza di un conflitto d'interessi con altri soggetti non può essere una condizione per l'attuazione processuale.

Il "bisogno di tutela" non è adeguato anche agli studi sulla legittimazione passiva, legata all'interesse attraverso il concetto di lesione. Si dice, a questo riguardo, che l'"interesse a contestare", previsto dall'art.4° CPC brasiliano e dall'art.100 del *Codice* italiano, non ha significato proprio: se il convenuto ha interesse solo perché è stato posizionato nella domanda come convenuto, si finisce con il riassumere l'interesse nella legittimazione.⁵⁰

Per quanto si riferisce all'interesse-adequazione, ci pare evidente che la scelta precisa del procedimento non può essere indicativa dell'interesse. Se un soggetto ha utilizzato un mezzo inadeguato non significa che non abbia interesse; è vero che può aver attuato con eccesso, ma per il solo fatto di aver usato uno strumento più costoso o incisivo, non possiamo affermare che abbia postulato senza interesse processuale.⁵¹ Altrettanto, la valutazione del procedimento da scegliere considera fattori diversi, come costi, *expertise* dei giudici, rapidità di tramite, ecc., valutazioni che devono esser fatte dalle parti e che magari non vengono considerate dal giudice nel decidere sulla mancanza d'interesse.⁵² Il problema di questa visione pubblicistica dell'interesse ad agire è quello di giustificare qualunque decisione, ancorché arbitraria, fondata sull'economia di attività processuale. Ricordiamo che deve esserci rispetto per le strategie legittime e per gli spazi di libertà validi nei quali il soggetto possa fare scelte procedurali senza che lo Stato possa sottrargli le opzioni.

D'altra parte, riteniamo anche che il binomio interesse-utilità non risponde alle caratteristiche del moderno diritto processuale.⁵³

La lesione è inconciliabile con l'idea di utilità come la conosciamo, perché, se ben analizzato, il provvedimento richiesto non corrisponde ad un "miglioramento"

di lite. Cfr. Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol.4, 1939, pp.346-347.

50. Come fanno, p.es., Satta-Punzi, *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 30° Ed., 2000, p.99-100. Sul tema, Cfr. Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. cit.*, p.165-166; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire, cit.*, pp.345-346.

51. Hanno ragione Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação. cit.*, p.286; Greco, *A teoria da ação no processo civil. cit.*, p.36.

52. Cfr. Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, cit.*, p.201-202.

53. In primo luogo, pare non esserci chiarezza su qual'è la differenza dell'interesse-necessità per l'interesse-utilità e vari autori riconducono la necessità all'utilità o l'opposto, e confondono la causa dell'interesse (il suo elemento genetico), e lo scopo o risultato preteso dall'interessato. Cfr. Fabiani, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato, cit.*, p.563; Greco, *A teoria da ação no processo civil. cit.*, p.40. Ha ragione, sul punto, Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire, cit.*, pp.325-326.

nella situazione giuridica dell'autore. Di fatto, l'individuo non ricava un vantaggio dal processo perché nulla acquisisce o incrementa nella sua sfera giuridica. Invece, si verifica una "reintegrazione" allo stato giuridico di prima della lesione.

Inoltre, l'interesse ad agire basato su un risultato utile soltanto al livello del rapporto giuridico è apertamente legato all'azione concreta perché proietta la vittoria dell'interesse materiale corrispondente.⁵⁴ Ci sarebbe così una contraddizione con l'astrattezza dell'azione.

Altresi, le condizioni dell'azione storicamente rimettono al rapporto di diritto materiale del momento della richiesta poiché la situazione materiale deve essere affermata nel primo atto del processo come *causa petendi*.⁵⁵ Ma la frontiera tra l'utile e l'inutile non è un *quid* preesistente al quale il giudice si possa attenere,⁵⁶ ma un dato sviluppato nel corso del procedimento, dinamicamente delineato dal contraddittorio. Se le dinamiche interazioni del rapporto processuale fanno di ogni contesto situazionale uno specifico punto d'interessi materiali diversi e mutevoli, dobbiamo anche nello studio dell'interesse ad agire ridurre la sfera di analisi ad ogni atto praticato, a "moduli" e momenti processuali precisi, svincolando l'approccio dell'interesse-utilità da un immutabile rapporto giuridico materiale, congelato all'inizio del processo e che ritrae una realtà preprocessuale che può essere, in un altro momento nel corso del processo, completamente alterata.

Non è possibile imprigionare la realtà della vita, ricca ed in costante alterazione, al "marco zero" del momento in cui l'azione fu presentata. Si impone che il giudice si stacchi dalla narrativa iniziale perché l'azione è individuata in un momento ma l'interesse si verifica come un *posterius*,⁵⁷ caratterizzato dal risultato utile dell'effettivo esercizio dell'azione e della difesa in un'altra posizione temporale.

2.5. L'insufficienza dell'interesse ad agire nella disciplina degli interventi di terzi

La teoria sull'interesse ad agire riguardo ai terzi è anch'essa inadeguata al processo contemporaneo.

È vero che, da un lato, il concetto d'interesse giuridico serve per evitare che l'intervenuto venga ad immischiarsi in processi altrui⁵⁸ e che l'interesse ad agire si giustifica nella protezione del convenuto contro processi senza ragione o con bassa

54. Cfr. Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, cit., p.1134.

55. Didier Jr. *Pressupostos processuais e condições da ação*, cit., p.278; Fazzalari, *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 8ª Ed., 1996, p.273.

56. Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.208.

57. Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, cit., p.1134.

58. Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, cit., p.180; Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, cit., p.401.

probabilità di esito.⁵⁹ Però, la clausola dell'interesse giuridico limita il contraddittorio e la partecipazione all'esigenza privatista di un pregiudizio che il soggetto possa subire nei suoi "rapporti giuridici" materiali.⁶⁰

In effetti, nell'escludere l'interesse economico o qualsiasi altra utilità giuridica che non rimetta al "rapporto giuridico materiale", il concetto tradizionale d'interesse giuridico segrega dall'accesso alla giustizia numerose situazioni in cui interessi materiali collaterali sorgono in decorrenza del processo ed agli individui coinvolti non viene aperta la porta del processo.

Se generalmente l'interesse giuridico viene contrapposto all'interesse economico, in realtà forse dovrebbe essere inteso come un interesse per il quale l'ordinamento giuridico porti un qualche valore degno di protezione,⁶¹ ancorché non fondato su un rapporto giuridico. L'interesse economico è, così, un criterio legittimo per verificare l'interesse processuale. Ed ammettiamolo: nel mondo attuale, e soprattutto nel processo civile, è difficile pensare ad un interesse che non abbia nessun contenuto economico.⁶²

Nell'esecuzione, p.es., ci sono molteplici interessi di vari soggetti titolari di situazioni giuridiche correlate decise nel processo. Molte volte, questi individui possiedono interessi materiali che vogliono vedere protetti nell'esecuzione, senza che l'ordinamento, nei modelli della teoria classica, permetta la loro attuazione processuale perché sarebbero "solo" interessi economici, o perché non si riferiscono a un rapporto giuridico.

È necessaria una nuova concezione dell'interesse processuale per i terzi, come la tendenza della giurisprudenza di altri paesi di un allentamento del concetto di interesse giuridico per ammettere come sufficiente l'interesse economico.⁶³ Il

59. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.392.

60. Cfr. Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo, in Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994, p.77-84; *Idem, Questioni sulle opposizioni di terzi all'esecuzione e agli atti esecutivi, in Esecuzione forzata e procedure concorsuali, cit.*, p.289 ss.

61. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.401-402.

62. Questa era già l'avvertenza del Klein: "Das Interesse muß ein rechtliches, aber nicht notwendig ein vermögensrechtliches, nicht einmal ein privatrechtliches sein; zur Feststellungsklage berechtigt auch ein strafrechtliches, proceßrechtliches, eventuell ein verwaltungsrechtliches Interesse. Das vermögensrechtliche Interesse wird sich fast immer als wirtschaftliches, finanzielles Interesse geben. Letzteres steht nicht etwa im Gegensatz zum rechtlichen Interesse, es ist nicht einmal eine besondere Gattung rechtlichen Interesses, sondern nur die Umrechnung der juristischen in die ökonomische Währung, die Projektion des Rechtsanspruchs auf die Wirtschaftssphäre. Wer legitime Geldinteressen an der alsbaldigen Feststellung nachweist, hat ein 'rechtliches' Interesse dargethan". Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses, cit.*, p.195. La *Supreme Court* nordamericana spesso ammette gli interessi economici come sufficienti per configurare lo *standing*. Cfr. *Sierra Club v. Morton*, [405 U.S. 727 (1972)].

63. Così la referenza del Blomeyer sull'interesse nell'azione di mero accertamento. Cfr. Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. cit.*, p.214. Una critica alla teoria tradizionale dell'interesse ad agire si trova in Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. cit.*, p.17-19.

Supremo Tribunal Federal brasiliano ha già flessibilizzato il concetto di interesse giuridico per l'intervenuto, ammettendo l'intervento con l'argomento che, ancorché non ci sia un rapporto giuridico correlato, il terzo dovrebbe poter partecipare alla formazione di un precedente giudiziale che potrebbe, nel futuro, colpirne la sfera giuridica.⁶⁴ Ed anche nella disciplina dell'*intervention* americana (*Rule 24* delle *Federal Rules of Civil Procedure*) troviamo interessanti soluzioni pratiche per l'intervento dei terzi.

2.6. Zone d'interesse

Per tutto quanto esposto, è manifestamente insoddisfacente l'approccio classico dell'interesse ad agire, sia quello basato sulla premessa egoista dell'interesse giuridico per i terzi, o sulla premessa privatista e polarizzata del bisogno di tutela, o anche sull'autoritarismo dell'interesse-adequazione. L'unico binomio che riteniamo importante riguarda l'utilità.

Ma dobbiamo flessibilizzare la comprensione dell'interesse processuale, autorizzando un intendimento delle condizioni dell'azione partendo dalla visione più dinamica del rapporto processuale e voltato ad ognuno degli atti del processo.⁶⁵ Il raziocinio utilitario dell'interesse ad agire, pertanto, deve far attenzione ad ogni modulo o "*zona d'interesse*"⁶⁶ pertinente all'atto o congiunto d'atti che il soggetto desidera praticare.

È fatto che l'interesse viene legato ad un risultato perché il raziocinio impiegato è utilitario.⁶⁷ In effetti, l'atto interessato è sempre teleologicamente orientato

64. RE nº 550.769 QO-RJ, Rel.Min.Joaquim Barbosa, 28.02.2008. Sul tema, Cfr.Didier Jr., "Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF", in *Revista de Processo*, n.158, abril, 2008, p.279-282.

65. Cfr.Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis. cit.*, pp.13-18; Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, cit.*, pp.196 e 230 ss. Il Dinamarco già notava che l'interesse ad agire deve essere verificato per ogni atto processuale. Cfr.Dinamarco, *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002, p.128 e nota 23.

66. La Suprema Corte nordamericana verificando lo *standing* in certi casi, ha utilizzato il concetto di "*zone of interests*" e "*zone of protection*" come parametri per analizzare l'interesse processuale del litigante, ma la dottrina afferma che esiste una cattiva definizione giurisprudenziale di questo criterio. Cfr.Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure*, St.Paul: West, 3ª Ed., 1999, p.336. La base costituzionale dello *standing* negli Stati Uniti si trova nella clausola (art. III) secondo la quale le corti devono giudicare "*cases and controversies*". Così, i tribunali devono verificare se l'autore è sufficientemente vincolato alla lite portata al giudice. Come dice il *Justice* Scalia, "the core component of standing is an essential and unchanging part of the case-or-controversy requirement of Article III. See, e. g., *Allen v. Wright*, 468 U. S. 737, 751 (1984)". Cfr. *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727 (1972)]; *Lujan v. Defenders of Wildlife*, [504 U.S. 555 (1992)]; *Data Processing Service v. Camp*, (397 U. S. 150), *Barlow v. Collins* (397 U. S. 159). La generalità della norma ha condotto l'elaborazione giurisprudenziale di parametri più precisi. Ci sono oggi due testi basilari consacrati dalla Corte Suprema. Il primo è verificare se la parte ha allegato che l'atto o la condotta del convenuto gli ha causato un danno di fatto (*injury in fact*). Nel secondo test, si vuol sapere se quel danno colpisce una delle *zone d'interesse* protette dalla legge supostamente violata.

67. Cfr. Sauer, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts. cit.*, p.529.

perché la causa dell'atto e il risultato proiettato sorgono logicamente nello stesso momento,⁶⁸ ancorché l'esito non venga ad essere raggiunto. Ciò nonostante, l'utilità che deve orientare la verifica dell'interesse processuale non è quella definita e propagata tradizionalmente, legata al rapporto giuridico, al diritto soggettivo o a qualunque altro formato privatista. L'utilità che deve dirigere lo studio dell'interesse ad agire è un'*utilità processualmente rilevante* per il soggetto, destinata ad ottenere un risultato favorevole al suo complesso di situazioni giuridiche, processuali o sostanziali.

Quest'applicazione dell'interesse ad agire pare sia stata adottata dalla giurisprudenza nordamericana dello *standing to sue*, simile all'interesse processuale. Alcune decisioni hanno verificato lo *standing* rispetto a diversi topic di uno stesso caso. Così, per esempio, la parte può avere interesse a confrontare alcuni aspetti di un atto amministrativo, ma non altri.⁶⁹

Dobbiamo esaminare l'interesse ad agire, tanto per le parti quanto per i terzi, in un contesto più malleabile di quello che usiamo oggi, comprendendo il complesso di tutte le attività permesse ai soggetti durante il procedimento, affrancandone l'attuazione se l'atto specifico abbia *attuale e concreta* utilità per il richiedente, ossia quando si desidera proteggere *valori e situazioni degne di protezione* nell'ordinamento, indipendentemente che incidano su un "rapporto giuridico".⁷⁰

Inoltre, siccome questi oggettivi e valori variano nel corso del procedimento, l'interesse non può più esser analizzato in maniera unica fin dall'inizio del processo (l'interesse *ad causam* della domanda), ma verificato per ogni atto o insieme di atti (interesse *ad actum*). Saremmo così attenti alle situazioni mutevoli e dinamiche che possono sorgere nel processo.

68. Moraes. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, pp.64-67. Come afferma Grasso, tre elementi vengono usati per fissare la nozione d'interesse ad agire: la causa o ragione determinante dell'interesse (normalmente il nucleo del concetto); il *quid* causato (raramente definito e generalmente intuito); e lo scopo o risultato preteso dall'interessato. La causa è l'elemento genetico dell'interesse, qualche volta la lesione (attuale o probabile nel processo cautelare), un danno nella sfera giuridica del soggetto. Il risultato preteso per quello che richiede rimette necessariamente alla causa dell'interesse, perché risolve la tensione esistente nel diritto materiale. Però, raramente si dà enfasi al *quid* intermedio tra la causa dell'interesse e il risultato preteso. Per l'autore, l'interesse può essere concepito solo come una situazione psicologica di tensione della causa al risultato, o, in altri termini, della necessità alla sua soddisfazione. Quindi, l'interesse soltanto potrebbe essere utilitario, non potendo sostituirlo per formulazioni legaliste o legate alla possibilità giuridica della richiesta, alla adeguazione del procedimento, ecc. Cfr. Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire, cit.*, pp.325-326, 338, 343-345. Chiaro che questa verifica non può essere meramente soggettiva, a costo che si perda la funzione di filtro normativo, ma può essere verificata oggettivamente.

69. Cfr. Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure, cit.*, p.336. Lo stesso è stato osservato nell'ammissibilità della litiganza congiunta (*joinder*) con base su giudizi di efficienza e convenienza dell'attuazione plurisoggettiva.

70. Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. cit.*, p.167-168.

2.6.1. *Segue. Applicazioni nella tutela di accertamento. Le Vorfragen*

Le zone d'interesse, nel verificare uno o alcuni atti processuali, permettono la segmentazione della partecipazione processuale, consentendo l'attuazione e l'intervento per finalità specifiche nel processo, purché utili al postulante.

L'approccio proposto può servire per la soluzione dei cosiddetti "temi di decisione", parcelle di una situazione giuridica sostanziale⁷¹ o prequestioni (*Vorfragen*), ossia situazioni giuridiche previe o premesse per la questione principale.⁷²

Ma il tema è molto polemico, soprattutto alla luce della teoria tradizionale circa la tutela di accertamento. È che la dottrina europea ha teorizzato il problema così: affinché le situazioni giuridiche sostanziali possano essere oggetto di accertamento, due principi devono essere osservati: 1) i diritti soggettivi (o rapporti giuridici tra soggetti) possono essere genericamente oggetto dell'accertamento; 2) viene negata la possibilità di accertamento giudiziale di situazioni giuridiche preliminari (esattamente le *Vorfragen*, situazioni che sono premesse ai diritti o rapporti giuridici).⁷³

Pertanto, viene spesso negata la possibilità di tutela di accertamento quando la parcella che si pretende vedere analizzata, se considerata isolatamente, non potrebbe essere oggetto di una pretesa autonoma.

Questo deriva dall'idea che un rapporto giuridico di diritto materiale può essere dedotto solo nella sua interezza, ma non in un *quid minoris*. Si ammette soltanto cognizione incidentale su questioni che potrebbero essere oggetto di processo autonomo, cioè questioni che hanno "vita propria".⁷⁴ In questa concezione, le situazioni giuridiche meramente preliminari potrebbero essere conosciute solo *incidenter tantum*, in un processo che avesse come oggetto altri diritti soggettivi o rapporti giuridici materiali; e le questioni di fatto o questioni giuridiche astratte, svincolate da qualunque conseguenza immediata, non potrebbero essere risolte incidentalmente.⁷⁵

Partendo dalla "de-rapportizzazione" dell'interesse ad agire qui difesa, possiamo riconoscere innumerevoli situazioni in cui ci sarebbe una zona d'interesse svincolata

71. Edoardo Ricci fornisce l'esempio della nullità di clausola contrattuale, che può essere premessa per altri diritti, come p.es., il risarcimento. E.F.Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, cit., p.655 e nota 8.

72. Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*, cit., p.130-132.

73. E.F.Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, cit., p.652-653. Secondo Edoardo F.Ricci, l'inammissibilità di accertamenti su questioni «preliminari» è la regola perché queste questioni non costituiscono un idoneo oggetto del processo. Per l'autore, se non vi è un oggetto idoneo, questo basta a rendere inammissibile la domanda e nemmeno si deve verificare se c'è interesse ad agire.

74. Così, p.es., con Montesano, Cfr.Verde, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1989, p.176.

75. Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.202.

dalla lite, dalla lesione a un diritto soggettivo o dal rapporto giuridico, autorizzando la soluzione delle situazioni preve come regola generale, anche nei casi in cui l'ordinamento non prevede espressamente questa possibilità.⁷⁶

Come ha notato il Grunsky,⁷⁷ uno stesso rapporto giuridico può creare svariate pretese, che non possono essere sempre portate allo stesso tempo nello stesso processo. Il frazionamento è necessario. Per Zeuner e Brehm, anche la differenza tra rapporto giuridico materiale e parcelle di una situazione sostanziale è in se stessa artificiale, più dogmatica che normativa, prodotta dall'influenza di concetti pandettistici che sono totalmente cambiati nell'attualità.⁷⁸

Argomento contrario alla possibilità di frazionamento della cognizione e del giudicato rispetto ad una situazione sostanziale è il principio secondo il quale le allegazioni su uno stesso rapporto di diritto materiale dovrebbero essere esaurite congiuntamente, a pena di preclusione.⁷⁹ In questa visione, se la domanda è stata dedotta in maniera incompleta, non potrebbero esserci nuove allegazioni. Inoltre, se si presentano argomenti di economia processuale: per diminuire il numero di processi, dovrebbero essere concentrate in uno stesso processo tutte le circostanze e conseguenze (effetti) riferenti allo stesso rapporto sostanziale. Così si evita una polverizzazione del rapporto materiale, "ritagliato", come afferma il Menchini, in vari processi e successive discussioni, proteggendo il convenuto con la sicurezza che non

76. E.F.Ricci ammette l'accertamento di qualche *Vorfragen*, ma dipendente delle previsioni specifiche di ogni ordinamento positivo. Qui vogliamo un approccio ancora più ampio.

77. Perché, per esempio, la scadenza e la quantificazione delle une e delle altre può verificarsi in momenti diversi. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.399-400. Dice l'autore che, se non provata questa molteplicità, mancherebbe l'interesse per l'azione di accertamento. Questo viene difeso dalla letteratura italiana e tedesca per l'azione di accertamento, specialmente la negativa, perché in questa l'interesse ad agire non può, ovviamente, essere vincolato al diritto soggettivo, ed i suoi presupposti devono essere studiati in un'altra prospettiva diversa da quella creata storicamente per l'azione di condanna. È anche una tendenza trovata nella giurisprudenza dei due paesi. Cfr.Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. cit.*, p.12-13; Lücke, *Zivilprozessrecht. cit.*, p.155; Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?, cit.*, p.209-210. La discussione è accesa in materia di diritto del lavoro e previdenziario. Come afferma il Marinelli, la giurisprudenza dei due paesi già ammette il frazionamento di questioni di merito, come si osserva in decisioni del *Bundesarbeitsgericht (BBm 1960, p.445; NJW, 1965, p.787)* e della *Cassazione* (per esempio, in materia di incapacità o invalidità (Cass. S.U. 12 novembre 1983, n.6713, *in Foro It.*, 1984, I, c.754 ss; Cass.30 de ottobre 1984, n.5551; Cass.15 luglio del 1987, n.6192, *in Foro It.*, 1988, I, c.2984. Altri esempi e casi possono essere trovati nella indispensabile opera del Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. cit.*, p.150-154; Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, *in Rivista di Diritto Processuale*, 1989, p.581.

78. Zeuner, *Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S. von § 256 Z.P.O.*, *in Festschrift für Ekkehard Schumann*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p.597 ss; Brehm, *Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse*, *in K.Schmidt (Org.). Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*. München, Band. III, 2000, pp.89 ss.

79. Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, *cit.*, p.574-575.

si ripeta il dibattito sulla stessa situazione soggettiva,⁸⁰ scopo raggiunto con istituti come la preclusione e l'efficacia preclusiva della cosa giudicata.

Pensiamo che queste obiezioni devono essere respinte. L'Allorio dice che tal raziocinio sarebbe possibile solo in un regime di tipicità delle azioni, dove per ogni fatto giuridico c'è un'unica *actio*. Nel diritto moderno, non c'è una mitica "unicità dell'azione"; c'è solo la situazione materiale e la sua relazione con il processo. Ha ragione il Verde quando afferma che tali argomenti derivano da una "esasperata versione" del principio di eventualità. L'autore deve essere libero per determinare la domanda, e se l'oggetto del processo deve avere una "unità strutturale minima",⁸¹ non si può esigere un contenuto, al di là di questo *minimum*, che sfugga alle valutazioni e strategie che sono validamente aperte alle parti. La tendenza pubblicista non può disprezzarli.

Di fatto, l'interesse pubblico non può imporre un contenuto alla domanda al di fuori delle richieste delle parti. Nelle parole del Carnacini, citato dal Verde, si deve verificare se la frazionabilità della domanda è un problema di tecnica (gestione) processuale o se riguarda la tutela richiesta.⁸² Inoltre, in un modello processuale ispirato all'iniziativa della parte, perché non potremmo pensare di dividere le pretese? Se vige il principio dispositivo, la libertà deve prevalere.⁸³ Le questioni preve decise rimarrebbero intese come "preliminari", nel senso che siano presupposti logici per la decisione di altre questioni in quello o in un altro processo; ma dobbiamo pensare alla cognizione e decisione al suo riguardo senza che come presupposto si esiga che, in altro processo, possano essere risolte autonomamente come oggetto principale.⁸⁴

Marinelli e Trzaskalik arrivano alla stessa conclusione, differenziando la relazione tra le specie d'azione e il diritto materiale. Se nell'azione costitutiva il soggetto deve richiedere la modifica, estinzione o creazione di un rapporto giuridico; se nell'azione di condanna deve richiedere una prestazione materiale, con lo scopo di formare un titolo esecutivo; già nell'azione di accertamento è più difficile trovare la "zona di tutela" permessa dall'ordinamento. È che nell'azione di accertamento non si promuove esecuzione o modifica *ope iudicis* di un rapporto giuridico, non essendoci ostacolo per la deduzione di una parcella di un rapporto giuridico mate-

80. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987, p.280-281; Cfr. Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.574.

81. Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.582.

82. Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.576 e nota 7.

83. Cfr. Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.575; Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. cit., p.134.

84. Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.215.

riale. Manca alla tutela di accertamento il “parametro di riferimento” (*Bezugspunkt*) che risulta dal diritto materiale e quindi non ha senso distinguere il tutto e la parte. Per loro, se il soggetto avrà qualche utilità pratica nella richiesta, ancorché riguardi parcella del rapporto materiale, sarà possibile la tutela di accertamento.⁸⁵

Nemmeno convince l'argomento di economia processuale: invece, la soluzione di una prequestione, sebbene possa instaurare un altro processo, ne può evitare molti altri.

Non c'è perciò alcun senso, cognitivo o sistemico, per non ammettere che ci sia risoluzione indipendente di elementi e prequestioni di una pretesa. Condizione per la sua decisione deve essere che ci sia una zona d'interesse per il soggetto.

Resta ancora l'argomento contrario dell'indefinizione dei limiti oggettivi della cosa giudicata e di un supposto *deficit* per la difesa del convenuto, che potrebbe vedersi confrontato in diversi processi ritagliati. Pensiamo che non ci sia problema nel ammettere la risoluzione di una situazione incidente, qualsiasi ne sia il contenuto, se ci affidiamo alla razionalità dinamica della decisione, con ampia possibilità di controllo e precisa delimitazione dell'oggetto del giudicato.⁸⁶ Risolto il problema pratico della esatta individualizzazione della *fattispecie* allegata (azione e difesa), resta superato anche il problema connesso dei limiti del giudicato.⁸⁷ Inoltre, il contraddittorio può compensare una deflazione della protezione del convenuto e del diritto di difesa. Quando la questione viene discussa, qualunque ne sia la natura (incidente o non), il convenuto sarebbe protetto da una ridiscussione.⁸⁸

Pensiamo che lo sviluppo di queste idee può essere utile, ancora nella tutela di accertamento, anche per i diritti sottomessi a condizioni o termini, che possono essere accertati giudizialmente anche nell'inesistenza di qualsiasi lesione.⁸⁹

Con l'allargamento dell'interesse processuale dal concetto di zone d'interesse, la tutela di accertamento guadagna nuovi contorni e grande utilità che la tutela di condanna non ha, perdendo la macchia di tutela “supplente” di quella di condanna.⁹⁰ Nell'azione di accertamento, la concezione tradizionale dell'interesse ad agire rende il provvedimento quasi solo cognitivo. Ma tutti coloro che ricorrono alla giustizia vogliono realizzare praticamente il diritto, e non solo ottenere una cognizione.⁹¹ Forse è arrivato il momento, come sostenuto dal Nasi, di recuperare un senso più

85. Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. cit.*, p.145; Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. cit.*, p.133-134.

86. In senso simile, Verde, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità, cit.*, p.175.

87. Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire, cit.*, p.1147.

88. Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine), cit.*, p.577.

89. Wach, *Der Rechtsschutzanspruch, cit.*, p.15.

90. Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?, cit.*, p.210.

91. Wach, *Der Rechtsschutzanspruch, cit.*, p.21.

“esecutivo” dell’interesse ad agire, e non soltanto cognitivo,⁹² riconoscendo, attraverso le zone d’interesse, altre applicazioni della tutela di accertamento.

Però, dobbiamo ricordare che l’utilità del provvedimento deve essere *attuale e concreta*, proibendo la soluzione di una questione astratta, immaginariamente proiettata come un problema distante. La tutela di accertamento non può essere basata sull’astratto interesse ad una sicurezza più forte, per compensare processualmente le incertezze naturali del traffico giuridico.⁹³ Dunque deve essere basata su fatti concreti. Per che venga autorizzata la legittima attuazione giudiziale, deve esserci una zona d’interesse “concreta, effettiva ed attuale” per la tutela giuridica,⁹⁴ cioè soltanto se il richiedente avrà qualche utilità pratica nella richiesta ancorché riguardi soltanto una parcella del rapporto materiale.⁹⁵

92. Nasi, *Interesse ad agire*, in *Enc.dir.*, XXII, 28 ss., spec.44.

93. Wach, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Reimpressione dell'originale, 1888, p.52; Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, cit., p.194. Cfr. Buzbee, *Standing and the Statutory Universe*, in *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 11.2, Spring, 2001, p.253. Questa è anche la giurisprudenza della *Supreme Court* degli Stati Uniti. Per la Corte, lo *standing* non è un esercizio accademico ingegnoso, ma una dimostrazione di un pregiudizio percepibile: “standing is not ‘an ingenious academic exercise in the conceivable,’ *United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, 412 U. S. 669, 688 (1973), but as we have said requires, at the summary judgment stage, a factual showing of perceptible harm”. Cfr. *Lujan v. Defenders of Wildlife* [504 U.S. 555 (1992)]. In *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.* [454 U. S. 464, 472 (1982)], il *Justice J.Stevens* ha detto che: “The Court’s holding that there is an outer limit to the power of Congress to confer rights of action is a direct and necessary consequence of the case and controversy limitations found in Article III. I agree that it would exceed those limitations if, at the behest of Congress and in the absence of any showing of concrete injury, we were to entertain citizen suits to vindicate the public’s nonconcrete interest in the proper administration of the laws. While it does not matter how many persons have been injured by the challenged action, the party bringing suit must show that the action injures him in a concrete and personal way. This requirement is not just an empty formality. It preserves the vitality of the adversarial process by assuring both that the parties before the court have an actual, as opposed to professed, stake in the outcome, and that ‘the legal questions presented . . . will be resolved, not in the rarified atmosphere of a debating society, but in a concrete factual context conducive to a realistic appreciation of the consequences of judicial action.’”

94. Bülow, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*, cit., p.216: “Das wird denn auch sowohl durch das, was Wach (Handbuch, s.21) über die Abhängigkeit des Rechtsschutzanspruchs von der ‘Rechtsposition’ der Partei und (s.19 u.22) über das zum Rechtsschutzanspruch erforderliche, den Anspruch auf prozessualischen Rechtsschutz begründende ‘wirkliche, nicht eingebildete Rechtsschutzinteresse’ bemerkt, bestätigt, wie durch seine Erklärung (Feststellungsanspruch,s.15), der Rechtsschutzanspruch sei ‘geknüpft an konkrete ausserprozessualische Thatbestände’”. Cfr. Wach, *Der Feststellungsanspruch*, cit., p.15, 52-54; Verde, *Sulla ‘minima unita strutturale’ azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.577; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, cit., p.214; Greco, *A teoria da ação no processo civil*, cit., p.39-40. La questione dell’attualità dell’interesse non si confonde con l’utilità del rapporto giuridico. Come afferma il Grunsky, può esserci accertamento su un rapporto giuridico preterito purché le conseguenze o effetti del rapporto giuridico siano attuali. Cfr. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, cit., p.372-373.

95. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*. cit., p.371-372; Marinelli, *La clausola generale dell’art.100 C.P.C. cit.*, pp.142, 147.

2.6.2. Segue. Altre applicazioni delle zone d'interesse. Diritti condizionati, fattispecie di formazione progressiva, procedimenti probatori senza *periculum in mora*, indefinizione soggettiva, ecc

Il concetto più flessibile di zona d'interesse può essere utilizzato al di là della tutela di accertamento.

Così si può ampliare la sfera di applicazione dell'interesse ad agire per i procedimenti di accertamento fattivo svincolati dai requisiti di cautelarietà o di una lite futura, che non rientrerebbero totalmente nella tradizionale identificazione, rispetto alla tutela cautelare, dell'interesse processuale con il *periculum in mora*.⁹⁶

Il concetto di zone d'interesse potrebbe essere utile anche dove la *fattispecie* costitutiva del diritto materiale sia di formazione progressiva, come molti casi in materia previdenziale o laborativa.⁹⁷ In quest'ipotesi, può sussistere l'interesse di risolvere una controversia intorno ad una determinata parcella della situazione materiale, che sorgerà nella sua integralità soltanto nel futuro esattamente perché ancora in corso di sviluppo.

Le zone d'interesse possono servire ancora per modernizzare l'interesse ad agire per gli interventi di terzi, allargando la concezione dell'interesse giuridico. Nei casi in cui non sia così semplice identificare con precisione tutte le posizioni soggettive correlate che siano in gioco o che possano subire interferenze dalla discussione del processo (pretese multilaterali), si fa necessario un interesse ad agire che non rimetta ad un diritto soggettivo o rapporto giuridico.⁹⁸ Qui, siccome non c'è una referenza soggettiva chiara che permetta un giudizio di comparazione preciso e diretto con alcuni soggetti determinati (come succede nel diritto soggettivo o nel rapporto giuridico)⁹⁹, non si può usare la legittimazione e l'interesse ad agire negli stessi modelli classici.¹⁰⁰

96. Neanche con l'accessorietà del processo cautelare. Si tratta di procedimenti simili alla *discovery* e *disclosure* del *common law* e ai procedimenti come quelli del § 485 della ZPO tedesca (*selbständiges Beweisverfahren*), dell'art.145 del *Código de Procédure Civile* francese e dell'art.696-bis del Codice italiano. Cfr.Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LX, n.3, luglio-settembre, 2005, pp.781 ss; Besso, *La prova prima del processo*. Torino: G.Giappichelli, 2004, pp.103 ss; Montesano, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXIV, II, 1969, pp.597-600; Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. cit., p.13. Da notare che la parte finale del § 485, II della ZPO tedesca dice che c'è interesse quando il soggetto desidera evitare una lite futura: "Ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann".

97. Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.203.

98. Ci sono molti situazioni materiali che oggi non sono suscettibili di titolarità individualizzata. Cfr.Caponi, *Litisconsorzio 'aggregato'. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, disponibile in www.judicium.it, accesso nel 11.02.2009, n.8, p.9.

99. Qualunque formato privatista e obbligazionale è difficilmente compatibile con la pluralità soggettiva, come si vede nella tutela collettiva. Cfr.Caponi, *Litisconsorzio 'aggregato'. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., n.5 e 6, p.6 ss.

100. Dunque, come afferma Merlin, dobbiamo utilizzare la dinamica giuridica per risolvere la possibilità di formulare pretese multilaterali. Cfr.Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.213-215.

Per casi come questi, gli ordinamenti del *common law*, p.es., accennano verso un procedimento proprio di controversia plurisoggettiva denominato *interpleader* (*Rule 22 delle Federal Rules of Civil Procedure*), che può essere utilizzato quando i “contro-interessati” sono indefiniti,¹⁰¹ e che permette attuazioni dinamiche: il soggetto può accedere al processo o ritirarsi dalla lite secondo la strategia del momento, e per queste attuazioni deve essere riconosciuta una legittima zona d’interesse.¹⁰²

Forse il concetto di interesse ad agire debba avvicinarsi, nel processo civile moderno, al concetto di “interesse legittimo” della giurisdizione amministrativa europea, dove non c’è esigenza di riferimento diretto ad un rapporto giuridico o diritto soggettivo dell’interessato,¹⁰³ e dove spesso l’interesse economico è ammesso.¹⁰⁴ Basta, per esempio, che il soggetto dimostri che il risultato del processo possa avere qualche ripercussione o effetto nella sua sfera giuridica per autorizzare l’attività processuale.¹⁰⁵

3. BREVE CONCLUSIONE

L’interesse ad agire è uno di quei concetti giuridici costruiti su premesse che non rispondono ai problemi attuali del processo civile, specialmente nel campo dei moderni procedimenti esecutivi e di accertamento fattico, e anche agli accordi procedurali e soluzioni cooperative. Oltre a ciò, è un concetto che limita troppo l’intervento di terzi.

Nell’impossibilità di estendere tutti i temi correlati, le infinite applicazioni pratiche della tesi e le obiezioni ad essa, lasciamo per un’altra opportunità un trattamento più ampio. Speriamo tuttavia che tutto quanto qui esposto possa aver risvegliato l’attenzione dei lettori non solo per il tema specifico, ma anche per la constatazione che lo studio delle condizioni dell’azione non è stato superato. C’è ancora molto da sviluppare.

Le nuove e le future generazioni saranno chiamate a studiare l’azione alla luce della molteplicità di meccanismi di tutela oggi esistenti e di fronte a realtà processuali mutevoli che riflettono nel processo il dinamismo della vita moderna.

101. Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure*, cit., pp.779 e ss.

102. Per più referenze, Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure*, cit., pp.782-785. Il Dinamarco, in Brasile, ha anche parlato dello scarso trattamento dato alla figura del litisconsorzio alternativo o eventuale, che potrebbe servire in questi casi Cfr.Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p.390 e ss.

103. Ancorché molti autori riconoscano la bi- o multipolarità degli interessi in disputa. Cfr.Wolff-Bachof-Stober, *Verwaltungsrecht*. Band 2. München: C.H.Beck, 6.Auflage, 2000, p.308.

104. Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, cit., p.32

105. Così già veniva il pensiero del Klein, almeno per la tutela di accertamento nel processo civile: “Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung kann ebensogut durch Handlungen dritter Personen oder durch rein objective, nicht rechtsgeschäftige, vielleicht gar nicht juristische Vorgänge ausgelöst werden. Alle die unzähligen Geschehnisse, die factisch oder juristisch unmittelbar oder mittelbar in unsere Rechts- und Vermögenssphäre eingreifen und sie in uns nachtheiligem Sinne verändern oder doch verändern können, sind denkbare berechnete Anlässe zu Feststellungsklagen”. Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, cit., p.194. Disposizioni in questo senso troviamo nel §13 della VwVfG (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). Lo stesso pensiamo che potrebbe essere difeso per i casi d’intervento dell’*amicus curiae*, la cui attuazione viene svincolata dagli interessi materiali.

CAPÍTULO V

ESBOÇO DE UMA TEORIA PROCESSUAL DO DIREITO

*Darci Guimarães Ribeiro**

Sumário: 1. Necessidade, bem e interesse – 2. Conflito de interesses – 3. Direito objetivo – 4. Dupla função do ordenamento jurídico: 4.1. Função psicológica; 4.2. Função judicial.

“Más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología”. (GUASP, la pretención processual, en Anuário de Derecho civil, 1952, t.V, fasc.1º, pág. 26).

1. NECESSIDADE, BEM E INTERESSE

Para compreender melhor o direito, se deve partir do princípio. E o que se pode entender por princípio, tratando-se de direito? Certamente que não é definindo-o, pois para isso já existem muitos estudos. A questão deve ser delineada sobre a forma de conceber-se o direito, e dizer, como surge o direito?. Com toda a certeza se pode afirmar que o direito não se encontra na natureza, pois não é nem sólido, nem líquido, nem gasoso, nem tão pouco apresenta estrutura molecular, nem atômica, nem celular, não pertence nem ao reino animal, nem ao mineral, nem tão pouco ao vegetal¹. Então, o que é o direito?. O direito é um produto criado pelo homem e para o homem², está diretamente vinculado a ele, pois como já disse PROTÁGORAS,

* Advogado. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC/RS. Professor Titular de Direito Processual Civil da PUC/RS da Unisinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro representante do Brasil no Projeto Internacional de Pesquisa financiado pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC – da Espanha, segundo Resolução de 14 de dezembro de 2004, da Secretaria de Estado de Universidades e Investigações, publicada no Boletim Oficial do Estado nº 312, de 28 de dezembro de 2004.

1. De igual modo, RECASÉNS SICHES afirma: “Presentimos que en ningún sector de la naturaleza, ni física, ni química, ni orgánica, hallaremos al Derecho”. *Tratado general de filosofía del derecho*. Edit: Porrúa, México, 1975, 5ª ed., p. 53.
2. Para RADBRUCH, “El Derecho es obra humana, y como toda obra humana sólo puede ser comprendida a través de su ‘idea’”. *Filosofía del derecho*. (s/t), Edit: Comares, Granada, 1999, 4ª ed., § 1º, p. 4. Esta é também a idéia que recorre na obra de DÍEZ-PICAZO, quando afirma: “El derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas”. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Edit: Ariel, Barcelona, 1993, 3ª ed., p. 8. Assim como a opinião de CESARINI-SFORZA, para quem a experiência jurídica representa “el efectivo desarrollo de la vida del derecho en las cotidianas relaciones humana”. *Filosofía del derecho*. (traducción de Marcelo Cheret), Edit: Ejea, Buenos Aires, 1961, nº 48, p. 174; e de LOIS ESTÉVEZ, ao dizer que “el Derecho es un fenómeno de la experiencia humana, y que, por ende, su estudio científico no debe efectuarse sino de cara a la realidad social empírica”. *Problemas do*

“*El hombre es la medida de todas las cosas*”³. Para entender realmente o direito é necessário conhecer, em primeiro lugar, a natureza daquele que o concebeu para seu melhor desenvolvimento, o homem⁴, e, para tanto, quanto mais se conheça a natureza do homem, mais se conhecerá seu produto, o direito. Não é nosso propósito, com base nesta afirmação, fazer uma investigação sobre a natureza do homem, mas somente destacar algumas de suas características essenciais que nos ajudarão a compreender melhor o direito.

objeto do processo en nuestro sistema legal, en Anuario de Derecho Civil, 1955, t. VIII, fasc. I, p. 81. Porem, o que devemos entender por *experiencia jurídica*? Qual seu significado? A resposta pode ser encontrada nas brilhantes palavras de PAOLO GROSSI, para quem: “Experiencia jurídica significa, de hecho, un modo peculiar de vivir el Derecho en la historia, de percibirlo, conceptualizarlo, aplicarlo, en conexión con una determinada visión del mundo social, a determinados presupuestos culturales; significa, por tanto, un conjunto de elecciones peculiares y de soluciones peculiares para los grandes problemas que supone la creación del Derecho en conformidad con los distintos contextos históricos”. *El orden jurídico medieval*. (traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez), Edit: Marcial Pons, Madrid, 1996, cap. II, nº 3, p. 45. E mais adiante continua evidenciando que: “La experiencia jurídica es sin embargo, una orientación y actitud general que se convierte, por decirlo así, en el clima general de una determinada civilización histórica; vinculada a la vida de esta civilización en el tiempo y en el espacio, expresa vívidamente las fuerzas históricas – materiales y espirituales – que la recorren, traduciéndolas en opciones de vida jurídica. Es, por tanto, un conjunto de directivas fundamentales, casi una gran ‘koiné’ antropológica, que tiene necesidad, para realizarse, de un prisma que la especifique y la concrete, que traduzca actitudes y orientaciones de la acción jurídica en esquemas eficaces de vida”. *El orden jurídico medieval*. ob. cit., cap. II, nº 5, p. 51.

3. *Protágoras de Abdera, Dissoi Logoi*. Textos relativistas, edición de José Solana Dueso, Edit: Akal, 1996, p. 98. A este respeito, afirma acertadamente FERNÁNDEZ-GALIANO y CASTRO CID, que: “Desde el punto de vista filosófico, los sofistas aportan, por primera vez, la tesis relativista en orden al conocimiento humano, plasmada crudamente en la conocida expresión de PROTÁGORAS. El hombre es la medida de todas las cosas. en la que queda patente la negación de toda verdad permanente y absoluta”. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natura*. Edit: Universitas, Madrid, 1999, 3ª ed., lección XXII, p. 404. Deste modo, se todo o conhecimento humano é relativo e mutável, o direito, como obra humana que é, não admite uma verdade universal, absoluta e permanente, antes ao contrário, admite exclusivamente uma ‘verdade’ verosímil, circunscrita a uma realidade e temporariamente, efêmera, já que nasce de uma sociedade dinâmica que se desenvolve permanentemente e desprende uma complexidade cada vez maior de situações jurídicas que necessitam ser acolhidas e adequadamente resolvidas pela mesma sociedade. Pretender que o direito possua uma verdade universal, absoluta e permanente, significa imobilizar o desenvolvimento social das pessoas que estão em constante evolução.
4. Do mesmo modo, CICERÓN, quando disse: “Así, hemos de explicar la naturaleza del derecho, deduciéndola de la naturaleza del hombre”. *Las leyes*, (traducción de Alvaro D’Ors), Edit: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 3ª ed., p. 71 (en el original L. I, 17). No mesmo sentido, CARNELUTTI, afirma dentro de sua metodologia, que para conhecer o direito “debemos estudiar los actos de los hombres como el botánico y el zoólogo estudian la vida de las plantas o de los animales, y no importa nada, sostengo ahora, que estos actos sean manifestaciones del espíritu y que como tales los debamos considerar, porque si el espíritu no es conducta – como hoy alguno prefiere sostener –, se manifiesta, no obstante, en la conducta y no hay más que observar ésta para poderlo estudiar”. *Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico*. en Rev. Der. Proc., 1957, nº 1, p. 24. Para um estudo mais profundo sobre as diversas características do homem desde uma perspectiva filosófica, vid. PERPIÑÁ RODRIGUEZ. *Los problemas del hombre y de la vida humana*. Edit: C. S. I. C. Instituto «Balmes» de Sociología, Madrid, 1949, t. I, p. 19 y ss.

Nós sabemos que todos os homens possuem necessidades ⁵, sem nenhuma exceção, e que estas necessidades podem ser das mais diversas formas ⁶, para tanto, é fácil concluir que as necessidades são parte da natureza humana ⁷, sendo uma regra básica para o homem e constituem um pressuposto das ações humanas que estão condicionadas por elas e que segundo ARTURO ROCCO, “*procede dall’istinto*”⁸.

A necessidade é um estado afetivo⁹, de caráter subjetivo e pessoal ¹⁰, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para

5. O primeiro jurista a estudar o conceito de necessidade para determinar o conceito de interesse foi ROMAGNOLI, no ano de 1840, quando publicou, “Genesi del diritto penale”, segundo nos informa ARTURO ROCCO. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. en *Opere Giuridiche*, Edit: Foro Italiano, Roma, 1932, vol. I, p. 259, nota 41. O estudo da necessidade é muito conhecido, e hoje já tradicional, entre os economistas, como se pode comprovar nas obras de BODIN. *Principios de ciencia económica*, (traducción de Luis de Garay). Edit: Jus, México, 1946, p. 99 y ss.; UGO PAPI. *Principii di economia*. Edit: Cedam, Padova, 1953, 12ª ed., vol. I, p. 23 y ss.; COSCIANI. *Elementi di economia política*. Edit: Cedam, Padova, 1965, 8ª ed., p. 25 y ss.; BRESCIANI-TURRONI. *Corso di economia política*. Edit: Giuffrè, Milano, 1953, v. I, p. 62 y ss.; DUE. *Análisis económico*. (traducción de Enrique Silberstein), Edit: Eudeba, Buenos Aires, 1967, p. 4 y ss.; McCORMICK; B.J.; KITCHIN, P.D.; MARSHALL, G.P.; SAMPSON, A. A.; SEDGWICK, R. *Introducción a la economía*, (traducción de Miguel Paredes). Edit: Alianza, Madrid, 1965, vol. I, p. 43 y ss.
A noção de necessidade ocupa uma posição chave na economia porque é a primera causa de toda a atividade econômica, razão pela qual pode ser definida, segundo DUE, como “el estudio de la organización que tiene por objeto dirigir la utilización de los recursos escasos para satisfacer necesidades humanas”. *Análisis económico*. ob. cit., p. 4.
6. Entre os economistas a classificação das necessidades varia de autor para autor. Segundo BODIN, as necessidades podem classificar-se em *atractivas e repulsivas, físicas e psíquicas, presentes e futuras, esenciales e secundarias*. *Principios de ciencia económica*. ob. cit., p. 107 y 108; COSCIANI As classificam em necessidades de *existencia* (que pueden ser de primer o de segundo grado) e de *civilidade, individuais e coletivas* (que pueden ser colectivas privadas o públicas). *Elementi di economia política*. ob. cit. p. 27; y UGO PAPI em necessidades de *existencia* e de *luxo*. *Principii di economia*. ob. cit., p. 25. O que é certo, e não se pode negar, e é fato de que sendo essencias ou secundárias, presentes ou futuras, individuais ou coletivas, de existência ou de luxo, nenhuma das necessidades deixa de ser, sendo assim, qualquer das qualidades que se ponha nas necessidades não faz com que se altere a substância delas.
7. É não só a natureza humana, pois como disse LEONARDO DA VINCI, “Maravillosa necesidad; tú, con la razón suprema, obliga a que todos los efectos sean resultado directo de sus causas y a que cada una de las acciones de la naturaleza te obedezca siguiendo el proceso más corto posible por medio de una ley suprema e irrevocable. (...) La necesidad es la maestra y guía de la naturaleza. La necesidad es la materia y la inventora de la naturaleza, su freno eterno y su ley”. *Cuadernos de notas*, (traducción José Luis Velaz). Edit: Edimat, Madrid, 1999, p. 207 y 208.
8. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. ob. cit., p. 260. Adotando também este ponto de vista, encontramos a UGO ROCCO. *Tratado de derecho procesal civil*. t. I, Edit: Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 16. De igual modo, para ALF ROSS, “*las necesidades tienen sus raíces en un mecanismo biológico de autorregulación (necesidad en sentido biológico)*”. *Sobre el derecho y la justicia*, (traducción de Genaro R. Carrió). Edit: Eudeba, Buenos Aires, 1997, 2ª ed., cap. XVII, nº LXXXIV, p. 437.
9. Este termo é aplicado aqui no sentido psicanalista, sendo assim, “Cualquier estado afectivo definido como traducción subjetiva de la cantidad de energía pulsional, no necesariamente unido a una representación”. en *Diccionario general de la lengua española*. Edit: Larousse, 1997, p. 26.
10. Não é correto falar de necessidades coletivas, pois conforme BRESCIANI-TURRONI, “L’espressione è impropria perchè la <collettività> è un concetto astrato, e non un organismo superiore, dotato di organi sensori suoi propri”. *Corso di economia politica*, ob. cit., v. I, p. 65, nota 35. Além do mais, toda

indivíduo, e dentro do indivíduo em ambientes e tempos diversos. Pode ser definida, segundo o conceito de BODIN, como “*un estado afectivo debido a una ruptura de equilibrio*”¹¹. Quando o homem se encontra, momentaneamente, sem nenhuma necessidade, se pode dizer que está em perfeito equilíbrio não somente físico, mas também psíquico, porém quando surge nele a necessidade, qualquer que seja, este estado inicial de equilíbrio se rompe, sendo necessário, então, o restabelecimento daquele estado anterior. Este restabelecimento é alcançado através da satisfação da necessidade, razão pela qual a busca de satisfação aparece como uma tentativa de restabelecer o equilíbrio que se havia perdido ¹².

Quando a necessidade é satisfeita e o homem volta ao equilíbrio, gera ao homem um estado de prazer¹³, pelo simples feito de eliminar a necessidade, desaparecendo assim o estado de dor, que resulta da contínua falta de equilíbrio¹⁴.

necessidade coletiva é uma necessidade sentida pelo homem enquanto ser social, neste sentido UGO PAPI. *Principii di economia*, ob. cit., pág. 27 y COSCIANI. *Elementi di economia politica*, ob. cit., p. 27. De igual modo, CARNELUTTI destaca que: “Todas las necesidades son individuales. La necesidad es una actitud del hombre, en singular; no existen ‘necesidades de la colectividad’ como tal. Cuando se habla de ‘necesidades colectivas’ se emplea una expresión traslaticia, para significar necesidades que son sentidas por todos los individuos pertenecientes a un grupo dado. Existen, en cambio, ‘intereses individuales’ e ‘intereses colectivos’”. *Sistema de derecho procesal civil*, (traducción Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo). Edit: Uthea, Buenos Aires, 1944, v. I, p. 12 y también en *Lezioni di diritto processuale civile*. Edit: Cedam, Padova, 1986, v. I, p. 6.

11. *Principios de ciencia económica*, ob. cit., p. 102. Os economistas conceituam as necessidades de maneira mais ampla ou mais sintetizada, como se pode perceber no conceito de BRESCIANI-TURRONI, que a define como: “Uno stato di insoddisfazione al quale si accompagnano la consapevolezza dell’esistenza di un mezzo - una cosa materiale o un servizio – atto a far cessare o ad alleviare quello stato, e il desiderio di possedere quel mezzo”. Corso di economia politica, ob. cit., v. I, p. 63, também UGO PAPI, indica que: “I bisogni si presentano come stati di ‘tensione’ della volontà e dello spirito, dai quali l’uomo cerca di uscire per mettersi in condizione di appagamento e di quiete”. *Principii di economia*, ob. cit., p. 24.
12. BODIN. *Principios de ciencia económica*, ob. cit., p. 102. De igual modo, ALF ROSS. *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., cap. XVII, nº LXXXIV, p. 437.
13. Para KANT, o prazer é “aquella representación donde se da una coincidencia entre el objeto o la acción con las condiciones subjetivas de la vida, o sea, con la capacidad causal de una representación con respecto a la realidad de su objeto (o con la determinación de las fuerzas del sujeto para producirlo mediante su acción)”. *Crítica de la razón práctica*, (traducción de Roberto Rodríguez Aramayo), Edit: Alianza, Madrid, 2000, p. 60 (en la edición del original alemán [A 16] y en la paginación de la Academia <AK. V, 9>).
14. Para GUASP, a insatisfação humana nasce “de una insatisfacción profunda frente a otros hombres” y “(...) de esta insatisfacción del hombre arranca una de sus básicas actitudes sociales, la queja; la reclamación o protesta”, razón por la cual “el hombre es un animal insatisfecho, el hombre es un animal que se queja, un ser plañidero”. *La pretensión procesal*. Edit: Cívitas, 1985, 2ª ed., p. 39 y también en *Estudios Jurídicos*, Edit. Cívitas, 1996, Madrid, p. 582.

É sugestivo notar o que escreveu LEONARDO DA VINCI sobre o prazer e a dor: “El placer y el dolor se nos presentan como dos hermanos gemelos. Nunca se da el uno sin el otro. Parece como si estuvieran unidos por la espalda, porque son contrarios entre sí. (...) Ambos, placer y dolor, coexisten en un mismo cuerpo, porque tienen el mismo origen: El origen del placer es el trabajo con dolor; los orígenes del dolor son los vanos y caprichosos placeres.”. *Cuadernos de notas*, ob. cit., p. 183 y 184.

O prazer e a dor são a causa de toda a atividade humana¹⁵, já que o homem age para escapar da dor e alcançar assim o prazer¹⁶. Estes estados só podem ser considerados subjetivamente, é de dizer, quando falamos de prazer e de dor, nos referimos a

15. Assim, desde uma perspectiva filosófica KANT nos ensina que a experiência humana é o fator determinante do prazer ou de dor. Segundo este autor, “como es imposible apereibirse ‘a priori’ de qué representación se verá acompañada por el ‘placer’ y cuál en cambio por el ‘displacer’, entonces le incumbiría exclusivamente a la experiencia estipular lo que fuera inmediatamente bueno o malo. La única propiedad del sujeto en relación con la cual puede hacerse dicha experiencia es el ‘sentimiento’ de placer y displacer, en cuanto receptividad propia del sentimiento interno, y así el concepto de lo que sea inmediatamente bueno sólo resultaría atribuible a cuanto se halle directamente vinculado con la sensación del ‘deleite’, mientras que el concepto de lo malo por antonomasia tan sólo habría de referirse a cuanto provoque ‘dolor’ sin más”. *Crítica de la razón práctica*, ob. cit., p. 139 y 140 (en la edición del original alemán [A 102] y en la paginación de la Academia <AK, V,58>). De acordo com a opinião de BENTHAM: “La naturaleza ha puesto al hombre bajo el imperio del ‘placer’ y del ‘dolor’: á ellos debemos todas nuestras ideas: de ellos nos vienen todos nuestros juicios y todas las determinaciones de nuestra vida. El que pretende substraerse de esta sujeción no sabe lo que dice, y en el momento mismo en que se priva del mayor deleite y abraza las penas mas vivas, su objeto único es buscar el ‘placer’ y evitar el ‘dolor’. Estos sentimientos eternos é irresistibles, deben ser el grande estudio del moralista, y del legislador. El ‘principio de la utilidad’ lo subordina todo á estos dos móviles”, (sic) *Principios de legislación*, en *Tratados de Legislación Civil y Penal*, (traducción de Magdalena Rodríguez Gil). Edit: Nacional, Madrid, 1981, cap. I, p. 28. Para SÉNECA, desde o prisma de sua filosofia moral, “todo cuanto hacemos lo realizamos por imperativo del vicio o de la virtud”. *Epistolas morales a Lucilio*, (traducción de Ismael Roca Meliá). Edit: Gredos, Madrid, 2001, v. II, L. XVII-XVIII, Ep. 106, p. 281.
16. Este ponto de vista, sobre a natureza da atividade humana, diverge do sustentado por SANTO TOMÁS y ARISTÓTELES. Para o primero, “Todo agente necesariamente obra por un fin”. *Suma teológica*, (traducción de Fr. Teófilo Urdanoz). Edit: Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLIV, t. IV, p. 102 (Ia, IIæ, q. 1, artículo 2, *ad Resp.*), e este fim, segundo o autor, é a “felicidade” que “puede considerarse como un bien final y perfecto”. *Suma teológica*, ob. cit., t. IV, p. 252, (Ia. IIæ., q.5, artículo 8, *ad 2*). Para o segundo: “Si, pues, de las cosas que hacemos hay algún fin que queramos por sí mismo, y las demás cosas por causa de él, y lo que elegimos no está determinado por otra cosa - pues así el proceso seguiría hasta el infinito, de suerte que el deseo sería vacío y vano-, es evidente que este fin será lo bueno y lo mejor”. *Ética Nicomáquea*, (traducción de Julio Pallí Bonet). Edit. Gredos, Madrid, 2000, L. I, n° 1094a-19, p. 24, e este sumo bem é a felicidade, *Ética Nicomáquea*, ob. cit., L. I, n° 1097b, p. 34.
- Discrepo da idéia de que toda atividade do homem vai para a felicidade, pois entendo como SCHOPENHAUER: “Se o sentido mais próximo e imediato de nossa vida não é o sofrimento, nossa existência é o maior contra-senso do mundo. Pois constitui um absurdo supor que a dor infinita, originária da necessidade essencial à vida, de que o mundo está pleno, é sem sentido e puramente accidental. Nossa receptividade para a dor é quase infinita, aquela para o prazer possui limites estreitos. Embora toda infelicidade individual apareça como exceção, a infelicidade em geral constitui a regra.”, *Parerga e Paralipomena*, en los *Pensadores-Schopenhauer*. Edit: Nova Cultural, 1988, § 148, p. 216. Em minha opinião, a dor é da natureza do homem, e não a felicidade, razão pela qual toda atividade do homem tem por fim, essencialmente, fugir da dor, e quando se foge da dor se consegue o prazer, a felicidade, pois, quanto mais nos distanciamos da dor, mais próximos estamos do prazer e vice-versa. Dito em outras palavras, a felicidade se alcança de forma indireta, pelo feito de fugir da dor, tanto é assim que só teremos felicidade quando não sofremos, a vida e a história nos demonstram que o homem aprende muito mais com a dor do que aprende com o prazer. Neste sentido, ESQUILO ja em sua obra “*Agamenón*”, ao falar de aprendizagem mediante a dor, afirma: “Porque Zeus puso a los mortales en el camino del saber, cuando estableció con fuerza de ley que se adquiriera la sabiduría con el sufrimiento”. *Agamenón*, en *Tragedias*, (traducción de Bernardo Perea Morales). Edit: Gredos, Madrid, 2000, p. 112, en el original (177). Assim mesmo, NIETZSCHE, destaca que: “No llegamos a la ‘sabiduría’ sino por la desgracia, no somos ‘buenos’ sino por la maldad de los demás”. *El viajero y su sombra*, en *Obras Inmortales*. Edit: Edicomunicación, Barcelona, 2000, t. 1, n° 62, p. 64; insiste nesta idéia na obra “La gaya ciencia” al indicar que: “En el dolor hay tanta sabiduría como en el placer: ambas son las dos grandes fuerzas conservadoras de la especie. Si el dolor no fuese así, habría desaparecido ha mucho tiempo”. *La gaya ciencia*, en *Obras Inmortales*, ob. cit., t. 1, n° CCCXVIII, p. 326.

estados anímicos, variáveis de pessoa a pessoa, porque aquilo que para um é capaz de propiciar o prazer, para outro pode propiciar a dor, e vice-versa, como por exemplo, a leitura, a comida, uma viagem, etc¹⁷.

A necessidade é determinada¹⁸ (de comer, beber, vestir, etc). De igual modo, se uma pessoa tem necessidade, esta, precisa ser satisfeita, se quer evitar a dor; E o que satisfaz uma necessidade? Sem dúvida alguma, o bem¹⁹: entre necessidade e bem existe uma estreita correlação, porque o bem é definido como tudo aquilo capaz de satisfazer uma necessidade humana, no sentido mais amplo da palavra²⁰, pois um bem pode ser qualquer objeto do mundo ‘*exterior*’ – incluindo o próprio homem²¹– e qualquer objeto do mundo ‘*interior*’, como por exemplo, um sentimento, uma idéia, etc²².

Além do mais, se a felicidade fosse da natureza do homem, porque, então, necessitaria buscar-la? Ja que se se busca aquilo que não se tem, e se a dor forma parte da natureza do homem, é lógico que o homem busque aquilo que não tem, que é a felicidade. Tão certo é que toda atividade humana tem por fim essencial fugir da dor que KAUFMANN destaca: “yo me oriento por el ‘utilitarismo negativo’, que no se dirige al bien de todos, sino a la ‘desgracia de muchos’. La felicidad, como queda dicho, no es susceptible de universalización, pero lo es la desgracia, más exactamente el esfuerzo de toda persona por no exponerse a la desgracia. (...) Vale más proteger de la desgracia que estimular la felicidad”. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, (traducción de Luis Villar Borda). Edit: Temis, Bogotá, 1998, p. 84 y 85.

17. Platão já disse que “es difícil, respecto de ciertos estados afectivos, decir que son agradables o dolorosos”, ob. cit. por BODIN. *Principios de ciencia económica*, ob. cit. p.103, nota 95.
18. De igual modo, UGO PAPI, que acrescenta: “*Bisogni inconsci non esistono: gli stati di tensione, ai quali gli uomini cercano di sfuggire, costituiscono dirette manifestazioni della nostra coscienza*”, *Principii di economia*, ob. cit., p. 29
19. A noção de bem é muito conhecida e estudada entre os economistas, BODIN. *Principios de ciencia económica*, ob. cit., págs. 145 y ss.; UGO PAPI. *Principii di economia*, ob. cit., p. 29 y ss.; COSCIANI. *Elementi di economia politica*, ob. cit., p. 27 y ss.; DUE. *Análisis económico*, ob. cit., p. 5 y ss.; McCORMICK (en AAVV), *Introducción a la economía*, ob. cit., p. 48 y ss. E, segundo esclarece BODIN, “*la noción de bien es una noción económica y no jurídica*”. *Principios de ciencia económica*, ob. cit., p. 145. Entre os juristas, o primeiro que utilizou este conceito foi IHERING. *El espíritu del derecho romano*, (traducción de Enrique Príncipe y Satorres). Edit: Comares, Granada, 1998, t. IV, §70, p. 1034; e depois, ARTURO ROCCO. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, ob. cit., nº 82, p. 260-262; e CARNELUTTI. *Teoria generale del diritto*. Edit: Foro Italiano, Roma, 1951, 3ª ed., nº 3, p. 13.
20. Como se pode perceber do conceito de ARTURO ROCCO, para quem: “Bene può essere qualche cosa di attualmente esistente, di esistente nel passato o nel futuro. Breve: tutto ciò che, esista o no attualmente, abbia esistenza materiale o immateriale, può soddisfare un bisogno umano è bene; bene è tutto ciò che, esistendo como realtà di fronte alla considerazione della coscienza umana, è atto a soddisfare un bisogno umano”. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, ob. cit., p. 261. De igual modo BODIN mantém que o bem é “el medio, cualquiera que sea su naturaleza, del cual dispone el hombre para llegar a la satisfacción”. *Principios de ciencia económica*, ob. cit. p. 153. A este respeito, SÉNECA afirma que o bem é um corpo –como estoico seu conceito corpóreo da realidade deve ser entendido em oposição ao idealismo platónico e não no sentido toscamente materialista – pois, “el bien opera, puesto que aprovecha; lo que opera es un cuerpo. El bien excita la actividad del ánimo y, en cierto modo, lo configura y refrena, acciones éstas que son propias del cuerpo. Los bienes del cuerpo son cuerpos; luego también los bienes del espíritu, ya que también éste es un cuerpo”. *Epístolas morales a Lucilio*, ob. cit., v. II, L. XVII-XVIII, Ep. 106, p. 279.
21. Assim, BODIN. *Principios de ciencia económica*, ob. cit., p. 145; ARTURO ROCCO. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, ob. cit., p. 261.
22. Existe uma questão bastante controversa entre os autores em saber se o direito em uma relação jurídica é considerado bem ou não. Entendo que o direito em uma relação jurídica é um bem, se pronunciam ARTURO ROCCO. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, ob. cit., p. 261; UGO ROCCO. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, ob. cit., p. 16; há também uma parte dos economistas, que

Como acabamos de ver, todo o bem tem a capacidade de satisfazer uma necessidade, mas não qualquer bem, e sim um bem determinado, ajustado a uma necessidade concreta. Este ajuste entre a necessidade e o bem é dado pela utilidade²³, pois para que um bem possa satisfazer uma necessidade tem que ser útil, idóneo, e ajustado a um tipo determinado de necessidade em concreto. Isto não significa que a utilidade seja uma qualidade inerente do bem, pois conforme esclarece BRESCIANI-TURRONI, a utilidade surge “*da una ‘relazione’ tra esse e l’uomo*”²⁴.

E qual é o mecanismo que faz com que o homem perceba que um bem é concreto e é adequado para suprir sua necessidade? Este mecanismo se chama *juízo de valoração* que é o juízo feito pelo homem para determinar a aptidão de um bem em concreto, tomando por base sua necessidade atual²⁵. Esse juízo de valoração é subjetivo e pessoal, como é a necessidade do homem²⁶.

sustentam principalmente que os direitos de crédito são capitais e por conseguinte bens. De outra parte, entendem que o *direito* ou uma *relação jurídica* não é um bem, BODIN, para quem: “si los derechos fueran bienes, el propietario de un inmueble dispondría no de uno sino de dos derechos: 1) el inmueble, 2) el derecho de propiedad sobre el inmueble”. *Principios de ciencia económica*, ob. cit., p. 163. De igual modo, adotando também o argumento da duplicação de direitos, vid. UGO PAPI. *Principii di economia*, ob. cit., p. 34.

23. Seguindo a opinião de BENTHAM, podemos definir *utilidade* como “un término abstracto que expresa la propiedad ó la tendencia de una cosa á preservar de algún mal ó procurar algún bien: ‘mal’, es pena, dolor, ó causa de dolor: ‘bien’, es placer, ó causa de placer. Lo conforme á la utilidad ó al interés de un individuo es lo que es propio para aumentar la suma total de su bien estar; lo conforme á la utilidad ó al interés de una comunidad, es lo que es propio para aumentar la suma total del bien estar de los individuos que la componen”. *Principios de legislación*, en *Tratados de Legislación Civil y Penal*, ob. cit., cap. I, p. 28. Para evitar uma possível confusão entre o significado comum e o significado econômico da palavra *utilidade*, PARETO prefere, de forma mais correta, quando se trata de sentido econômico, substituí-la pela palavra “*ofelimità*”, que em grego significa relação de conveniência entre uma coisa e uma necessidade, ob. cit. por COSCIANI. *Elementi di economia politica*, ob. cit., p. 29. IHERING, na construção de sua teoria finalista do direito, coloca a *utilidade* como centro de gravitação do próprio conceito de direito, pois, “los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. (...) Los derechos no producen nada inútil; la ‘utilidad’, no la ‘voluntad’, es la sustancia del derecho”. *El espíritu del derecho romano*, ob. cit., t. IV, §70, p. 1032. (Sobre ello, en sentido crítico, WIEACKER. *Historia del Derecho Privado de la edad moderna*, (traducción de Francisco Fernández Jardón). Edit: Comares, Granada, 2000, §22, p. 409 y ss). No direito, a expressão *utilidade* tem um significado mais amplo que na economia, pois, segundo JAEGER, aqui este conceito deve ser, “capace de includere anche il rapporto fra l’uomo e certi beni di ordine etico, idonei a soddisfare i suoi bisogni più nobili e più generosi”. *Corso di diritto processuale civile*. Edit: La Goliardica, Milano, 1956, 2ª ed., p. 9.
24. *Corso di economia politica*, ob. cit., v. I, pág. 66. Com maior precisão, ARTURO ROCCO, destaca que: “Dei due termini di questo rapporto, l’uno, il **bisogno**, si riferisce al **soggetto**, l’altro, il **mezzo di soddisfazione**, si riferisce, invece, all’**oggetto**. L’utilità è dunque un **rapporto** tra un **soggetto** e un **oggetto**”. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, ob. cit., p. 263; en este punto, le sigue UGO ROCCO. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, ob. cit., p. 16.
25. Para aprofundar o estudo da ‘*decisione*’ e da transcendência do juízo para aquela, vid. por todos, SERGIO COSTA. *Decisione – giudizio – libertà*, en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1968, p. 205 e ss.
26. Se orienta neste sentido, SANTO TOMÁS, quando afirma: “Como el bien es el objeto de la voluntad, el bien perfecto de cada uno es el que da plena satisfacción a su voluntad”. *Suma teológica*, ob. cit., t. IV, p. 251 (la. Ilae., q.5, artículo 8, *ad Resp*).

Feito o juízo de valoração, o homem pode chegar a duas conclusões: primeira, que aquele bem não lhe é útil, ou seja, não se ajusta a sua necessidade em concreto, e como consequência não sentirá nenhuma atração pelo bem; e segunda, que é útil adequar-se a sua necessidade. Neste caso, o homem sente uma atração por aquele meio capaz de satisfazer sua necessidade: quanto mais adequado e idôneo seja o meio de satisfação que suprime no homem a necessidade, maior será a atração que sentirá pelo bem.

Agora, quando o homem faz o juízo de valoração e chega a conclusão de que determinado bem é apto para satisfazer sua necessidade, isto gera subjetivamente nele uma atração pelo bem, ou seja, uma capacidade desejável que pode ser qualificada de interesse²⁷⁻²⁸

Interesse é, segundo o conceito de CARNELUTTI, “*la posición favorable a la satisfacción de una necesidad*”²⁹. Para chegar a este conceito o autor utiliza a seguinte premissa: “*Interesse não significa um ‘juízo’, e sim uma ‘posição’ do homem*”³⁰. Na minha opinião, creio que o autor citado chega a conclusão correta partindo de uma premissa falsa, pois como acabamos de ver, o homem só terá interesse e para tanto uma posição favorável, quando haja um juízo de valoração e chegue a conclusão de que determinado bem é apto para satisfazer sua necessidade concreta, porque do contrário, o homem não terá nenhuma atração pelo bem, pois se o bem não é apto para suprimir a necessidade não existirá posição favorável. Dito de outra

27. A este respeito, merece aprovação o exposto por KANT, ao dizer: “Pues el fundamento para determinar el albedrío es entonces la representación de un objeto y esa relación de tal representación con el sujeto es lo que determina a la capacidad desiderativa para materializar aquel objeto”. *Crítica de la razón práctica*. p. 81 (na edição do original em alemão [A 39] e na paginação da Academia <AK. V,21>). Para o autor, esta capacidade desiderativa para materializar o objeto é o “fundamento subjetivo de la actividad, es decir, un ‘móvil’”, y “a partir del concepto de un móvil nace el concepto de un ‘interés’, el cual nunca se atribuye sino a un ser que posea razón, y dicho interés significa un ‘móvil’ de la voluntad en tanto que sea representado por la razón”. *Crítica de la razón práctica*. p. 171 (na edição do original alemão [A 141] e na paginação da Academia <AK. V,79>). Sendo assim, o interesse é “la conexión entre el placer y la facultad de desear, en la medida en que el entendimiento juzga esta conexión como válida según una regla universal”. *La metafísica de las costumbres*, (traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho). Edit: Tecnos, Madrid, 1999, 3ª ed., p. 15 (na edição do original alemão [VI, 212]); também existe uma obra que compreende a introdução geral à Metafísica de las Costumbres e a introdução em sentido estrito à Teoria do Direito, chamada *Introducción a la teoría del derecho*, (traducción de Felipe González Vicen). Edit: Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 28. Nesta ordem de ideas, KALINOWSKI, afirma: “la réalité plus fondamentale du bien, c’est-à-dire de l’être en tant qu’objet du désir sensitif ou suprasensitif (appelé alors ‘volonté’)”. *Logique et philosophie du droit subjectif*, en Archives de Philosophie du Droit, n°9, Paris, 1964, p. 40.

28. A relação entre bem e interesse é significativamente demonstrada por JELLINEK, quando este afirma que: “Tutto ciò che, considerato obiettivamente, appare come un ‘bene’, subbiettivamente diventa un ‘interesse’. ‘Interesse’ è l’apprezzamento subbiettivo di ciò che, per i fini dell’uomo, costituisce un bene”. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, (traducción de Gaetano Vitagliano). Edit: Società Editrice Libreria, Milano, 1912, cap. IV, p. 47. A respeito, LESSONA define as necessidades a partir do interesse, pois, de acordo com o autor: “necesidades é intereses que tienden á sobreponerse en los individuos que las prueban y las sienten”, (sic) *Los deberes sociales del derecho procesal civil*, en Rev. Gen. Leg. y Jur., t. 91, 1897, p. 469.

29. Falta texto de rodapé

30. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, ob. cit., p. 11.

maneira, para que exista uma posição favorável para a satisfação de uma necessidade é necessário que, antes de tudo, o bem seja apto para satisfazer essa necessidade (e essa atitude é feita por um juízo de valoração), porque se este bem não for apto para satisfazer essa necessidade, não gerará atração no homem, porque não trará nenhuma posição favorável nele.

O interesse, assim como, o juízo de valoração e a necessidade, é pessoal e subjetivo, variando de pessoa para pessoa (assim, por exemplo, um livro pode despertar interesse em uma pessoa e nada em outra); tudo dependerá do tipo de necessidade que se tenha em concreto e do bem que seja mais apto para satisfazer aquela necessidade específica. Logo o interesse é, nas palavras de ARTURO ROCCO, “*un atto dell’intelligenza*”³¹. Com todo acerto destaca CARNELUTTI, que: “‘*Sujeto*’ del interés es el ‘*hombre*’, y el ‘*objeto*’ de aquél es el ‘*bien*’”³².

2. CONFLITO DE INTERESSES

Todas as pessoas possuem necessidades e estas constituem uma lei básica para os homens, que são muito diferentes entre si, razão pela qual as necessidades não podem ser as mesmas, pois, ao variar os homens, variam também as necessidades³³. As necessidades mudam constantemente, porque os homens estão em constante evolução, por isso as necessidades são ilimitadas³⁴, isto é, as necessidades apresentam uma variação em intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, e inclusive do mesmo indivíduo em ambientes e tempos diversos.

E o que satisfaz uma necessidade?. Um bem. Bem é, portanto, tudo aquilo capaz de satisfazer uma necessidade humana, no sentido mais amplo da palavra³⁵, isto é,

31. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, ob. cit., p. 265.

32. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, ob. cit., pág. 11; e também em *Lezioni di diritto processuale civile*, ob. cit., p. 4.

33. Sobre o estudo das necessidades desde a perspectiva econômica até a psicológica, passando pela análise jurídica do fenômeno, consultar o que escrevi em *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*, Barcelona: Bosch, 2004, p. 21 e ss.

34. Neste sentido encontramos KANT que se refere ao homem como uma pessoa que “siempre es dependiente en lo tocante a cuanto exige para estar enteramente satisfecho con su estado y nunca puede verse por completo libre de deseos e inclinaciones”, *Crítica de la razón práctica*. Trad. por Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Alianza, 2000, p. 178 (na edição do original alemão [A 149] e na paginação da Academia <AK. V,84>). HEGEL, quando compara as necessidades dos animais com as dos homens fala da “multiplicación de las necesidades” no homem, *Filosofía del derecho*. Trad. por Angélica Mendoza de Montero. México: Juan Pablos, 1998, §190, p. 176. Entendendo que as necessidades são ilimitadas em número, COSCIANI, *Elementi di economia política*. Padova: Cedam, 1965, 8ª ed., p. 26; UGO PAPI, *Principii di economia*. Padova: Cedam, 1953, 12ª ed., vol. I, p. 24; BODIN, *Principios de ciencia económica*, Trad. por Luis de Garay. México: Jus, 1946, p. 122; y CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944, v. II, nº 121, p. 7.

35. Como se pode perceber do conceito de ARTURO ROCCO, para quem: “Bene può essere qualche cosa di attualmente esistente, di esistente nel passato o nel futuro. Breve: tutto ciò che, esista o no attualmente, abbia esistenza materiale o immateriale, può soddisfare un bisogno umano è bene; bene è tutto ciò che, esistendo como realtà di fronte alla considerazione della coscienza umana, è atto a soddisfare un bisogno umano”,

quando os homens possuem necessidades, que são ilimitadas, procuram satisfazê-las através de bens adequados, que podem ser qualquer objeto do mundo ‘*exterior*’, inclusive o homem mesmo³⁶ ou ‘*interior*’, como por exemplo, um sentimento, uma idéia³⁷. Esta variação de bens faz com que uns sejam *limitados* e outros sejam *ilimitados*.

Os primeiros, os bens limitados, possuem grande relevância para o estudo do direito, porque se as necessidades são ilimitadas e os bens são limitados, em um determinado momento necessariamente surgirá um *conflicto de intereses*³⁸. Este existirá quando *duas ou mais pessoas tenham interesse pelo mesmo bem, o qual só poderá satisfazer a uma delas*³⁹. Pertence a classe dos bens limitados qualquer objeto do mundo exterior, porque segundo DUE

L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. In: *Opere Giuridiche*, Roma: Foro Italiano, 1932, vol. I, p. 261. De igual modo BODIN mantém que o bem é “el medio, cualquiera que sea su naturaleza, del cual dispone el hombre para llegar a la satisfacción”, *Principios de ciencia económica*, op. cit. p. 153. A este respeito, SÊNECA afirma que o bem é um corpo – como estóico, seu conceito corpóreo da realidade deve ser entendido em oposição ao idealismo platônico e não no sentido toscamente materialista – pois, “el bien opera, puesto que aprovecha; lo que opera es un cuerpo. El bien excita la actividad del ánimo y, en cierto modo, lo configura y refrena, acciones éstas que son propias del cuerpo. Los bienes del cuerpo son cuerpos; luego también los bienes del espíritu, ya que también éste es un cuerpo”, *Epístolas morales a Lucilio*. Trad. por Ismael Roca Meliá. Madrid: Gredos, v. II, L. XVII-XVIII, *Ep.* 106, p. 279. Para LEIBNIZ, “il ‘bene’ di qualcuno è ciò che serve alla sua felicità”, *La giustizia*. Trad. por Alessandro Baratta, Milano: Giuffrè, 1967, p. 67. De acordo com a terminologia empregada por ALF ROSS, “los objetos apropiados para extinguir el impulso, son conocidos en psicología como satisfactores (satisfactors)”, *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1997, 2ª ed., cap. XVII, nº LXXXIV, p. 437.

36. Assim, BODIN, *Principios de ciencia económica*, op. cit., p. 145; ARTURO ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, op. cit., p. 261.
37. Existe uma questão bastante controversa entre os autores para saber se o *direito* ou uma *relação jurídica* é considerado um bem ou não. Entendo que o *direito* ou uma *relação jurídica* é um bem, se pronunciam ARTURO ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, op. cit., p. 261; UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1983, t. I, p. 16; há também uma parte dos economistas que sustentam principalmente que os direitos de crédito são capitais e por conseguinte bens. De outra parte, entendem que o *direito* ou uma *relação jurídica* não é um bem, BODIN, para quem: “si los derechos fueran bienes, el propietario de un inmueble dispondría no de uno sino de dos derechos: 1) el inmueble, 2) el derecho de propiedad sobre el inmueble”, *Principios de ciencia económica*, op. cit., p. 163. De igual modo, adotando também o argumento da duplicação de direitos, UGO PAPI, *Principii di economia*, op. cit., p. 34.
38. Assim se expressa CARNELUTTI: “La ragione di tale conflitto è sempre quella limitazione dei beni, che determina pure il conflitto tra diversi interessi di un medesimo uomo”, *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1951, 3ª ed., nº 4, p. 14; e também em *Sistema de derecho procesal civil*, v. II, op. cit., nº 121, p. 7.
39. No mesmo sentido CARNELUTTI, para quem surge o conflito entre dois interesses quando “la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta”, *Sistema de derecho procesal civil*, op. cit., v. I, p. 16; e também nas *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1986., v. I, p. 14. Em igual sentido DÍEZ-PICAZO para quem “un conflicto existe cuando, sobre un objeto idéntico, que es un bien de la naturaleza o un bien cultural, apto para satisfacer necesidades o aspiraciones, dos o más personas ocupan posiciones y mantienen posturas que son entre sí antagónicas o incompatibles”, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1993, 3ª ed., p. 11 e 12. Limitando a existência do conflito ao obstáculo criado pela parte contrária, CALLEJAS; ANTONCICH; GORGET, quando afirmam que: “El conflicto se produce, cuando la pretensión extraprocesal (igual a pretensión material) encuentra un obstáculo, para su satisfacción, en el sujeto pasivo”, *Nociones de derecho procesal*. Santiago: Jurídica de Chile, 1965, p. 20.

la mayoría de los bienes son ‘bienes económicos’, que existen en cantidades limitadas con relación a su demanda. La mayoría de los ‘bienes de consumo’ – los que satisfacen directamente las necesidades personales – no están disponibles en la naturaleza en la forma, lugar y tiempo deseados⁴⁰.

Os segundos, não apresentam nenhum problema para o estudo do direito, pois sendo ilimitados os bens, jamais haverá qualquer possibilidade de conflito entre dois ou mais interesses, por exemplo, se mais de uma pessoa tem a necessidade de rezar, esse feito não faz surgir nenhuma modalidade de conflito. São bens ilimitados quaisquer objetos do mundo interior.

A teoria do conflito de interesses possui cada vez mais defensores, entre os quais cabe destacar DÍEZ-PICAZO, para quem: “El derecho es un juicio valorativo sobre la tutela de un interés en conflicto con otro”⁴¹. Modernamente esta teoria é a única capaz de fazer frente a uma concepção puramente normativista do direito, que o entende somente como um conjunto de normas previamente estabelecidas⁴².

40. *Análisis económico*. Trad. por Enrique Silberstein. Buenos Aires: Eudeba, 1967, p. 6.

41. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, op. cit., p. 15. Este mesmo autor entende que é possível “pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto de intereses. (...) El derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas. (...) La experiencia jurídica es, como decía, una concreta experiencia de conflictos de intereses”, op. cit., p. 7 a 10. Assim também CARNELUTTI, quando nos diz: “Observo, en cuanto a la historia de mi pensamiento, que desde las primeras tentativas de teoría general he ‘impostado’ el concepto del derecho sobre el conflicto de intereses”, *Derecho y proceso*. Trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, nº 31, p. 60, nota 24. Para ALMAGRO NOSETE a temática do conflito aparece “no como una explicación del proceso (aunque sirva para entenderlo), sino como la ocasión o motivo que justifica el ejercicio del derecho a la jurisdicción”, *El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción*. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, v. XIV, 1970, nº 37, p. 125. De acordo com a opinião de BENABENTOS, o objeto de conhecimento do direito processual consiste “en la afirmación de la existencia de un conflicto intersubjetivo de trascendencia jurídica ante un órgano jurisdiccional”, *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Rosario: Juris, 2001, cap. VI, nº 2.1, p. 280. Em sentido contrário, BARRIOS DE ANGELIS, afirma: “Nuestra tesis teórica consta de dos manifestaciones bien definidas: 1) Ni antes del proceso ni después de la cosa juzgada o de la ejecución (forma de la satisfacción declarativa o constitutiva la primera, forma de la satisfacción ejecutiva, la segunda) existe, en el proceso contencioso, alguna forma de conflicto. 2) El objeto gnoseológico o de conocimiento consiste en que a toda afirmación de una parte contenciosa o de un gestor voluntario sigue, sin que sea necesario que otro sujeto la apoye, una negación (o viceversa, si se trata de una negación inicial); esta segunda manifestación vale tanto para el proceso contencioso – comprendidas sus especies judicial y arbitral – como para el voluntario”, *Muerte y resurrección del conflicto*. In: *Revista de Derecho Procesal*, 2000, nº 2, p. 17.

42. Com uma severa crítica as diversas teorias do conflito GUASP afirma que: “todas ellas se hallan por fuerza sometidas a una doble y decisiva crítica. De un lado resultan materialmente excesivas al atribuir al proceso una base sustancial más amplia de la que éste realmente exige. De otro lado resultan formalmente insuficientes al no dar explicación adecuada a la figura particular del proceso como construcción específica del ordenamiento jurídico”, *La pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1985, 2ª ed., p. 26 (e também nos *Estudios Jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996, nº 20, p. 574). Também adota esta crítica ALMAGRO NOSETE, *El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción*, op. cit., p. 125. A crítica de GUASP, seguida por ALMAGRO NOSETE, somente pode ser aceita se for utilizada a teoria do conflito de interesses unicamente para explicar a função do processo, porque como bem afirma o autor, “lo importante para el proceso no es evidentemente el conflicto, que no resulta necesario que exista, sino la reclamación ante el juez, que puede ir o no ligada con aquél”, *La pretensión procesal*, op. cit., p. 27 e 28. E acrescentamos,

Diante disto, a existência de conflitos dentro de uma sociedade é algo natural, pois existindo necessidades ilimitadas e bens limitados sua aparição é inevitável, salvo se pudermos limitar as necessidades dos homens ou ampliarmos os bens limitados, do contrário o conflito é um produto natural da evolução da sociedade. Pois, o que não é natural nem saudável é a permanência do conflito dentro da sociedade e não sua aparição.

Todo conflito dentro de uma sociedade tem seu aspecto positivo e negativo. O positivo é que dinamiza a sociedade e a faz evoluir, enquanto seu aspecto negativo se concretiza no fato de provocar tensão e gerar insegurança entre seus membros, podendo gerar uma situação violenta no momento de sua composição⁴³. Por essa razão, DÍEZ-PICAZO destaca que, “hay, pues, una cierta exigencia social de solución o, por lo menos, de ordenación de los conflictos”⁴⁴.

de nossa parte, que o processo é um instrumento de realização da justiça ou, melhor ainda, nas palavras de CAPOGRASSI, “il processo è vera celebrazione di giustizia”, *Intorno al processo*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XVIII, 1938, nº 10, p. 269, e não como queria Carnelutti, um instrumento de composição de conflitos. A respeito, afirma acertadamente LOIS ESTÉVEZ que a teoria do conflito de interesse é “mais sociológica que jurídica”, *La teoría del objeto del proceso*. In: *Anuário de Derecho Civil*, 1949, t. II, fasc. I, p. 615. Este ponto de vista em nada contradiz nossa afirmação sobre a teoria do conflito, já que esta se refere ao plano social, enquanto que a idéia de processo se refere ao plano jurisdicional propriamente dito. Além do mais, o processo pode conter uma determinada realidade social que não seja conflitiva, v.g., separação consensual. Através da teoria do conflito não estamos explicando o que é a jurisdição, como fez Carnelutti, mas sim como surgem e como se desenvolvem os conflitos em sociedade. Esta é a razão pela qual a teoria de Carnelutti com sua visão ‘funcional’ da jurisdição não pode fazer frente ao que os italianos modernamente denominam “funzioni giurisdizionali sostanzialmente modificative”, que, através do juiz, “sanziona o reprime, tra privati, lesioni di diritti o comunque situazioni anti-giuridiche o attua diritti potestativi”, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Torino: Utea, 1985, nº 51, p. 123 e 124, pois aqui tecnicamente não existe uma pretensão resistida. No mesmo sentido de nossa crítica à teoria de Carnelutti, PEDRAZ PENALVA, *El objeto del proceso civil*. In: *El objeto del Proceso Civil, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1996, p. 24. De acordo com a opinião de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, “a teoria da lide, como pretensão resistida, provém, decerto, da época em que as ações condenatórias eram o gênero por excelência de todas as ações que não fossem declaratórias”. *A teoria da ação em Pontes de Miranda*. In: *Revista Ajuris*, nº 43, p. 73, nota 8. Estas confusões ainda existem na doutrina porque determinados autores não são capazes de entender que “estamos frente a dos aspectos diversos de um único ordenamento”, como corretamente destaca SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*. In: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel, 1969, p. 158.

A este respeito, convém citar a acertada opinião de RAMOS MÉNDEZ segundo a qual: “la controversia es una concepción larvada por el sentimiento de que el proceso surge de la violación del derecho privado. Esto es, se considera objetivamente existente el derecho y como medio para saldar la diversidad de pareceres se establece el proceso. Una vez más el dualismo preside un problema terminológico y de fondo”, *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch, 1978, nº 53, p. 292.

43. Para CARNELUTTI, “el empleo de la violencia para la solución de los conflictos hace difícil, si no imposible, la permanencia de los hombres en sociedad y, con ello, el desenvolvimiento de los intereses que por su naturaleza colectiva requieren esa permanencia”, *Sistema de derecho procesal civil*, op. cit., v. I, p. 17 e 18.
44. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, op. cit., p. 12. Também CARNELUTTI fala da exigência social na composição dos conflitos, quando diz: “Desde un principio y por largo tiempo he considerado la composición, y se podría decir también la superación del conflicto, como una exigencia ‘social’ y no también e incluso como una exigencia individual...”, *Derecho y proceso*, op. cit., nº 31, p. 60, nota 24. A

3. DIREITO OBJETIVO

Esta exigência social na solução e ordenação dos conflitos vem assegurada no direito objetivo⁴⁵, que, segundo CHIOVENDA, pode ser definido como: “La manifestazione della volontà collettiva generale diretta a regolare l’attività dei cittadini e degli organi pubblici”⁴⁶. Desta forma é o direito objetivo a base da exigência social na solução e ordenação dos conflitos de interesses⁴⁷, conseqüentemente todo conflito só pode ser composto, uma vez observado, as regras contidas no ordenamento jurídico, pois a finalidade principal deste é hierarquizar os interesses da sociedade⁴⁸, e não

este respeito, afirma corretamente LESSONA que: “Como la guerra, como la criminalidad, la litigiosidad es un fenómeno constante, un fenómeno interior y dañoso como aquéllos, pero que tiene raíces tan profundas en la naturaleza humana y en la organización social, que el Estado debe reglamentar del mejor modo posible, pero no puede pensar en arrancarlo de raíz; si el derecho es inseparable de la sociedad, los litigios son inseparables del derecho”, *Los deberes sociales del derecho procesal civil*. In: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 91, 1897, p. 474.

45. A expressão, *direito objetivo* admite muitas definições e historicamente é cenário de múltiplas controvérsias entre os autores. A respeito, *vid.* por todos, a clássica obra de VALLET DE GOYTISOLO, *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, especialmente p. 15 e ss.
46. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1960, v. I, n° 1, §1, p. 1. Ou, como quer IHERING, em sua clássica concepção: “El derecho representa la forma de la ‘garantía de las condiciones de vida de la sociedad’, asegurada por el poder coactivo del derecho”, *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1978, v. I, n° 180, p. 213, e também significa, segundo o mesmo autor, “un organismo objetivo de la libertad humana”, *El espíritu del derecho romano*. Trad. por Enrique Príncipe y Satorres. Granada: Comares, 1998, t. I, §3, p. 21. Porém sempre devem ser destacados dois elementos que são indispensáveis no conceito de direito, a “norma y la realización de ésta por la coacción”, *El fin en el derecho*, op. cit., v. I, n° 145, p. 158. Com um conceito mais geral encontramos JAEGER, para quem “il diritto oggettivo como disciplina del comportamento degli uomini, dettata al fine di ottenere che tale comportamento determini o consenta, mediante azioni o almeno mediante la astensione da atti capaci di nuocere, la soddisfazione di interessi di altri soggetti, oppure comuni al primi e ad altri soggetti.”, *Corso di diritto processuale civile*, Milano: La Goliardica, 1956, 2ª ed., p. 40; assim como GUASP, que o define nestes termos: “Derecho es el conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias”, *Derecho*. Madrid: Impreso por Gráficas Hergon, 1971, p. 7.
47. Em sentido mais amplo, CARNELUTTI, para quem o direito objetivo em relação à composição dos conflitos de interesses é não somente a base, mas também o fim do direito, *Sistema de derecho procesal civil*, op. cit., v. I, p. 20. A necessidade do direito objetivo para a sociedade pode ser justificada, nas palavras de ROUSSEAU, na medida em que “*toda sociedad sin leyes o sin jefes, toda unión formada o mantenida por azar debe, necesariamente, degenerar en querellas y disensiones en cuanto empiecen a cambiar las circunstancias*”, *Extracto del proyecto de paz perpetua del Sr. Abate de Saint-Pierre*. In: *Escritos sobre a Paz e a Guerra*. Trad. por Margarita Moran. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, n° 1, p. 7.
48. Desde a perspectiva da hierarquização dos interesses em sociedade, devemos mencionar, ainda que brevemente, por sua originalidade, a tese desenvolvida por LOIS ESTÉVEZ, para quem: “‘Forma’ es el resultado de proteger la exteriorización de un estado de hecho. A este estado de hecho se denomina, por eso, ‘equivalente jurídico’, porque en la vida social vale como si fuera de Derecho”, *Proceso y forma*. Santiago de Compostela: Porto, 1947, cap. III, p. 59. Por essa razão, “el obstáculo que interfiere la pretensión es un equivalente jurídico. El proceso se transforma así en un medio para la jerarquización de los equivalentes jurídicos”, *La teoría del objeto del proceso*, op. cit., p. 625. Em sentido contrário, KELSEN, quando afirma que o ordenamento jurídico, por ser um marco aberto a varias possibilidades, não hierarquiza os interesses em sociedade. Para o autor, “la necesidad de una ‘interpretación’ resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias

criar direitos⁴⁹. Esta finalidade do ordenamento jurídico já foi destacada há muito tempo por DUGUIT, quando o mesmo afirmou que

“le droit objectif, la loi positive qui le constate ou le met en œuvre est une règle générale, abstraite; en réalité, cette règle prise en elle-même ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit”⁵⁰

4. DUPLA FUNÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Esta hierarquia dos interesses em sociedade realizada essencialmente pelo direito objetivo apresenta uma dupla função. Esta dupla função do ordenamento jurídico pode ser observada, segundo CASTANHEIRA NEVES, a partir da seguinte pergunta:

“Se a função prescritiva e reguladora do direito se caracteriza por uma intenção directamente orientadora e promotora da acção social, ou antes, por uma intenção directamente voltada para a resolução de conflitos sociais e, portanto, só indirectamente actuando como critério de conduta. Neste último caso, pode dizer-se que o direito é visto essencialmente na perspectiva do ‘processo’”⁵¹.

4.1. Função psicológica

A primeira função do ordenamento jurídico, que denomino *psicológica*, consiste na atividade através da qual o Estado hierarquiza os interesses das pessoas em sociedade, permitindo que estas cumpram voluntariamente com suas obrigações, na medida em que conhecendo esta hierarquia elas possam adequar sua conduta a estes valores, é a ‘*Orientierungsgewissheit*’ (certeza de orientação)⁵², que favorece a “

posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor”, *Teoría pura del derecho*. Trad. por Moisés Nilve. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), 1973, 11ª ed., cap. X, nº 4, p. 168 e 169.

49. De igual sentido DÍEZ-PICAZO, quando destaca que: “Las estimativas o juicios de valor son proposiciones sobre la bondad, la conveniencia o la utilidad, y sobre su respectiva jerarquía. En sí mismos considerados, estos juicios de valor no establecen, por lo menos de una manera directa, ni una obligación ni una prohibición, ni tampoco una autorización o un derecho. Se limitan a fundar tal consecuencia, determinando el carácter positivo, negativo o neutro de una acción o situación dada, desde el punto de vista del valor de que se trate. Parece claro que toda norma jurídica encuentra su raíz última en un juicio de valor, y que el conjunto de las normas jurídicas supone un conjunto de juicios de valor más o menos ordenado en relación con su respectiva jerarquía”, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, op. cit., p. 50.
50. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1928, 3ª ed., t. I, §28, p. 298 e 299.
51. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra, 1976, p. 16 e 17, nota 14.
52. De igual modo, CICERÓN, quando afirma que a lei é “la razón fundamental, insita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario. Tal razón, una vez que se concreta y afirma en la mente humana, es la ley”, *Las leyes*. Trad. Por Álvaro D’Ors. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 3ªed., p. 71 (no original L. I, 18-19). A este respeito, HENKEL destaca que: “Dentro del Derecho establecido, la idea de la seguridad jurídica exige ‘certidumbre jurídica’, entendida ésta como claridad y univoquidad y, en consecuencia, cognoscibilidad libre de dudas del

contenido jurídico. Considerado desde el sujeto sometido al Derecho, se puede llamar a la certidumbre de contenido del Derecho <seguridad de orientación>. El sujeto quiere saber cómo ha de comportarse según las exigencias del Derecho en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida y qué comportamiento puede esperar o pretender de los otros; con otras palabras: qué hechos y obligaciones existen para él y con que consecuencias jurídicas de su comportamiento tiene que contar. (...). También es evidente, sin más, que la certidumbre jurídica es la que más favorece la observancia voluntaria de las normas jurídicas”, *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968, §30, p. 547. No mesmo sentido, KELSEN, quando ao tratar da efetividade do ordenamento jurídico, disse: “Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos”, *Teoría pura del derecho*, op. cit., cap. XII, nº 2, letra ‘e’, p. 195; MERRYMAN, quando se refere a importância da certeza legal para as pessoas em sociedade diz que “los individuos deben conocer la naturaleza de sus derechos y obligaciones y deben ser capaces de planear sus acciones con alguna confianza acerca de las consecuencias legales”, *La tradición jurídica romano-canonica*. Trad. por Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, cap. VIII, p. 97; CASTANHEIRA NEVES, que denomina esta função de “primária e prescritiva”. Según el autor, “na função primária e prescritiva vemos o direito não só como ‘princípio de acção’, mas ainda como ‘critério de sanção’. É princípio ou critério de acção, porque é fundamento, norma ou critério da nossa conduta, e isto na medida em que, quer impondo os sentidos e as intenções de um comportamento social válido ou legítimo, quer ajuizando sobre esse comportamento em termos de justiça ou injustiça, de validade ou invalidade, de licitude ou ilicitude, é decerto condição e determinante da nossa acção social, a qual justamente julga (avalia) e se propõe orientar no sentido da realização dos valores ou validade que pressupõe e fundamentam as suas intenções normativas”, *Curso de introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 15 e 16; e PÉREZ LUÑO, quem distingue, de maneira correta, duas acepções básicas do termo seguridade jurídica. A primeira responde ao que o autor denomina de seguridade jurídica ‘*stricto sensu*’ e “se manifiesta como una exigencia ‘objetiva’ de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones”, *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994, 2ª ed., cap. I, nº 3, p. 29; a segunda, representa sua “faceta ‘subjetiva’, se presenta como ‘certeza del derecho’, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su acción jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad”, *La seguridad jurídica*, op. cit., cap. I, nº 3, p. 30; e MIGUEL REALE, para quem “não existe possibilidade de ‘comportamento social’ sem norma ou pauta que não lhe corresponda”, *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1969, 5ª ed., v. II, nº 147, p. 339 e 340. Adota a mesma idéia, porém desde um ponto de vista distinto, uma vez que realiza um conceito de certeza jurídica, contrapondo-o a um conceito historicamente relativo desta, MASSIMO CORSALE, quando afirma que, “al di là dei suoi aspetti meramente ideologici, la certezza come sicurezza, come univocità dell’ordinamento e come prevedibilità rappresenta, in ultima analisi, un elemento costitutivo del concetto stesso di diritto, un elemento immanente alla sua nozione. Ma essa non può esser cercata né perseguita con gli strumenti tradizionali della legge generale e astratta, del giudice <bocca della legge>, dell’amministrazione ispirantesi a un principio di legalità inteso come rigorosa osservanza della norma scritta”, *La certezza del diritto*. Milano: Guiffè, 1970, cap. I, nº 11, p. 58. Sem lugar a dúvida, para que esta ‘certeza de orientação’ seja eficaz é imprescindível, segundo ENGISCH, uma diversidade de exigências, entre as quais cabe citar: “el derecho debe ser conocido, debe ser técnicamente acertado, p. ej., debe ser claro, preciso y «practicable», debe limitar sus pretensiones a las posibilidades humanas, y además debe tener en cuenta como un hecho de experiencia la humana fragilidad – y sobre ello se piensa precisamente cuando se exige su realismo –, debe considerar los impulsos humanos reales opuestos y contrarios a los imperativos normativos, que por lo demás pueden pertenecer enteramente a la esfera moral”, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. por Juan José Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, cap. IV, nº 1, p. 200.

*adesão espontânea*⁵³, e cria nas pessoas o “*hábito geral de obediência*”⁵⁴. Porém, este modelo de conduta, criado através da hierarquia de interesses da sociedade, não seria

53. BOBBIO, *Teoría general del derecho*. Trad. por Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1996, nº 43, p. 126 e ss. De igual modo, SANTO TOMÁS, quando afirma que: “Los hombres bien dispuestos son inducidos a la virtud por medio de consejos, voluntariamente, mejor que por medio de la coacción; pero hay algunos mal dispuestos, que no se inclinan a la virtud si no son coaccionados”, *Suma teológica*. Trad. por Fr. Carlos Soria. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLVI, t. VI, p. 165 (Iª, IIª, q. 95, artículo 1, ad 1), pois, incluindo estes ‘protervos’, “finalmente, ellos mismos, por la costumbre, vendrán a hacer voluntariamente lo que en un principio hacían por miedo, y llegarán a ser virtuosos”, *Suma teológica*, op. cit., t. VI, p. 165 (Iª, IIª, q. 92, artículo 1, ad resp); LOPEZ DE OÑATE, ao dizer: “Non potrebbe non esser così, perchè ogni diritto è produzione ed espressione della società per la quale è vigente, in un dato momento della sua storia: e quindi sempre in quella società deve esservi rispondenza tra ordinamento e convinzione giuridica; potrà questa rispondenza essere più o meno accentuata, ma non si può concepire che al posto di essa vi sia, invece, una totale non rispondenza”, *Compendio di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1955, §42, p. 185; ALF ROSS, para quem, “La mayor parte de las personas obedecen el derecho no sólo por temor a la policía y a las sanciones sociales extrajurídicas (pérdida de la reputación, de la confianza, etc.), sino también por respeto desinteresado al derecho. (...) Este componente de motivación desinteresada, de naturaleza ideológica, a menudo es descripto como conciencia moral producida por la observancia tradicional del orden jurídico”, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., cap. II, nº XI, p. 82; DABIN, para quem, “de ordinario la obediencia al derecho tiene lugar de un modo espontáneo, sin necesidad de la coacción, ya que no siempre con alegría”, *Teoría general del derecho*. Trad. por Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, nº 26, p. 47; GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Fontamara, 1996, 2ª ed., p. 19; e CALSAMIGLIA, *Justicia, eficiencia y derecho*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1, 1988, p. 329. Com razão BOBBIO destaca que: “es evidente que la adhesión espontánea acompaña la formación y la perdurabilidad de un ordenamiento jurídico, pero no lo caracteriza”, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 43, p. 128.
- Para KANT, a ‘legislación jurídica’ só pode exigir do agente legalidade e não moralidade, pois “si exigen también que ellas mismas (las leyes) deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son ‘éticas’, y se dice, por tanto: que la coincidencia con las primeras (jurídicas) es la ‘legalidad’, la coincidencia con las segundas (éticas), la ‘moralidad’ de la acción”, *La metafísica de las costumbres*. Trad. por Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1999, 3ª ed., p. 17 (na edição do original alemão [VI, 214]). Sendo assim, “a la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama la ‘legalidad’ (conformidad con la ley), pero a aquélla en la que la idea del deber según la ley es a la vez el móvil de la acción, se le llama la moralidad (eticidad) de la misma”, *La metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 24 (na edição do original alemão [VI, 219]). Neste último caso se encontra o cidadão que se sente moralmente impelido a cumprir uma lei. Aqui, confluem dois modos de sanção, a jurídica, já que se vê externamente coagido, e a moral, posto que também se vê internamente coagido desde sua própria vontade legisladora.
- Esta adesão espontânea se justificaria, nas palavras de ARISTÓTELES, porque “en general, la pasión parece ceder no al argumento sino a la fuerza”, puesto que “la mayor parte de los hombres obedecen más a la necesidad que a la razón, y a los castigos más que a la bondad”, pois é natural nestes, “obedecer no por pudor, sino por miedo, y abstenerse de lo que es vil no por vergüenza, sino por temor al castigo”, *Ética Nicomáquea*. Trad. por Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000, L. X, nº 1179b-25, nº 1180a-5, nº 1179b-10, p. 294 e 295. De igual modo HERÓDOTO, quando, o mesmo descreve a resposta dada por Demarato ao rei Xerxes: “Pues, pese a ser libres (los espartanos), no son libres del todo, ya que rige sus destinos un supremo dueño, la ley, a la que, en su fuero interno, temen mucho más, incluso, de lo que tus súbditos te temen a ti”, *Historia*. Trad. por Carlos Schrader. Madrid: Gredos, 2000, L. VII, nº 104-5, p. 144. No mesmo sentido, THOMASIIUS justifica a adesão espontânea com base na força, pois: “La obligación que corresponde al derecho siempre es externa, temiendo la coacción de otros hombres”, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Trad. por Salvador Rus Rufino e María Asunción Sánchez Manzano. Madrid: Tecnos, 1994, L. I, cap. V, § XXI, p. 216; SANTO TOMÁS, para quem “la ley induce a sumisión mediante el temor del castigo; por eso el castigar es un efecto propio de la ley”, *Suma teológica*, op. cit., t. VI, p. 75 (Iª, IIª, q. 92, artículo 2, ad resp. in fine), e também mais adiante quando disse: “Pues esta disciplina que

completo se não tiver neste mesmo ordenamento jurídico, um mecanismo capaz de tornar efetiva esta própria hierarquia, independentemente da vontade das pessoas, porque, de acordo com DEL VECCHIO, “*el Derecho es por su naturaleza físicamente violable*”⁵⁵, e por tanto, deve impor-se à vontade concreta das pessoas. Segundo HENKEL, esta faculdade de impor-se é um “*imprescindible ‘presupuesto de validez del Derecho*”⁵⁶. O mecanismo criado pelo ordenamento jurídico para tornar

obliga con el temor al castigo es la disciplina de las leyes”, *Suma teológica*, op. cit., p. 165 (Iª, IIª, q. 95, artículo 1, *ad resp.*). De igual modo CARNELUTTI confessa que: “la mia esperienza m’induce a credere che molto più della paura delle sanzioni opera in favore dell’obbedienza il consenso dell’obbligato, cioè il suo giudizio favorevole alla giustizia della legge”, *L’esperienza del diritto*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1943, ano XXIII - série II, p. 112; e DABIN destaca que “el temor a la sanción figura entre los motivos más eficaces de la obediencia a las leyes, bien como estimulante en relación con las leyes que mandan algo, bien como fuerza de inhibición en las leyes que prohíben”, *Teoría general del derecho*, op. cit., nº 26, p. 48. Para um estudo mais detalhado do conceito de lei, desde sua importância e significado constitucional até suas transformações atuais, vid. por todos, CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000, p. 15 e ss.

54. HART, *El concepto de derecho*. Trad. por Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980, 2ª ed., cap. II, p. 30. Para THON, este hábito geral de obediência nasce “della forza ideale, che il volere della società esercita su ognuno di coloro che ci vivono. Anche se nessuna conseguenza giuridica sia legata alla trasgressione della norma, tuttavia il solo fatto della sua esistenza è spesso praticamente d’inestimabile valore”, *Norma giuridica e diritto soggettivo*. Trad. por Alessandro Levi. Padova: Cedam, 1951, p. 15 e 16. De acordo com MONTESQUIEU, “el pueblo romano poseía tan gran probidad que, con frecuencia, el legislador sólo tenía que mostrar el bien para que lo siguiera. Parecía que en lugar de ordenanzas bastaba con dar consejos”, *Del espíritu de las leyes*. Trad. por Mercedes Blázquez e Pedro de Vêga. Madrid: Tecnos, 1988, 4ª ed., L. VI, cap. XI, p. 61. Nesta ordem de idéias, HENKEL, quando afirma: “De la conformidad con el Derecho cuida ya, sobre la base más amplia, el mencionado instinto de imitación, y, además, el instinto de sometimiento encerrado en la naturaleza social del hombre, así como la tendencia, dirigida por la razón, de no apartarse de los modelos de comportamiento observados en la Sociedad para no entrar en conflicto con el grupo estamental o profesional o con la Sociedad como totalidad. En todo ello entra en juego, además, otro efecto profundo del Derecho: en cuanto que el hombre que creció dentro de la Sociedad – e incluso el adulto que posteriormente se integró en ella – es educado en una convicción jurídica por diversas y continuas influencias, de tal forma que con ello adquiere una ‘actitud’ que determina su actuación cotidiana en la vida”, *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., §12, p. 172. De acordo com a tese do direito natural em sentido lato, segundo nos informa FERNÁNDEZ-GALIANO e CASTRO CID, “los hombres vienen obligados a realizar determinadas conductas y a abstenerse de ciertos comportamientos porque así lo ordenan unas normas no sancionadas por legislador humano alguno, sino procedentes de un conjunto de realidades en cuyo marco está inscrita la convivencia social: desde la naturaleza metafísica del hombre hasta las circunstancias meramente físicas, pasando por los factores sociológicos, psicológicos, etc.”, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. Madrid: Universitas, cap. n. XX, p. 390.
55. *Filosofía del derecho*. Trad. por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1969, 9ª ed., p. 358. De igual modo, KELSEN, ao dizer que um homem quando viola o direito “no significa que el Derecho sufra un perjuicio. Por el contrario, es precisamente para este caso para lo que se ha establecido el Derecho”, *Introducción a la teoría pura del derecho*. Trad. por Emilio O. Rabasa. México: Nacional, 1974, p. 23.
56. *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., §12, p. 162. Com razão o autor acrescenta que: “Si le falta, no puede pretender vigencia como derecho positivo. La facultad de imponerse del Derecho, como pretensión, es sinónima, absolutamente, con su ‘validez normativa’; la imposición general fáctica de Derecho, sinónima de su ‘validez fáctica’”, *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., §12, p. 162. Para DABIN, o poder que acompanha o direito é “una condición no sólo de eficacia o de validez, sino incluso de la existencia del derecho”, *Teoría general del derecho*, op. cit., nº 16, p. 32.

efetiva a hierarquia dos interesses em sociedade, influenciando na vontade das pessoas⁵⁷, se denomina sanção⁵⁸, que, de acordo com CASTANHEIRA NEVES, é “o modo

57. A razão pela qual o ordenamento jurídico necessita de um mecanismo capaz de assegurar a realização dos interesses em sociedade, independentemente da vontade das pessoas, estaria justificada, segundo KELSEN, porque “al atribuir una sanción a una conducta de este tipo, la ley obliga a los hombres a ser cuidadosos, a fin de que efectos normalmente perjudiciales de su conducta puedan ser evitados”, *Introducción a la teoría pura del derecho*, op. cit., p. 27. Por isso, afirma o autor, “el fin de esta amenaza coactiva, es provocar una conducta de los hombres, que haga innecesaria la coacción”, *Compendio esquemático de una teoría general del estado*. Trad. por Luis Recaséns Siches e Justino de Azcárate Florez. Barcelona: Núñez y Comp. S. en C., 1927, nº 11, p. 41.
58. Utilizamos o termo ‘sanção’ em seu sentido mais amplo para incluir nele não só as conseqüências desagradáveis da inobservância das normas, senão também as conseqüências agradáveis da observância, ademais das sanções preventivas. No primeiro caso estamos diante das sanções que a doutrina sugere chamar *negativas*, por tratar-se, segundo BOBBIO, de uma “*respuesta a la violación*”, *Teoría general del derecho*, op. cit., nº 39, p. 119, e representam a função *repressiva* do ordenamento jurídico, como bem demonstram ANGELO DE MATTIA, *Merito e ricompensa*, en Riv. Int. Fil. Dir., año XVII, fasc. VI, 1937, págs. 608 y ss; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 12, págs. 28 y ss; BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, (traducción de Alfonso Ruiz Miguel), Edit. Fernando Torres, Valencia, 1980, págs. 371 y ss, especialmente págs. 377 y ss; *Sulla funzione promozionale del diritto*, en Rev. Trim. Dir. Proc. Civ., 1969, págs. 1313 y ss, principalmente nos nº 2 y 4 (este artigo se encontra reproduzido no livro *Contribución a la teoría del derecho*, ob. cit., págs. 367 hasta 381); e também na *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 39, págs. 118 y ss; KANT, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., pág. 35 (en la edición del original alemán [VI, 227]); y CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., págs. 23 y ss. Porém, esta função repressiva do ordenamento jurídico como resposta a uma violação não está diretamente relacionada com o ilícito imputável à uma pessoa, pois, como observa MINOLI, a sanção pode ser entendida “*non, rigorosamente, come reazione all’illecito vero e proprio, imputabile ad una persona determinata, ma come reazione ad una situazione di fatto antiggiuridica, che il diritto intende sia rimossa (almeno, ove ricorrono certi presupposti: ad es. la domanda di un interessato) anche se non è imputabile a titolo di ‘illecito’, a nessuno (si pensi ad un contratto annullabile per errore o rescindibile per sopravvenuta onerosità)*”. *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Edit: Guiffirè, Milano, 1950, cap. II, nº 7, págs. 60 y 61. No segundo, caso nos encontramos com as sanções *positivas* que servem, segundo CARNELUTTI, para garantir o ordenamento jurídico “*creando a chi sia tentato di fare del male una situazione di ‘impossibilità’ o quanto meno di ‘difficoltà fisica’ a farlo, oppure una situazione di ‘convenienza economica a non farlo’*”, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 12, pág. 28, e representam a função *promocional* do ordenamento jurídico, como bem demonstram ANGELO DE MATTIA, *Merito e ricompensa*, ob. cit., págs. 613 y ss; BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, ob. cit., principalmente págs. 1320 y ss; *Contribución a la teoría del derecho*, ob. cit., págs., 373 y ss; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, ob. cit., nº 12, págs. 27 y ss; KANT, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., pág. 35 (en la edición del original alemán [VI, 227]); y CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., págs. 23 y ss. Esta função promocional do ordenamento jurídico se dá através do expediente da assinatura de um *premio (praemium)* (que se divide, segundo ANGELO DE MATTIA em “*ritenzioni, compensi e premi*”, *Merito e ricompensa*, ob. cit., págs. 621 y ss) a um comportamento conforme a norma positiva, v. gr., quando o obrigado paga de uma só vez o imposto devido obtém como prêmio um desconto sobre o valor total do imposto. A respeito, afirma acertadamente ANGELO DE MATTIA, que as sanções de premiar, é igual que as sanções represivas, possuem dois elementos: “*un elemento oggettivo: il vantaggio, e un elemento soggettivo: il merito*”, *Merito e ricompensa*, ob. cit., pág. 614. De acordo com a opinião de BOBBIO, esta *función promocional* do ordenamento jurídico tende hoje a ampliar-se, uma vez que traz em si “*nuove tecniche di controllo sociale, che caratterizzano l’azione dello Stato sociale dei nostri tempi e la distinguono profondamente da quella dello Stato liberale classico: l’impiego sempre più diffuso delle tecniche di incoraggiamento in aggiunta, o in sostituzione di, quelle tradizionali di scoraggiamento*”, *Sulla funzione promozionale del diritto*, ob. cit., pág. 1314. Para uma crítica ao “*Estado social, también denominado ‘promocional’*”, vid. por todos, CAPPELLETTI, *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, en Repro, nº 65, págs. 136 y ss.

*juridicamente adequando de converter a intenção normativa em efeitos práticos ou de garantir aos efeitos normativos a sua eficácia prática*⁵⁹.

No ordenamento jurídico, estas duas modalidades de sanções funcionam, de acordo com KANT, que foi o primeiro autor a desenvolver, da seguinte maneira: “*Es ‘meritorio’ (meritum) lo que alguien hace ‘de más’ conforme al deber en comparación con aquello a que la ley puede obligarle; lo que hace sólo conforme a esta última, es ‘debido’ (debitum); por último, lo que hace ‘de menos’ en comparación con lo que la última exige, es ‘delito’ moral (demeritum). El efecto ‘jurídico’ de un delito es la ‘pena’ (poena); el de un acto meritorio, la ‘recompensa’ (praemium) (supuesto que ésta, prometida en la ley, fue la causa de la acción); la adecuación de la conducta a lo debido carece de efecto jurídico*”, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., pág. 35 (en la edición del original alemán [VI, 227-228]). De igual modo, ANGELO DE MATTIA, quando afirma: “*Si potrebbe dire figuratamente: il diritto impone all’individuo una serie di atti obbligatori, ed è la serie degli atti dovuti, i quali tracciano una linea mediana. Se l’individuo, volontariamente, si tiene al di sotto di questo limite, cade nell’atto illecito e va incontro alle sanzioni punitive; se, al contrario, si tiene volontariamente al di sopra, entra nella zona degli atti meritori, ai quali si accompagnano le sanzioni ricompensative*”, *Merito e ricompensa*, ob. cit., pág. 615.

Para GARCÍA MÁYNEZ, o termo ‘sanção’ deve reservar-se para o “*caso de las consecuencias jurídicas represivas. En cuanto al premio, estimamos que debe ser visto como una especie dentro del género de las medidas jurídicas*”, *Introducción al estudio del derecho*, Edit: Porrúa, México, 1996, 48ª ed., cap. XXI, nº160, pág. 313. Em sentido contrário, entendendo que o prêmio não é uma sanção, SANTO TOMÁS, destaca que: “*También el premiar puede hacerlo cualquiera. Pero únicamente el administrador de la ley, en cuyo nombre se impone la pena, puede castigar. Por eso el premiar no se encuentra entre los actos de la ley, y sí sólo el castigar*”, *Suma teológica*, ob. cit., t. VI, pág. 76 (Iª, IIª, q. 92, artículo 2, ad 3).

59. *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., págs. 29 y 30. A respeito, afirma acertadamente este autor: “*Com isto não dizemos que o direito é ‘objecto’ da sanção, que é ‘sancionada’, e sim que a sanção é a dimensão, intenção e conteúdo do direito. O que não implica que todas as normas jurídicas, individualmente consideradas, hajam de ter sanção*”, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., pág. 22, nota 22. Para DUGUIT, toda norma jurídica traz em si uma sanção, já que, “*en réalité, il ne peut pas y avoir de loi sans sanction*”, *Traité de droit constitutionnel*, ob. cit., 1928, t. II, §19, pág. 202, y también en el t. I, §8, págs. 89 y ss. Para o autor, toda regra jurídica é “*une règle édictée ‘sous une sanction sociale’*”, *Traité de droit constitutionnel*, ob. cit., t. II, §19, pág. 208 e também no t. I, §13, págs. 142 y ss, na medida em que “*si l’on fait un acte conforme à la loi, laquelle est par définition une règle sociale, cet acte est par là même un acte social, il a une valeur sociale et socialement reconnue; cette reconnaissance sociale de la valeur sociale de l’acte conforme à la loi constitue la sanction même de la loi. Par contre, l’acte contraire à la loi sera nécessairement un acte antisocial, sans valeur sociale, et par conséquent entraînera forcément une réaction sociale qui sera la sanction de la loi*”, *Traité de droit constitutionnel*, ob. cit., t. II, §19, pág. 202, e também no t. I, §6, págs. 74 y ss. De igual modo, KELSEN, para quem o ato legislativo que não enlace uma sanção à conduta oposta “*no es una norma jurídica; es un deseo del legislador sin importancia jurídica, un contenido jurídicamente indiferente de una ley*”, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, (traducción de Carlos Cossio), Edit: Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires, 1952, cap. III, nº 4, pág. 63.

Para nós, a intensidade ea sanção é um elemento fundamental para a eficácia de uma norma jurídica, porque, de acordo com CALSAMIGLIA, “*a veces las normas incentivan al incumplimiento del derecho porque los perjuicios de la sanción son inferiores a los beneficios que se siguen de su violación*”, *Justicia, eficiencia y derecho*, ob. cit., pág. 329. Assim mesmo, CICERÓN, quando critica aqueles que defendem uma justiça baseada no interesse, pois, de acordo com ele, se a justiça pudera “*medirse por el interés, el que calcula que le ha de resultar ventajoso, despreciará las leyes y las quebrantará, si le es posible*”, *Las leyes*, ob. cit., pág. 95 (en el original L. I, 42). Em sentido contrário, MONTESQUIEU, ao dizer que: “*La experiencia nos pone de relieve que, en los países donde las penas son leves, éstas impresionan el espíritu del ciudadano, del mismo modo que las graves en otros lugares*”, *Del espíritu de las leyes*, ob. cit., L. VI, cap. XII, pág. 61. Em sentido contrário, entendendo que a sanção não é um elemento essencial para o direito, entre outros autores, encontramos GARCÍA MÁYNEZ, para quem a sanção tem caráter secundário, pois, “*el deber cuya inobservancia determina la existencia de la obligación oficial de sancionar, tiene, naturalmente, carácter primario. La sanción es, en cambio, consecuencia secundaria*”, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit.,

4.2. Função judicial

A segunda função do ordenamento jurídico, que denomino *judicial*, consiste na função, através da qual, a hierarquia dos interesses em sociedade serve de diretriz ao juiz em sua tarefa de aplicar os valores que anteriormente essa sociedade estabeleceu como sendo essenciais⁶⁰. Por isso afirma ARISTÓTELES que “*aquellos que discuten recurren al juez, y el acudir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia*”⁶¹, na medida em que ele juiz utiliza os valores do que é socialmente justo para criar o direito no caso concreto.

Na vida moderna dos Estados (principalmente nos países da civil law), onde ainda se faz presente o Estado Social de Direito, se manifesta uma imperiosa necessidade de normas jurídicas, através das quais as pessoas adquirem confiança na proteção de seus interesses, e essa confiança produz uma segurança que é base da vida em sociedade⁶², pois segundo esclarece HECK, “*lo necesario es tener seguridad y evitar conflictos*”⁶³, segurança que por sua vez faz com que apareça a paz⁶⁴.

cap. XXI, nº154, págs. 295 y 296. De igual modo, THON afirma: “*La coazione non è affatto un elemento essenziale nel concetto del diritto*”, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, ob. cit., pág. 16; e ALLORIO, que aporta um novo ataque ao conceito de sanção, porém em uma direção completamente nova, pois, o autor enfoca o problema não desde a perspectiva de saber se a sanção é um elemento que compõe o ordenamento jurídico, senão desde a perspectiva da natureza mesma da sanção como um conceito juridicamente consistente. Para o autor: “*Che valore ha dunque la ‘sanzione’ per siffatte norme? Non ha certo il valore di elemento intrinseco al congegno della norma, bensì semplicemente quello di contenuto delle norme stesse*”, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, en Riv. Dir. Civ., 1956, pág. 16, deste modo, a “*nozione di ‘sanzione’, che del resto non considero una nozione giuridica rigorosa, anzi neppure una nozione corretta*”, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, ob. cit., pág. 1. Para ALLORIO, portanto, o “*concepto de la sanción, lejos de poseer autonomía, y tanto más de perfilarse como extremo esencial de la norma jurídica, se manifiesta así perfectamente reducible al normal mecanismo de la norma, entendida como juicio sobre comportamientos humanos*”, *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, (traducción de Santiago Sentís Melendo), Edit: Ejea, Buenos Aires, 1958, nº 7, pág. 35. A posição do autor, que é extremamente fecunda e ao mesmo tempo completa, não pode ser reproduzida aqui de maneira completa, razão pela qual remetemos o leitor ao escrito original. Esta crítica de Allorio foi acolhida por BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 47, págs. 138 y 139. Para um estudo mais detalhado das normas jurídicas sem sanção, vid. por todos, BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 44, pág. 129; y CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, ob. cit., págs. 23 y ss.

60. Assim mesmo RAMOS MÉNDEZ, quando disse: “El juez se enfrenta a la norma jurídica también como punto de referencia obligado en nuestra experiencia codificada”, *El sistema procesal español*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 300.
61. *Ética Nicomáquea*. op. cit., nº 1132a-20, p. 140.
62. Para aprofundar o estudo da seguridade jurídica e sua função dentro do desenvolvimento da sociedade, vid. por todos, HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., §30, p. 544 e ss; e PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, op. cit., principalmente cap. I, nº 1, 2 e 3, cap. II, nº 2, 3 e 4, e cap. III, nº 2, 3, 4 e 8.
63. *El problema de la creación del derecho*. Trad. por Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999, p. 28.
64. Essa paz em sociedade deve ser entendida desde dois pontos de vista diferentes, segundo as palavras de GUASP: “La paz social, traducida al fundamento del derecho, es subjetivamente seguridad, objetivamente certeza”, *La paz como fundamento del derecho*. In: *Estudios Jurídicos*, ob. cit., p. 167. Para PONTES DE MIRANDA, a “paz”, mais do que ‘revide’, é a razão da Justiça”, *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1972, 2ª ed., t. I, §43, p. 235.

CAPÍTULO VI

**TEORIA DO PROCESSO E DISCURSO NORMATIVO:
DIGRESSÕES DEMOCRÁTICAS**

*Dhenis Cruz Madeira**

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. O espaço do soberano e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito – 3. A Constituição como expressão normativo-política – 4. As normas constitucionais como demarcadoras do discurso jurídico – 5. O Estado Democrático de Direito: uma escolha brasileira – 6. A Teoria do Processo como *medium* lingüístico do discurso normativo – 7. Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, os operadores jurídicos brasileiros se deparam com um sério dilema, qual seja, o de interpretar e aplicar leis infraconstitucionais ultrapassadas e que foram, em sua maior parte, confeccionadas antes do atual modelo democrático-constitucional.

Nesse tom, o intérprete convive com duas ordens, uma soerguida pelo paradigma democrático de 1988, outra ventilada pela triste realidade oligárquica e militar anterior. Vive-se e convive-se com dois modelos normativos totalmente díspares, um democrático, outro ditatorial. Entretanto, a partir da promulgação da atual Constituição, não se pode admitir tal coabitação: o primeiro paradigma deve tomar o lugar do segundo.

A Constituição Brasileira prescreve¹ que *todo poder emana do povo* e, a partir dessa afirmação, levando-se em consideração a *Teoria da Democracia*, não é mais possível ficar indiferente às seguintes questões: como aplicar uma norma jurídica de forma democrática? A norma jurídica (esculpida em lei)² pode ser aplicada sem que se ofereçam seus *fundamentos* e sem que se propicie a *fiscalidade* popular? E ainda:

* Professor do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas (IEC-PUC Minas). Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito da PUC Minas. Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Membro Efetivo da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG. E-mail: dhenis@oabmg.org.br.

1. Parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.
2. Impende lembrar que o texto legal é o “meio gráfico indicativo ou narrativo da norma”, e esta, por sua vez, é a “descritiva da conduta permitida, devida ou vedada, como padrão de licitude explícita ou implícita contido no texto da lei.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 187).

basta, para *legitimidade* da norma, que sejam observados os procedimentos parlamentares da democracia indireta (ou representativa)? A *vontade normativa* pode ser entregue a uma *autoridade*? Qual o *medium* lingüístico do Discurso da Norma?

Mesmo diante da grande complexidade e importância operacional (*práxis*) das questões, os escritos jurídicos são escassos. Salvo raríssimas e louváveis ressalvas, as normas jurídicas são encaradas de forma tópica, casuística e assistemática, não se notando comprometimento epistemológico com o paradigma democrático, o qual impõe uma ressemantização do termo “intérprete”, bem como, uma revisão completa, irrestrita, crítica e incessante das normas vigentes.

Além disso, ao estudar e escrever sobre Direito Processual, é imprescindível que o pesquisador trace claramente seu *marco teórico*, como também, o *paradigma de Estado* que orienta suas reflexões. Saliente-se, desde já, que não se mostra necessário, como tentou Norberto Bobbio,³ conciliar Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, vez que tais modelos possuem vestimentas e moradas próprios.

2. O ESPAÇO DO SOBERANO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No item anterior, afirmou-se que todo poder – ali incluindo-se o estatal - emana do povo.

Dessa maneira, o exercício de tal poder é atributo *inalienável* e *insuprimível* de seu dimanante (povo), o qual, ainda quando expressa sua vontade soberana por meio de representantes, possui o direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder, expondo-se às conseqüências de perda de legitimidade democrática.

Aproveitando-se as lições de Friedrich Müller,⁴ é importante que se esclareça o “ciclo de atos de legitimação” dos textos normativos que, sob nenhum pretexto, pode ser interrompido de modo não-democrático. Essa é a dinâmica *estrutura de legitimação*⁵ da Democracia.

Dessarte, admitir que o povo eleja seus representantes e, após tal eleição, proibir a fiscalização popular das atividades governativas seria, quando nada, desprezar o paradigma do Estado Democrático de Direito.⁶

3. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. e ampl., Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 139-141.

4. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60.

5. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60.

6. Em reflexão constitucional, pode-se dizer que o Estado, em si, não representa a democracia. Decerto, o Direito esculpido constitucionalmente é que pode ou não ser democrático, não sendo possível, como queria Kelsen, agregar Estado e Direito no mesmo corpo (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*).

Vale salientar que o povo, no Direito Democrático, não elege um *intérprete* da *consciência popular* (à semelhança do *Führer* nazista), e, muito menos, admite que o Estado exerça tal função (como apregoava o fascismo). Sobre o tema, o grande Eduardo J. Couture,⁷ discorrendo sobre o Direito Processual no Terceiro *Reich* alemão, em texto que demonstra o perigo de se mitificar a expressão “povo”, assim lecionou, *in verbis*:

“El derecho nacionalsocialista es, según sus propios definidores, un estado de conciencia popular. Como el derecho reside en el pueblo y hay que interpretarlo, porque el pueblo no tiene físicamente un órgano único de expresión, se admite que el intérprete de la voluntad popular es el Führer.” E mais à frente conclui que “...el juez es el Führer dentro del proceso”.

Ainda há de se destacar que o “povo” a quem se faz referência no presente trabalho não é um povo ideologizado e que anseia por tradutores, intermediadores, intérpretes ou mestres, eis que, no Direito Democrático, “todos os homens se tornaram locutores autorizados e não há mais Mestre.”⁸

No modelo jurídico-democrático, não se pode conceber um *espaço do soberano* em que esse, sem oportunizar ao destinatário os fundamentos de suas decisões, veda a fiscalidade popular, olvidando-se, por conseguinte, que “a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide suas estruturas.”⁹

Por esse prisma é que, com relação às normas jurídicas, o povo deve ser capaz de “recriar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente.”¹⁰ Não basta, pois, elegerem-se (ainda que com o sufrágio universal) parlamentares, permitindo que esses, sozinhos, ditem a vontade popular. É preciso, no paradigma democrático, conferir ao destinatário a oportunidade de discutir os fundamentos da norma jurídica

Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 352-3). Assim, a denominação “Estado de Direito Democrático” parece ser mais apropriada. Contudo, desde já, impende ressaltar que utilizaremos, ao longo do presente trabalho, a expressão “Estado Democrático de Direito”, eis que essa se encontra no *caput* do artigo 1.º da Constituição Brasileira. Porém, fica a ressalva semântica. Em sentido aproximado, pode-se apontar: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 97-8; NEGRI, André del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 23.

7. COUTURE, Eduardo J., *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 72-3.
8. WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, origem da crise*. In: *A crise da razão*. Adauto Novaes (Org.). São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996, p. 81.
9. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 46-7.
10. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 21, v. II.

para, até mesmo, se for o caso, rejeitá-la. O entendimento do que venha a ser justo, injusto, certo ou errado deve ser compartilhado, e não imposto.

Somente assim, a expressão “povo” deixa de ser um *fetiche*.

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à *vida nua*,¹¹ criando-se um *espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável*. Com isso, fomenta-se o aparecimento do *espaço do soberano* (e não da soberania popular), do *locutor autorizado*¹² da lei, que, à semelhança do *soberano* de Kafka,¹³ diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse *espaço do soberano*, a nosso ver, permite a criação de uma “dimensão política acima da jurídica”.¹⁴

O Estado Democrático de Direito apresenta-se como “espacialidade jurídica aberta por uma auto-oferta normativa de fiscalidade procedimental a todos”,¹⁵ não se propondo a uma *inclusão social pela vontade de uma autoridade* inexplicavelmente sensível às desigualdades e às diferenças. Diante disso, o Estado Democrático de Direito não possui as mesmas vestes do Estado Liberal (assegurador das individualidades) ou Social (comunitarista e tradutor do bem-comum).

Não é a esmo que Jürgen Habermas obtempera, *verbis*:

No interior de uma comunidade democrática, cujos cidadãos concebem reciprocamente direitos iguais uns aos outros, não sobra espaço para que uma autoridade determine *unilateralmente* as fronteiras do que deve ser tolerado. Na base dos direitos iguais dos cidadãos e do respeito recíproco de um pelo outro, ninguém possui privilégio de estabelecer as fronteiras da tolerância do ponto de vista de suas próprias preferências e orientações segundo valores. Certamente tolerar as crenças de outras pessoas sem aceitar a sua verdade, e tolerar outros modos de vida sem apreciar o seu valor intrínseco, como fazemos com relação a nós mesmos, isso requer um padrão comum. No caso de uma comunidade democrática, essa base de valor comum é encontrada no princípio da constituição.¹⁶

11. Lembrando a *vida nua* de Giorgio Agambem (*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 90-1 *et seq.*).
12. WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, origem da crise*. In: *A crise da razão*. Adauto Novaes (Org.). São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996, p. 71.
13. KAFKA, Franz. *Diante da Lei*. In: *A Colônia Penal*. Trad. Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000, v 7, p. 71-2. Nesse sentido é que se diz que “o poder da Lei está precisamente na impossibilidade de entrar no já aberto, de atingir o lugar em que já se está.” (AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 57).
14. LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. Uberaba-MG: Revista Jurídica UNIJUS, v. 6, n. 1, Ago. 2003, p. 44.
15. LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. Uberaba-MG: Revista Jurídica UNIJUS, v. 6, n. 1, Ago. 2003, p. 48.
16. In: BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Trad. Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 53.

Assim, a lei não pode ser um objeto tangível somente pelo “pequeno grupo de nobres”.¹⁷

Na esfera jurídica, a *verdade*¹⁸ não pode pertencer a alguém, razão pela qual o discurso normativo deve admitir a falibilidade e falseabilidade de seus próprios apontamentos.

3. A CONSTITUIÇÃO COMO EXPRESSÃO NORMATIVO-POLÍTICA

Há de se ressaltar, desde já, que quando utilizamos a expressão “política”, não se faz nenhuma alusão à *pólis* grega,¹⁹ tampouco, às anotações weberianas.²⁰ Não.

-
17. KAFKA, Franz. *Sobre a questão das leis*. In: Novos Estudos - CEBRAP, n. 37, novembro 1993, p. 233.
18. Em Direito, não se mostra científico utilizar a expressão “verdade” como algo imutável e impassível de testabilidade e falseabilidade, a não ser que se encare a verdade como *dogma* oriundo de uma *crença* individual, o que não é o objetivo deste trabalho. Por isso, na ciência jurídica, é mais acertado entender que não há verdade absoluta, mas, tão-somente, proposições teóricas (pretensões de verdade). Nesse sentido, são riquíssimas as lições de Karl Raimund Popper (Cf. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 10. ed., São Paulo: Cultrix, 2003, p. 39) que, inclusive, utiliza o termo “semelhança à verdade” ou “aproximação da verdade” (POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real, 2. ed. Brasília: UnB, 1994, p. 69) ajudando a desmistificar a expressão.
19. Pelo que se apresenta, ao menos em sua origem histórica, o conceito de *política* utilizado pelos filósofos greco-atenienses, em especial, Platão e Aristóteles, não se adapta ao atual modelo político-democrático. Para os grandes pensadores gregos, a política estaria vinculada à *pólis* e essa, por sua vez, seria um espaço no qual os cidadãos gregos, em especial, os governantes, exerciam suas virtudes. Vale lembrar que esse espaço não seria, necessariamente, físico, como anota Mário Lúcio Quintão Soares (*Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 233) e Marcelo Campos Galuppo (*Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 45). A justiça, na visão grega, também seria uma virtude exercida para o bem geral da *pólis* (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*. 2. ed., Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2001, p. 55), sendo certo que pertencia, via de regra, a uma autoridade, a um governante. Ao tratar da concepção aristotélica de justiça (distributiva), Alasdair MacIntyre a descreve da seguinte forma: “À medida que passa de papel a papel, como governante e como governado, terá, se deve merecer honra, de aprender como exercer toda uma série de virtudes. Mas em todas elas deverá principalmente aprender a compreender o princípio da justa distribuição e a ser movido por uma disposição a conformar-se a ele. Para tal terá de vir a reconhecer que bens são devidos a certas pessoas numa variedade de situações, algo que na visão de Aristóteles requer experiência e hábito, assim como uma razão reta.” (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*. 2. ed., Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2001, p. 120-1). Desse modo, rejeitamos a sofocracia e o modelo político grego (ao menos em sua concepção original), eis que, hoje, não se pode admitir racionalmente a existência de governantes salvadores e intrinsecamente virtuosos, com a exclusão discursiva dos governados. Entendemos que, no Direito Democrático, elementos como justiça, moralidade, ética e virtude devem ser alçados a uma discursividade processualizada, não se admitindo a injunção arbitrária e salvadora de alguns em detrimento de outros. Nesta face, os regimes totalitários do século XX (em especial, o nazismo e o fascismo) nos dão uma amostra dos malefícios de tal escolha política. Lembramos a advertência de que “é preciso desconfiar criticamente dessa hipervalorização do debate moral em nossa cultura, do fato de que a ética afinal tornou-se uma moda, pois o que ela pode esconder, na verdade, é uma crise profunda.” (CARVALHO, Helber Buenos Aires de. *Alasdair MacIntyre e o retorno às tradições morais de pesquisa racional*. p. 31-64. In: *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Manfredo A. de Oliveira - Org. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 32).
20. Especialmente quando Weber utiliza expressões como “dedicar-se à política” ou “política em termos de vocação” (WEBER, Max. *Ciência e política – duas vocações*. 12. ed., Trad. Leonidas Hegenberg e

Aqui, a *política* apresenta-se como expressão volitiva de um povo que, instituindo um texto constitucional, demarca seus parâmetros, fiscalizando irrestritamente toda atividade governativa, em toda estruturação do Direito. É uma atividade “que envolve negociações e formas de argumentação”²¹ inseridas num espaço *formalizado e isonômico*.

Nesse enfoque, a *política* liga-se à *cidadania*, sendo que essa, desprovida de fetichismo, apresenta-se como “vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou”²².

No Estado Democrático de Direito, o *poder de política*²³ liga-se ao *poder das garantias*, sendo inquebrantável o trinômio poder-responsabilidade-controle.

Nesse sentido é que a Constituição mostra sua importância.

Na atualidade, o texto constitucional tem a função de abrigar e proteger, normativamente, as instituições jurídicas soerguidas pela vontade popular. Com isso, pode-se dizer que a Constituição estampa co²⁴-instituições²⁵ jurídicas, abrigando também institutos²⁶ e princípios,²⁷ articulando-os entre si, fazendo com que ditas

Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 120), eis que rejeitamos a idéia de que é preciso encontrar seres vocacionados, predestinados, sábios ou líderes (Cf. WEBER, Max. *Ciência e política – duas vocações*. 12. ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 44-5).

21. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre a facticidade e a validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 09, v.2.
22. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 151.
23. Cf. ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*. Trad. Oreste Nestor de Souza Laspro. Revista de Processo, ano 22, n. 87, p. 63-9. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 22, jul./set. 1997, p. 63.
24. “Co” enquanto prefixo latino (*cum*) que designa correlação, companhia, contigüidade, concomitância, a par de, ao lado um do outro; junto; de par.
25. Lembrando que instituição jurídica é um “agrupamento de institutos(s) e princípio(s) que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 220), não apresentando, no sentido do texto, contornos sociológicos ou econômicos. Sobre as diversas acepções do vocábulo “instituição” sugere-se a leitura de trecho da obra do processualista uruguaio Eduardo J. Couture (*Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 141-5).
26. Instituto jurídico é um “agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 220).
27. Maurício Godinho Delgado (*Princípios de direito- clássicos e novos papéis*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v.4, n. 7-8, 1.º e 2.º sem. 2001, p. 151) afirma que os princípios jurídicos exibem-se como “diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do direito”, eis que são inferidas de um sistema jurídico para, após, dinâmica e ciclicamente, informá-lo. No mesmo sentido é a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 119). Sobre tal definição, mostra-se interessante o confronto com o conceito de Rosemiro Pereira Leal (*Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 102-3, 220), para quem o princípio jurídico é “referente lógico-jurídico de invariabilidade perene, estabelecido na Lei Positiva (texto legal), como limite originário da interpretação e aplicação do direito

figuras, em decorrência de sua elevada posição normativa e hierárquica, sirvam de parâmetro para outras instituições, institutos, princípios e regras previstas nas leis infraconstitucionais. No atual modelo, deve o intérprete saber que o ordenamento jurídico é um todo e que a leitura de um texto de lei passa, impreterivelmente, pela lupa constitucional.

Com razão, os estudos mais recentes e abalizados afirmam que o texto constitucional articula e legitima as instituições jurídicas,²⁸ não sendo um instrumento nas mãos de um Estado hegelianamente totalizador. Justamente por isso, não se mostra adequado falar, simplesmente, que a Constituição “é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”,²⁹ eis que esse (o Estado) já não é o todo do ordenamento jurídico. No Direito Democrático, o povo, enquanto ente participativo e fiscalizador, aparece como centro gravitacional do pensar jurídico, sendo uma “instância global da atribuição de legitimidade democrática”, tal como bem afirmou Friedrich Müller.³⁰ Assim, o texto constitucional se apresenta como depositário de instituições, institutos e princípios jurídico-populares, valendo lembrar, insistentemente, que todo poder emana do povo,³¹ e que esse, por sua vez, não precisa de *guias*.

Impende ressaltar que todas as afirmações denotadas até aqui valem para uma Constituição promulgada (e não, outorgada) e que tem por finalidade instituir o Estado Democrático de Direito. Sem embargo, de nada adianta solevar instituições, institutos e princípios no texto constitucional (intitulando-os falsamente de “populares”) se, quando da aplicação, não se propiciar uma interpretação compartilhada aos destinatários da norma jurídico-constitucional.

A existência de um *texto* constitucional torna o Direito *acessível à crítica*,³² ajudando a formar a base do discurso jurídico. Neste ponto, em magistério que merece transcrição, Karl Popper apresenta reflexão valiosíssima para a Ciência Jurídica:

legalmente formulado. Marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes”.

28. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48.
29. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 38; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.
30. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60.
31. Como sobredito, a própria Constituição Brasileira de 1988 afirma, no parágrafo único do artigo 1.º, que todo poder emana do povo, sendo que tal norma vale, inclusive, para aqueles que ainda encaram o Estado como instância de poder, não obstante, na atual principiologia democrática, não existir poderes estatais, mas meras funções, ainda assim, subordinadas aos conteúdos da jurisdição constitucional. Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70-4; LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 25, v. 2.
32. Usando aqui a relação entre texto e crítica encontrada em: POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real, 2. ed. Brasília: UnB, 1994, p. 68.

“Existe uma diferença importante quando exprimimos o nosso pensamento por palavras ou, melhor ainda, por escrito. Desta forma o pensamento se torna acessível à crítica. Anteriormente os nossos pensamentos constituíram uma parte de nós mesmos. Poderíamos ter dúvidas, mas não teríamos podido criticá-las da mesma forma que podemos criticar uma afirmação expressa verbalmente ou, melhor ainda, um relatório escrito. Portando, há, pelo menos, um significado importante de ‘conhecimento’ objetivo: ‘conhecimento’ no sentido de ‘teoria formulada verbalmente, que se expõe à crítica’. A isso chamo eu ‘conhecimento em sentido objetivo’. Nele se integram os conhecimentos científicos. Este conhecimento está armazenado nas nossas bibliotecas e não nas nossas cabeças.” E esclarece adiante: “Naturalmente, nunca teríamos feito uma descoberta sem ter compreendido algo das teorias existentes e da situação objetiva do problema – ou, por outro lado, sem ter estudado livro ou revistas científicas: e tudo isso significa conhecimento em sentido objetivo.”³³

Nessa linha, a escrituração de uma Constituição é o ponto de partida do discurso normativo, delineando alguns conceitos básicos (falseáveis e abertos à crítica) que podem, inclusive, ser rejeitados por meio do discurso processualizado. No Direito Democrático, o *texto* normativo não necessita de um *guardião*, daí porque o *tirano* o vê como um malefício, uma inutilidade, uma ameaça à *sua* soberania.³⁴

Embora importantíssimo ao Discurso Jurídico, a existência de um escrito normativo (texto legal), como precitado, é insuficiente à legitimidade do Direito e ao estabelecimento de uma *linguagem* compatível com a Teoria da Democracia.

A tese aqui expendida será melhor elucidada nos itens que se seguem.

4. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO DEMARCADORAS DO DISCURSO JURÍDICO

Não obstante as diversas definições de *norma jurídica*, no atual sistema, mostra-se mais acertado compreendê-la como **gênero** do qual são **espécies** as *regras* e os *princípios*.³⁵ Daí o porquê de, na atualidade,³⁶ falar-se em normas-disposições (regras jurídicas) e normas-princípios (princípios jurídicos).

33. POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real, 2. ed. Brasília: UnB, 1994, p. 68.

34. Cf. DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Trad. Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005, p. 21-2; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 96-101.

35. Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 181; GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 143, p. 191-209, jul./set. 1999, p. 193; LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 38.

36. Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 119-120.

A norma jurídica é aquela que abriga a *logicidade* do sistema jurídico, fixando os padrões *hermenêuticos* de *licitude*³⁷ que, por sua vez, em nosso sistema, só pode ser extraído interpretativamente do texto normativo (*lei*).

Por esse prisma, tanto as regras, quanto os princípios delineados constitucionalmente possuem características normativas e de imperatividade no sistema.

Seguindo tal raciocínio, após a lição de Rosemiro Pereira Leal,³⁸ pode-se falar que os *direitos fundamentais*, que também possuem caráter normativo e vinculante no sistema, são auto-executivos (líquidos) e infungíveis (certos). Independentemente da forma como se apresentam (como regras, princípios, instituições ou institutos jurídicos) é inequívoco que, após a observância do *devido processo constituinte* popular, tais *direitos fundamentais* são abraçados pelo pré-acertamento cognitivo-constitucional, daí o porquê de serem apontados como *coisa julgada constituinte*.³⁹

Uma vez ultrapassadas as definições dos jusnaturalistas e dos positivistas,⁴⁰ os princípios jurídicos, principalmente quando alçados à esfera constitucional, atuam “como normas estruturantes do sistema e como referencial hermenêutico dos textos infra-constitucionais.”⁴¹

Os princípios constitucionais, vale insistir, não possuem somente uma função *supletiva*⁴² do direito, mas também e principalmente, uma função *interpretativo-normativa*.⁴³

Nesse jaez, em decorrência do Princípio da Supremacia da Constituição, as normas constitucionais (em sentido amplo) servem de parâmetro condutor e demarcador

37. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 117, 246.

38. LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 338-343.

39. LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 342-3.

40. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Revista de Direito Comparado*. v.3 (1999). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1998, e *Mandamentos*, maio 1999, semestral, p. 482; LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 32-7.

41. LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 37-8.

42. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito- clássicos e novos papéis*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.4, n. 7-8, 1.º e 2.º sem. 2001, p. 153. A função supletiva dos princípios também é apontada pelo artigo 4.º da Lei de Introdução (Decreto-Lei 4.657/42) e pelo artigo 126 do Código de Processo Civil.

43. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito- clássicos e novos papéis*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.4, n. 7-8, 1.º e 2.º sem. 2001, p. 156-7.

do próprio discurso normativo, não se apresentando como *topoi*⁴⁴ ou “fórmulas”,⁴⁵ mas, sim, como conteúdos-base do discurso normativo que se ofertam à crítica e à testificação processual irrestrita.

Destarte, ao vigor uma lei (que deverá passar pela regência principiológica do devido processo legislativo),⁴⁶ a mesma não é capaz de se auto-legitimar,⁴⁷ razão pela qual anseia por um controle popular (discursivo e processualizado). Nessa esfera, os argumentos e alegações dialógicos são circunscritos pelas normas constitucionais, as quais traçam as bases e os limites do discurso jurídico que, no Direito Democrático, clama por um *medium* lingüístico.

Em Direito, não se pode falar em, *verbi gratia*, lícito, ilícito, moral, ética, bem-estar social, costumes, certo, errado, sem que tais termos se adaptem ao modelo discursivo esculpido pela Constituição e sem que tais concepções, antes da aplicação coativa, passem pelo crivo da principiologia processual.

Aliás, se ausente o norte constitucional, o pensar jurídico tornar-se-ia extremamente penoso numa sociedade “sem centro”,⁴⁸ ou seja, numa sociedade pluralista em que há diversas noções de moral, ética, felicidade e bem-estar. O texto constitucional é, justamente, o articulador (não-mítico) dos *objetivos comuns*⁴⁹ (falseáveis e abertos

-
44. Sobre o tema, o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior (*Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23) leciona que “*topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão.” Afirma ainda que “A presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas”. Para o renomado professor, expressões como “fins sociais”, “bem comum”, “imparcialidade do juiz”, “boa fé”, “presunção de inocência” são exemplos de *topoi* da argumentação jurídica. Essa é a lição do renomado jurista Ferraz Júnior. Pois bem, ao que se apresenta, esse *topoi* discursivo, em sua gênese, não se oferece à crítica, razão pela qual é desacolhido pela Teoria da Democracia. Tal discurso se distingue do Discurso Processual-Democrático na medida em que esse último não admite a criação de fórmulas que imploram pela compreensão do soberano. Não resta claro quem e como se fixaria os “fins sociais” ou o “bem-comum”, se é que tais figuras podem ser realmente delimitadas. Nas sociedades pluralistas, mostra-se infrutífera a tentativa de se criar *acordos morais universalizados* (Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001, p. 21-49), sendo insustentável admitir que o Discurso Democrático se pautar no *encontro de falas* (tal como ocorria na *ágora* grega).
45. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23.
46. Sobre o Processo Legislativo, conferir: DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 74.
47. Cf. ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. 2003. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 100-6. Também disponível em publicação recente: ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 122-130.
48. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 13.
49. Pode-se dizer que, no Direito Democrático, os *objetivos comuns* estão assentados numa *tomada de decisão*, e não, numa tábua axiológica (e metajurídica) só compreendida por autoridades sensíveis aos

à crítica), institucionalizando os procedimentos comunicativos de construção das decisões,⁵⁰ o que torna o discurso jurídico linguisticamente *viável*.

Após Habermas,⁵¹ já se sabe que “o *discurso* acarreta uma certa suspensão de *crença* em uma determinada norma e indica o *procedimento* pelo qual podemos *testar* sua *validade*.”

O diálogo, em si, não produz o consenso, devendo existir uma formalização (procedimentalização) dos argumentos para que possam se ofertar à testificação, numa condição ideal de fala (espaço processualizado), com vistas a obter uma decisão compartilhada e legítima.

A Teoria do Discurso deve ser contextualizada e limitada, não propriamente por uma Teoria do Estado e do Direito,⁵² mas pela Teoria da Constituição e, como se observará, pela Teoria do Processo.

anseios populares. Rejeita-se a idéia de que o texto constitucional, por si só, carregue uma razão (ou um *ethos*) universal. Certamente, a Constituição não é capaz de abrigar *pontos de convergência moral* de uma sociedade, eis que, pelo discurso moral, não se chega a uma única conclusão (Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001, p. 21-49). Com isso, pode-se afirmar que, se a Constituição protege, por exemplo, a propriedade (art. 5.º, XXII), o trabalho (art. 5.º, XIII), a família (art. 226), as religiões (art. 5.º, VI), o casamento (art. 226), o meio ambiente (art. 225), a forma federativa (art. 1.º), o presidencialismo (art. 76) e outras tantas instituições, ela o faz, não com um acordo social unânime sobre os temas, mas, com uma decisão tomada num dado momento histórico. Certo é que um ou outro indivíduo pode discordar de tais regulamentações, mas, no entanto, deve respeitá-las até que outras normas as modifiquem ou as revoguem. As lições de Karl Popper (POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 10. ed., São Paulo: Cultrix, 2003, p. 38-9, *italico no original*) ajudam a compreender, aproximadamente, o sentido empregado no texto, transcreve-se: “Meu critério de demarcação deve, portanto, ser encarado como *proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção*. As opiniões podem variar quanto à oportunidade de uma convenção desse gênero. Todavia, uma discussão razoável dos temas em pauta só é viável se os interlocutores têm um objetivo comum. A determinação desse objetivo é, em última análise, uma questão de tomada de decisão, ultrapassando, por conseguinte, a discussão racional.” Daí porque esclarece, em nota de rodapé, que “uma discussão razoável é sempre possível quando os interlocutores se interessam pela verdade e estão dispostos a dar atenção ao que dizem as várias pessoas que se manifestam.” Como se vê, a expressão “objetivos comuns” empregada no corpo do texto não carrega uma proposta universalizante ou totalizadora. As diretrizes comuns da Constituição são decisões tomadas em determinado momento histórico, passíveis, inclusive, de falseamentos e alterações – são bases mínimas para instalação do discurso normativo. Reconhecemos que o ponto merece estudo mais aprofundado.

50. Cf. ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. 2003. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 40-6. Também disponível em: ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
51. In: BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Trad. Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 80. (Itálico nosso).
52. Como se extrai de: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 321; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 181.

Este enquadramento do discurso jurídico faz com que o mesmo ganhe contornos críticos, auxiliando na formação de uma Sociedade Aberta e Democrática. Nesse prisma, a contextualização constitucional do discurso amplia a possibilidade de correções e controle das eventuais imperfeições legais, dificultando o solevamento de grupos despóticos.

É importante lembrar, aqui, que o discurso jurídico, em especial, o discurso da norma, não é infalível e pode, numa prática ideológica, mascarar uma forma de *dominação*,⁵³ principalmente, quando *entrega* a vontade do povo a um *soberano*, ainda que esse se apresente com vestimentas *dissimuladamente* democráticas. O fato de existir uma Constituição não garante, por si só, que a ordem democrática seja instalada e que a vontade popular, de fato, seja atendida. Não basta, para implantação do Estado Democrático de Direito, dizer-se que o texto constitucional expressa a vontade de um povo se, quando da aplicação normativa, não se propiciar a interpretação compartilhada (e procedimentalizada) do próprio escrito normativo.

A Constituição apresenta-se como uma linha de largada do discurso democrático, pois o discurso jurídico sem limites, sem contexto, sem um pano de fundo paradigmático constitucional e processualizado, fomenta o aparecimento do *locutor autorizado*,⁵⁴ o que, pelos fatos históricos, é um grande risco.

Justamente por isso, é mister que se esclareça o *contexto lingüístico* em que a norma constitucional é interpretada e aplicada, não sendo suficiente, repita-se, a existência de um texto normativo.

5. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ESCOLHA BRASILEIRA

Seria ingênuo negar a existência de atos despóticos na prática jurídica brasileira. Há, quando nada, tal possibilidade.

Todavia, não resta dúvida, até mesmo para aqueles que no dia-a-dia adotam práticas autocráticas, que a Constituição Brasileira apontou o Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico-institucional.⁵⁵ Dito paradigma, como tudo o que está expresso na Constituição, possui característica vinculante para toda atividade jurídico-discursiva, tal como leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

-
53. Conferir as anotações de Max Weber (*Três tipos puros de dominação legítima*. Coleção grandes cientistas sociais. 7. ed. Org. Gabriel Cohn - Coord. - Florestan Fernandes, São Paulo: Ed. Ática, 2001, p. 128-141) sobre formas de dominação (legal, tradicional ou carismática).
54. WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, origem da crise*. In: *A crise da razão*. Adauto Novaes (Org.). São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996, p. 71; DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 51.
55. Recorde-se que, no preâmbulo da Constituição Brasileira, encontra-se instituído o Estado de Direito Democrático e, logo em seu artigo 1.º, tal paradigma é apontado novamente um princípio fundamental. Não bastasse dita importância, vê-se, ao longo de todo o texto constitucional, o cuidado em preservar e instituir o Direito Democrático.

[...] sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidas como sistemas jurídico-normativos consistente, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.⁵⁶

Deflui-se do trecho acima que o Estado Democrático de Direito, de forma principiológica e vinculante, rege a prática jurídica como um todo, inclusive a atividade administrativo-estatal, correlacionando-se com as outras normas constitucionais e infraconstitucionais. Tal paradigma serve de norte para a estruturação de todo o sistema jurídico, o qual não poderá inobservá-lo em nenhuma de suas fases, haja vista o Princípio da Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade irrestrito das leis.

A Constituição Brasileira, reconhecendo que todo poder emana do povo,⁵⁷ institui o Estado Democrático de Direito visando a assegurar, justamente, o exercício pleno e efetivo dos direitos descritos constitucionalmente, sendo isso, aliás, o que se deflui ao longo de todo texto, inclusive de seu preâmbulo.

Desse modo, atentar contra a Democracia é atentar contra a ordem constitucional, enquanto expressão normativa da vontade popular.

Por escolha constitucional brasileira, a Democracia apresenta-se como marco insubstituível da prática jurídica e social, sendo inegociável, senão com o rompimento da atual ordem constitucional.

Atos despóticos são, assim, atos ilícitos.

Assim, não é possível ignorar o fato de que, enquanto atividade humana, a interpretação jurídica pressupõe paradigmas⁵⁸ e que o ordenamento jurídico brasileiro já elegeu o seu, qual seja, o do Estado Democrático de Direito.

6. A TEORIA DO PROCESSO COMO *MEDIUM* LINGÜÍSTICO DO DISCURSO NORMATIVO

Interpretar a lei não é o mesmo que interpretar o Direito.⁵⁹ Antes de interpretar um texto legal, é importante que o intérprete tenha a noção do *todo jurídico* (ordenamento como um todo), do sistema e das normas constitucionais.

56. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 101.

57. Conforme prescreve o parágrafo único do art. 1.º da Carta Política de 1988.

58. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 143.

59. COUTURE, Eduardo J., *Interpretação das Leis Processuais*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 01-02.

O grande processualista Eduardo Couture⁶⁰ já afirmou que “o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade”. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, é mister que se pergunte: realidade de quem? Do próprio intérprete? Do povo? Quem e como se determina o *conteúdo*⁶¹ da Lei? Quem é o intérprete?

Na democracia constitucional, *o povo é a única fonte de poder*, apresentando-se como o construtor, intérprete e destinatário da norma jurídica, *legitimando o Direito*. No Brasil, a atividade interpretativa deve se dar dentro de um determinado contexto político-jurídico-principlológico, qual seja, o contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse pano de fundo paradigmático, não se pode admitir a interpretação solitária⁶² de uma autoridade supostamente sábia e justa, haja vista que o resultado dessa atividade interpretativa (o provimento) deve ser fruto de uma *processualidade dialógica constitucionalizada*.

Diante de uma sociedade pluralista, não se nega que o texto constitucional pode abrigar várias interpretações. Em vista disso, a própria Constituição cuidou de delinear um *medium* lingüístico para que se realize a interpretação constitucional, instituindo, assim, procedimentos⁶³ que demarcam o discurso jurídico, possibilitando o intercâmbio⁶⁴ entre o mundo jurídico e as instâncias políticas e econômicas.

Nesse sentido é que, dentre todas as expressões constitucionais, uma toma singular importância e destaque - o *Processo* - que, não raro, é citado e protegido ao longo de todo texto constitucional. Como prova de tal importância político-constitucional, tem-se que o Processo é abraçado, até mesmo, pelo rol dos direitos e garantias *fundamentais*.⁶⁵

60. COUTURE, Eduardo J., *Interpretação das Leis Processuais*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 01.

61. COUTURE, Eduardo J., *Interpretação das Leis Processuais*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 01.

62. LEAL, André Cordeiro. *Direito processual – texto jurídico e norma processual: implicações hermenêuticas*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 120, v. 1.

63. De modo uníssono, é rica a lição de Habermas, quando afirma, *ipsis litteris*: “A própria constituição tomou as necessárias providências para os conflitos de interpretação constitucional. Existem instituições e procedimentos para resolver a questão dos limites do que se poderia ainda ou não mais considerar como ‘ser leal à constituição.’” (In: BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Trad. Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 54)

64. Sobre tal intercâmbio, recomenda-se a leitura do trabalho de Andréa Alves de Almeida (*Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. 2003. 119f. Dissertação - Mestrado em Direito Processual – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 34. Publicada em: ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005) e da obra de Rosemiro Pereira Leal (*Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002).

65. O título II da Constituição Brasileira de 1988 ganhou a denominação de “direitos e garantias fundamentais” sendo que, ao longo de todo o artigo 5.º vê-se um redobrado zelo no trato do Processo (v.g., incisos LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LX, LXI). Vale frisar, contudo, que dito cuidado é sentido ao longo de todo o texto constitucional, direta ou indiretamente (v.g., art. 93, IX; 127; 133, 134).

O *modelo constitucional*,⁶⁶ por seu comprometimento com a Democracia, já não abriga o belicismo goldschmidtiano,⁶⁷ e, após a proposta de Fix-Zamúdio,⁶⁸ o estudo do Processo exige uma aproximação entre os Direitos Constitucional e o Processual.

Ainda sob influência das riquíssimas contribuições de Couture,⁶⁹ Fix-Zamudio,⁷⁰ Baracho⁷¹ e Andolina,⁷² o modelo constitucional de processo mereceu ajustes, pois, nos moldes originalmente propostos, não se vislumbrava a formação de uma “cultura política libertária”,⁷³ com a abertura de discursividade *irrestrita* e *isonômica* para a criação, aplicação e rejeição do conteúdo da norma jurídica. No Direito Democrático, o Processo deixa de ser *instrumento* da jurisdição, passando, ao revés, a constituir condição *sine qua non* para a legitimidade da própria atividade jurisdicional.⁷⁴ Afasta-se, de pronto, a figura da autoridade solipsista e inesclarecidamente sábia, sendo insustentável apontar o Judiciário como o único (ou último) guardião da Constituição.

-
66. Saliente-se que vários processualistas, em tempos e modos distintos, apresentaram o que consideravam o *modelo de processo*. Obviamente, o modelo apresentado por processualista comprometido com o Estado Liberal era diferente do que seguia o Estado Social. Em assim sendo, urge, na atualidade, formular um *modelo de processo* adequado ao Estado Democrático de Direito. Decerto, a formulação desse modelo passa por um repensar acerca da cidadania, dos direitos fundamentais, da sociedade política, do Estado, da jurisdição, da norma jurídica e da Constituição. Para esclarecimento, sugere-se: ANDOLINA, Ítalo Augusto. *Il Modello Costituzionale Del Processo Civile*. Gênese; Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 4, jan./abr. 1997, p. 142-3; DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 61. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 48-52.
67. Lembrando do conceito de processo de James Goldschmidt (*Teoría General del Proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 58) que chega a fazer a comparação entre sua teoria processual (Teoria da Situação Jurídica) e a guerra. É mister transcrever, *ipsis litteris*: “*Permitaseme, para ilustrar la diferencia del enfoque, aducir un ejemplo de política. Durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto del Derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran con respecto a él, en cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo.*”
68. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México, v. 10, n. 30, sept./dic. 1977, p. 348 *in fine*.
69. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.
70. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México, v. 10, n. 30, sept./dic. 1977.
71. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
72. ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*. Trad. Oreste Nestor de Souza Laspro. Revista de Processo, ano 22, n.o. 87, p. 63-9. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 22, jul./set. 1997.
73. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 301-3.
74. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 77.

Diante disso, o conteúdo da norma jurídica material (direitos substanciais) deve ser extraído de uma atividade isonômica e procedimentalmente compartilhada, sob a regência principiológica do Processo.

Nesse sentido é que Rosemiro Pereira Leal,⁷⁵ abandonando a concepção social e liberal⁷⁶ de Estado, afirma que o Processo apresenta-se como *instituição* constitucionalizada, formada pela conjunção dos *princípios* jurídicos da ampla defesa, isonomia, contraditório, visando a assegurar “o exercício, reconhecimento ou negação de direitos alegados e sua definição pelos provimentos nas esferas Judiciária, Legislativa e Administrativa.” Nota-se que, após tal definição científica, o Processo deixa de ser uma *ferramenta* posta à disposição do juiz para realização de inesclarecidos escopos⁷⁷ metajurídicos.

O Processo, enquanto instituição jurídico-constitucionalizada que se define pelo encontro de princípios e institutos, constitui referente lógico-vinculante de exercício, aplicação e interpretação dos direitos assegurados no texto legal, eis que possibilita a “estabilização do princípio do discurso pela demarcação teórica dos critérios da formação da vontade jurídica.”⁷⁸

O discurso jurídico e a vontade da norma deixam de ser algo indemarcado e autocrático para abraçar a Teoria da Democracia, que encontra, na Teoria do Processo, seu *medium lingüístico*. Fato é que, sem tal balizamento jurídico e sem a criação de um espaço discursivo formalizado (com a processualização do princípio do discurso), a vontade da norma tende a ser a vontade de uma autoridade oracular, à semelhança do *locutor autorizado* de Francis Wolff⁷⁹ ou do juiz-hércules de Ronald Dworkin.⁸⁰ Daí porque, vale lembrar, não basta

[...] positivar um *modelo* de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direitos fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica

-
75. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48-52; 175.
76. Ou, como anota Jürgen Habermas, concepção Republicana e Liberal de Estado. (HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Cadernos da Escola do Legislativo, n. 3, jan./jun./1995, p. 107-121).
77. Em sentido contrário ao do texto, aponta-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181-8.
78. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 170.
79. WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, origem da crise*. In: *A crise da razão*. Adauto Novaes (Org.). São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996, p. 71.
80. DWORIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigente.⁸¹

Influenciado pelo pensamento popperiano,⁸² Rosemiro Leal revisita as diversas teorias e escolas que tentaram demonstrar a natureza jurídica do Processo, e, após rejeitar alguns conceitos patentemente frágeis, cientificamente, colhe os aproveitáveis, dando-lhes novo formato e significação. Cria, após tal caminho, a *Teoria Neo-Institucionalista do Processo*. Nessa toada, de forma sóbria, aceita o insigne jurista mineiro a *falibilidade* do direito positivado, sem que tal aceitação autorize, em sua teoria, o desdém aos direitos fundamentais constitucionalizados e, muito menos, a outorga de *poderes divinatórios* a uma autoridade.

No Direito Democrático, o *provimento*⁸³ não advém de uma atividade solitária de uma autoridade, eis que todo poder emana do povo e, justamente por isso, a garantia de fiscalização popular não pode ser suplantada sem prejuízo da legitimidade democrática.

Nessa base, por assegurar a participação plena das partes, em discursividade delimitada pela principiologia processual, a Teoria Neo-Institucionalista do Processo apresenta-se como a que melhor orienta o exercício popular de poder assegurado pela Constituição Brasileira,⁸⁴ já que possibilita a *auto-inclusão*⁸⁵ dos destinatários da normatividade sistêmica, garantindo o exercício e a confirmação dos direitos fundamentais.

Vale recordar que a interpretação é atividade que traça o sentido e o alcance da norma jurídica, sendo indispensável à aplicação do texto legal.⁸⁶ Dita interpretação, como certo, dá-se num contexto paradigmático, vez que, ao tentar determinar o sentido e o alcance da norma jurídica, o intérprete o faz (ou, pelo menos, deveria fazer) no intuito de buscar a concretização do texto constitucional. É atividade voltada para um caso concreto,⁸⁷ porém, como afirmado acima, tal atividade não é realizada por uma autoridade eremita e *tradutora exclusiva* da vontade popular.

81. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 170-1.

82. Cf. ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. 2003. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 51. Também disponível em: ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

83. Vale lembrar que o *provimento* é ato decisório do aparelho Executivo, Legislativo ou Judiciário (Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 102). Neste enfoque, a formulação e aplicação das decisões judiciais, administrativas e legislativas devem observar a principiologia do Processo, possibilitando-se a fiscalização popular.

84. Vide parágrafo único do artigo 1.º da Constituição Brasileira.

85. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 172.

86. SOUZA, Carlos Antônio. *Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 258, v.2.

87. SOUZA, Carlos Antônio. *Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 258, v.2.

No Estado Democrático de Direito, tanto a *interpretação* quanto a *hermenêutica*⁸⁸ jurídica rejeitam fórmulas, brocardos ou regras pré-determinadas de julgamento, visto que somente a normatividade constitucional é capaz de conduzir e demarcar o conteúdo do provimento, ainda assim, sob a *condição* de participação dialógica dos destinatários da norma num *medium* lingüístico processualizado.

A interpretação dos textos de lei deve ser feita de forma compartilhada,⁸⁹ haja vista que a legitimação dos provimentos passa pela *participação simétrica*⁹⁰ dos destinatários e, como óbvio, pela análise dos argumentos ventilados.

O texto legal não é um ente autopoietico que se compreende por si mesmo.

Dizer que uma norma jurídica (constitucional ou infraconstitucional), extraída de um texto legal, aplica-se dessa ou daquela forma, na Democracia, implica sua inserção (crítica e discursiva) na processualidade jurídica, possibilitando-se ao destinatário um (re)pensar do próprio texto normativo, sendo certo que nenhuma lei há que se aplicar antes de tal labor epistemológico.

Ademais, como já visto, tal inserção não é feita por uma autoridade anacoreta e salvadora, e sim, em conjunto pelos destinatários da norma, que, na Democracia, têm o direito de aferir seu conteúdo, sendo, outrossim, seu intérprete.

O Processo como *instituição constitucionalizada* composta pelos *princípios* da ampla defesa, isonomia, contraditório e pelo *instituto* do *Devido Processo*, apresenta-se como *regente* de toda atividade jurídico-interpretativa. Assim, não é legítimo falar em criação, revogação, alteração ou aplicação da norma sem que essa, antes, insira-se no espaço de tal instituição (Processo) regente.

Como duas faces da mesma moeda, o Princípio da Reserva Legal⁹¹ vincula o intérprete à normatividade jurídica (quer essa se expresse na plataforma constitu-

88. A interpretação é atividade que traça o sentido e o limite da norma jurídica, sendo indispensável à aplicação do texto normativo. É atividade voltada para um caso concreto. A hermenêutica jurídica, por sua vez, seria a teoria da interpretação, “capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua simples aparência ou superficialidade” (SOUZA, Carlos Antônio. *Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo*. In: LEAL, Rosemiro Pereira - Coord. - *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 258, v.2). Por ser uma teoria jurídica, organiza os conhecimentos (específicos de uma especialidade) adquiridos dentro da esfera do Direito, regendo-se pela principiologia constitucional, haja vista que, no Direito Democrático, não se pode falar em interpretação ou hermenêutica sem que ambas estejam sob a regência das normas constitucionais. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica não pode ser uma “arte” (como se vê em: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 01), pois essa expressão não é compreensível pela Ciência do Direito.

89. LEAL, André Cordeiro. *Direito processual – texto jurídico e norma processual: implicações hermenêuticas*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 121, v. 1.

90. Lembrando o conceito de *simétrica paridade* trazido por Aroldo Plínio Gonçalves (*Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120).

91. Ou Princípio da Prevalência da Lei, como se extrai da lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.132-3). Conferir o inciso II do artigo 5.º da Constituição Brasileira

cional, quer na infraconstitucional), articulando-se, sempre, com o Princípio da Supremacia da Constituição.

Nesse sentido, segundo reflexão de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias,⁹² com a qual comungamos, o Princípio da Vinculação ao Estado Democrático de Direito se apresenta como um dos *princípios diretivos* da função jurisdicional.

Assim, como o intérprete deve observar as diretrizes normativas do texto constitucional, em sendo o Estado Democrático de Direito o paradigma escolhido, fica o agente público inarredavelmente vinculado, no exercício de sua função, ao modelo político eleito. Aliás, a atividade jurisdicional “exige adequada e permanente interpretação das normas jurídicas em conformidade com o texto da Constituição,”⁹³ não sendo mais admissível a patológica postura de Magnaud⁹⁴ ou atos que lembram o *obtorto collo*⁹⁵ romano. Como sobredito, até mesmo o conteúdo da norma constitucional deve ser processualmente compartilhado, devendo se desestimular a criação do *espaço do soberano*,⁹⁶ ou seja, do espaço infiscalizável da autoridade.

Nesse enfoque, é ditosa a lição de Rosemiro Pereira Leal, que, por sua precisão, merece transcrição literal:

O fato da maioria do povo, por exclusão social ou cognitiva, não ter acesso à compreensão dos direitos processuais, instituíveis pela Comunidade Política, suplica erigir a constituição como *medium* institucional que, na contrafactualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais implementados, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática.⁹⁷

No discurso jurídico-democrático (dialógico, e não dialético), não basta que os interlocutores se valham de uma *língua* comum, é necessário, também, uma *linguagem*⁹⁸ comum, um *medium* lingüístico capaz de aceitar a falibilidade do di-

92. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131.

93. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 134.

94. Postura essa bem descrita por Aroldo Plínio Gonçalves (*Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 45-6), Chaim Perelman (*Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 97-8) e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 134-5). Ensinam os autores que o francês Jean-Marie Bernard Magnaud, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry no período de 1889 a 1904, tornando-se famoso por prolatar decisões que não se vinculavam à lei, à jurisprudência ou aos livros jurídicos. O juiz Magnaud, apontados por alguns como “o bom juiz Magnaud”, reputava-se a própria encarnação do Direito, decidindo por equidade e para atendimento do (seu) senso de justiça.

95. Cf. VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 07.

96. Sobre o *espaço do soberano*, vide item 2 deste trabalho.

97. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 96.

98. Com razão, Karl Popper (POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real, 2. ed. Brasília: UnB, 1994, p. 71), obtempera que “é pela linguagem que nos tornamos humanos e que a consciência humana – a consciência do eu – é uma conseqüência da linguagem.”

reito positivado. Esse *medium* lingüístico, a nosso ver, é a Teoria do Processo Democrático.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fundamentação do Direito se dá pela conformidade de opinião e vontade discursiva dos cidadãos,⁹⁹ e não pelo entendimento de seres inexplicavelmente judiciosos. Expressões como *justiça, bem-estar social, interesse comum, moral, ética*, não podem ser *exclusivamente* traduzidas e compreendidas por mentes soberanas.

No Direito Democrático, é mister que o discurso da norma seja processualizado em toda esfera de formulação, alteração, revogação e aplicação jurídica.

Não basta, para legitimar o Direito, a simples obediência aos trâmites formais de criação das leis, vez que suas fases posteriores de aplicação, alteração ou revogação devem assegurar aos destinatários a ampla defesa, o contraditório e a isonomia, em *Devido Processo*.

O texto constitucional, por se ofertar à crítica, torna-se a base do discurso normativo e, uma vez existente, clama por uma interpretação processualizada, sendo desnecessário cogitar-se a *mens legislatoris* ou *legis*,¹⁰⁰ pois o sentido da norma só pode ser traçado por seus destinatários, e não, exclusivamente, por juízes, promotores, advogados, prefeitos, governadores, presidentes, ministros ou outros.

Nesse sentido, o conceito de Processo, após lutas e vidas, sofreu mutações, apresentando-se, na atualidade, como instituição constitucionalizada que abriga os princípios¹⁰¹ do contraditório, da isonomia e da ampla defesa e o instituto de *Devido Processo*. No Estado Democrático de Direito, vale insistir, o Processo não se apre-

99. MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 174.

100. Com razão, na atualidade, muito se critica a clássica concepção de interpretação jurídica defendida pelos *subjetivistas* e *objetivistas*. Para tais correntes, seria função do intérprete (sempre solitário) descobrir o verdadeiro sentido da lei, quer seja desvendando a vontade do legislador (*mens legislatoris*) quer seja da própria norma (*mens legis*). A concepção subjetivista (*mens legislatores*) defende que a interpretação da lei é *ex tunc* (desde então, no caso, desde a criação da lei), mitificando o legislador. Por sua vez, a concepção objetivista (*mens legis*) defende que a interpretação é *ex nunc* (desde agora), mitificando a lei, já que essa teria uma racionalidade própria que falava por si mesma. Sobre tal crítica, sugere-se: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 88, 100-4. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 108-119.

101. Chamados de Princípios Institutivos do Processo. Sobre o tema, conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 100-4.

sentada como um “laboratório de poder”¹⁰² posto à disposição de uma autoridade que vigiaria, de forma pan-óptica, a atuação dos cidadãos.

Por esse prisma, em decorrência dos Princípios da Supremacia da Constituição e da Reserva Legal, a principiologia constitucional do Processo conduz toda a interpretação do Direito, vinculando o intérprete. Com isso, a Teoria do Processo, ao abrigar uma instituição constitucional, demarca e vincula o próprio discurso jurídico, apresentando-se como *medium* lingüístico da atividade jurídica.

Todo poder emana do povo e a esse, como única fonte do poder, deve ser assegurada a possibilidade de fiscalizar a atividade dos agentes público-governativos, propiciando, outrossim, a oportunidade de criar, modificar e revogar a norma jurídica, via procedimental, sob a regência da Teoria do Processo, garantindo-se, com esse ciclo, a legitimidade normativa.

O destinatário passa a ser, também, intérprete e operador da norma jurídica.

Justamente por isso, o Discurso Normativo, em todo *iter* da *estruturação* do Direito, deve ser regido pela Teoria do Processo Democrático, sob as conseqüências de perda de legitimidade.

Nesse sentido, a inobservância dos princípios institutivos do Processo (isonomia, ampla defesa e contraditório) torna a norma jurídica obscura e incompreensível, estimulando o aparecimento de um espaço (não-fiscalizável) *do* soberano.

A *pós-modernidade* desaprova a *não-contradição*, rejeitando, também, a tentativa (fracassada) de se criar um *ethos* (e uma *razão*) *universal*. O *desamparo*, a *complexidade* e o *pluralismo* são marcas indelévels da pós-modernidade, porquanto os indivíduos já não são (deveriam ser) dirigidos por uma sofocracia (governo dos sábios) ou por um direito extra-sistêmico, tal como o é o direito natural. A *contradição* passa a ser aceita. Tal momento pode ser apreendido principalmente na pintura pós-moderna, a qual não guarda nenhum compromisso com a estética e com os modelos tradicionais de pintura, como a renascentista. Do mesmo modo, a pós-modernidade rejeita a tradição e a idéia de bem-comum.

Ao revés do que muitos pensam, os protestos, as passeatas, as greves de fome e os brados proferidos em locais públicos pouco ou nada contribuem para a formação de uma Democracia efetiva, haja que o Discurso Democrático, na pós-modernidade, anseia por um espaço procedimental isonômico para encaminhamento dos argumentos e reivindicações. Para nada serve o debate público se os interlocutores (em

102. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 169.

especial, o cidadão e o Estado, o patrão e o empregado) não se apresentam no mesmo plano dialogal. Normalmente, o resultado de tais agitações nada mais é do que um analgésico dado pelo soberano como forma de evitar a radicalização da violência, mantendo, como certo, a dominação.

A linguagem jurídico-processual¹⁰³ é a única capaz de articular de forma democrática a autonomia pública e privada, pois ela aceita as diferenças e a contradições, características típicas das sociedades atuais.

Desditosamente, ainda hoje, há os que se aquietam frente ao pobre camponês kafkaniano.¹⁰⁴

103. Presente no espaço procedimental regido pela isonomia, contraditório e ampla defesa.

104. KAFKA, Franz. *Diante da Lei*. In: *A Colônia Penal*. Trad. Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000, v 7, p. 71-2.

CAPÍTULO VII

POR UM PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE PROCESSO¹

*Dierle José Coelho Nunes**
*Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia***

Sumário • 1. Discussões iniciais – 2. A questão da oralidade – 3. A atualização dos profissionais - sua formação continuada – 4. A questão das rotinas administrativas e da gestão processual – 5. Considerações Finais.

1. DISCUSSÕES INICIAIS

Precisamos de mais processo constitucional, menos formalidades e menos decisões solitárias.

Tal afirmação pode soar estranha para muitos, até mesmo por uma compreensão inadequada do que seja o processo, como estrutura técnica.

Isto porque uma defesa de mais **processo** e menos **formalidades** pode causar espécie aos menos afeitos à ciência do processo pela confusão e associação que esses dois termos costumam ter.

No entanto, de início, há de se esclarecer que ao se falar de processo está se tratando de uma estrutura que implementa um debate (diálogo) para a formação das decisões.²

O processo assim é visto em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo, de um lado, uma blindagem (limite) às atividades equivocadas dos sujeitos processuais e, de outro, garantindo a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas.

*. Doutor em Direito Processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”) e Mestre em Direito Processual (PUCMinas), Professor Universitário na PUCMinas, Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e UNIFEMM, Membro da Comissão de Ensino Jurídico (OAB-Seccional Minas Gerais), Advogado.

** . Mestre e Doutor em Direito Constitucional (UFMG), Professor Universitário na Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e Faculdade Batista de Minas Gerais. Advogado.

1. O presente ensaio é fruto das discussões de pesquisa inicialmente levadas a cabo no âmbito da Escola Mineira de Direito Processual da PUC-Minas e sistematizada a partir do Grupo de pesquisa conduzido sob a Coordenação do Prof. Dr. Ivan Guérios Cury no Centro de excelência acadêmica da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) com a participação dos professores: Dr. Eyllias Kallás, Ms. Andrea Bustamante, Ms. Leandro Oliveira, Juiz Paulo Fuller e Ms. Maria Eunice.

2. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

O Processo, nessa perspectiva, não é um “problema”, isto é, não é um mal³ que deva ser extirpado, um evento “inevitável” decorrente de uma eventual crise/cisão da normalidade. A uma, porque o surgimento de “litígios” em uma sociedade complexa e cambiante como a nossa não é um epifenômeno (aliás, nem é preciso que tenha havido um litígio real para que alguém se valha do direito de ação). A duas, porque o tratamento do processo como um mal tem subsidiado propostas e reformas no sentido de se lhe abreviar o máximo possível⁴. A brevidade também é justificada (e aqui talvez com maior intensidade) do ponto de vista institucional, é dizer, o processo consome recursos públicos (sempre insuficientes para dar conta de todas as demandas), logo, quanto mais rápido se der a solução, menores os gastos.

Nesses moldes, não é mais possível associar a defesa de mais processo constitucional com uma defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, além de falacioso, impede a visão de uma das principais funções de qualquer processo, qual seja, garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos); além de permitir uma blindagem nos argumentos solitariamente encontrados pelos órgão decisor, que sem o debate (sem o processo) certamente poderá se equivocar e gerar efeitos jurídicos nefastos.

Não se pode olvidar que na atualidade a ciência processual precisa lidar, de modo a viabilizar uma aplicação legítima e eficiente (efetividade normativa), com três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo” ou “de baixa intensidade”: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, Associações representativas etc.); e c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa⁵.

É extremamente difícil a criação de uma dogmática de tratamento comum dos três tipos de litígio sob pena de inviabilizar uma aplicação jurídica consentânea com o modelo constitucional de processo.

A título exemplificativo, o tratamento das demandas repetitivas seguindo os moldes das demandas individuais gera inúmeros problemas, dos quais podemos citar

3. Como crítica a essa visão do processo como um “mal”, conferir AROCA, Juan Montero. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2002, p. 72.
4. De forma semelhante às cirurgias feitas à época em que não havia sedativos, também o processo deve se caracterizar como uma incisão o mais breve possível, a fim de se evitar maiores danos ao indivíduo (*paciente*).
5. MENCHINI, Sergio. *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 04 e 05 de maio 2007.

pelo menos dois: I) abarrotamento dos juízos de demandas idênticas ou similares, com possível contraste de decisões e eventual tratamento diferenciado das partes em presença da mesma lesão; II) diversidade de defesa técnica entre os litigantes habituais e eventuais⁶.

E, em países como o Brasil, nos quais não são asseguradas políticas públicas de obtenção de direitos fundamentais, a chamada litigância de interesse público (*Prozeßführung im öffentlichen Interesse*)⁷, que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g. contra o poder público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo.

No que tange aos “litígios de varejo” já se percebeu, em outros países,⁸ que a falta de debate no “processo”, que tramita no juízo de primeiro grau, fomenta e torna necessário o uso de recursos, uma vez que a possibilidade de erro judicial, ou que os argumentos das partes não sejam suficientemente analisados, potencializa a utilização desses meios de impugnação com grande chance de êxito (acatamento pelo órgão *ad quem*).

Ao passo que quando a decisão é proferida com debate (com respeito ao processo constitucional) o uso dos recursos é diminuído, ou sua chance de êxito é bastante minorada, garantindo que técnicas de julgamento abreviado (por ex.: julgamento liminar pelo juízo monocrático do relator – art. 557 do CPC) não inviabilizem a obtenção de direitos fundamentais. Isso porque o primeiro debate ocorrido no juízo de primeiro grau,⁹ devidamente realizado, garante participação e influência adequadas dos argumentos de todos os sujeitos processuais e impede a formação de **decisões de surpresa**.¹⁰

6. MENCHINI, Sergio. *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 04 e 05 de maio 2007.
7. CAPONI, Remo. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 04 e 05 de maio 2007.
8. Cf. BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I, livro II, p. 554.
9. A valorização do discurso no primeiro grau, reduzindo a potencialidade de recursos, pode minorar a situação de “caos judiciário” mencionada por André G. Campos (Sistema de Justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade. Brasília: IPEA, fevereiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 10/10/2008) ou *pacificar* a “guerra de computador” caracterizada pelo Min. Sepúlveda Perence (cf. COSTA, Sílvio N. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 87-88).
10. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese. v. 29, mai.-jun./2004. p. 73-85. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR, Fredie. (org.) *Teoria do*

Esse é um ponto que é preciso repisar: ao contrário da forma como vêm sendo interpretadas, por boa parte da doutrina brasileira, as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa não constituem um obstáculo para obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); pois que, um processo mal instruído, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controversos é fonte geradora de um sem número de recursos (a começar de Embargos de Declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que, certamente não auxilia na obtenção de uma *razoável duração do processo*.

Não se pode ainda olvidar dos “litígios do atacado” (litígios de alta intensidade – litígios em massa), que não podem ser abordados a partir de “perspectivas de varejo”, tal qual se vem tentando em nosso país, como é o exemplo da repercussão geral.

A repercussão geral das questões constitucionais foi introduzida pela EC 45/04, dentro de um programa de Reforma do Judiciário, criando-se um filtro para os Recursos Extraordinários e permitindo que tão-somente impugnações que demonstrem relevância (jurídica, social, política e/ou econômica) e transcendência possam ser analisadas pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, §3º – CRFB/88 e art. 543-A e 543-B – CPC). No entanto, tal filtragem é realizada pelo Tribunal *a quo* quando, frente a vários Recursos Extraordinários com “idêntico fundamento”, tem o poder de escolher quais daqueles (“representativos da controvérsia”) devem ser enviados ao STF.

Perceba-se que nos moldes que a repercussão geral foi implementada, o Supremo Tribunal Federal não julgará mais todos os recursos que lhe forem dirigidos (não julgará mais as causas), mas, sim, o tema (tese) que estiver sendo abordado nos milhares de recursos.¹¹

No entanto, o que delimitará o tema serão os recursos escolhidos (pinçados) pelo Tribunal *a quo*, o que conduz à conclusão de que não é o STF que julga completamente o caso, porque a escolha dos limites do tema é fixada pelo Tribunal *a quo*, que poderá escolher recursos bem estruturados tecnicamente (que abordem completamente a temática) ou não – não há qualquer garantia de que, entre os recursos à disposição para “escolha” sejam tomados aqueles que abarquem a questão de forma mais compreensiva. Aliás, é mesmo de se questionar, inclusive, por que apenas parte dos argumentos acerca da questão (que estiver nos recursos escolhidos) deva mere-

Processo - Panorama doutrinário mundial. Salvador : Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit. p. 224.

11. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 366.

cer ser enviada ao STF: será que isso não viola o devido processo legal? Será que uma “prestação jurisdicional” que se pretenda adequada ao Estado Democrático de Direito pode prescindir dos argumentos (razões) levantados pelas partes?

Em face da existência de um litisconsórcio por afinidade¹² entre os recorrentes, em casos de recursos com fundamento “idêntico”, a solução não poderia ser tal que violasse as garantias do devido processo constitucional.

O mecanismo de pinçamento é uma clara técnica de varejo para solucionar um problema do atacado, que somente poderia ser abordado adequadamente tematizando-se outras técnicas processuais como a do processo modelo.¹³ Defendemos que o

12. DIDIER, Fredie. Editorial 39 – Julgamento por amostragem de recursos extraordinários. Nova hipótese de conexão. Conexão por afinidade. Publicado em 27/06/2008. Disponível em <www.frediedidier.com.br>. Acesso em 31/07/2008.

13. “Um exemplo interessante é a lei sobre o processo modelo nas controvérsias do mercado de capital tedesca - *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. O objetivo da lei é de resolver de modo idêntico e vinculante questões controversas em causas paralelas, mediante decisão modelo dos aspectos comuns pelo Tribunal Regional (*Oberlandesgericht*), com ampla possibilidade de participação dos interessados, e a partir dessa decisão se julgarão as especificidades de cada caso. (CAPONI, 2007). Como explica com precisão Cabral: A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (*Feststellungsziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial (§ 1 (2)). Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual (CABRAL, 2008, p.248-249). O procedimento (incidente de coletivização) se articula em três fases: a) Admissibilidade, com propositura de um incidente padrão (*Musterfeststellungsantrag*) por uma das partes e a verificação da existência de vários procedimentos tratando de questões jurídicas ou pontos prejudiciais que mereçam uma decisão modelo; caso verifique a necessidade, o primeiro juízo no qual se suscitou o incidente de julgamento modelo, mediante a publicação da existência da ação em um registro eletrônico, remete a discussão ao Tribunal Regional; b) A segunda fase se desenvolve no Tribunal Regional, mediante a suspensão de todos os procedimentos no juízo de origem; permite-se que qualquer uma das partes manifeste suas defesas (tal possibilidade, inclusive, constitui o fundamento do efeito vinculante da decisão modelo). Porém, para evitar o tumulto a corte nomeia, de ofício, litigantes-modelo, representando os autores e réus (*Musterkläger e Musterbeklagte*); estes, como assevera Cabral, “[...] serão interlocutores diretos com a corte (...) como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um “porta-voz”. Estes são uma espécie de “parte principal”: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial” (CABRAL, 2008, 251). A decisão vinculará todos os processos. c) Com o depósito da decisão passada em julgado por obra de cada parte em cada processo individualizado se inicia a terceira fase na qual se definirá as pretensões individuais de cada litígio (suas especificidades) (cf. CAPONI, 2007 e CABRAL, 2008, p. 248-258). A divisão da cognição, que o incidente viabiliza, mitiga os problemas de análise das especificidades de cada demanda de per si e viabiliza um melhor julgamento dos aspectos “idênticos” das ações seriais. Tal exemplo não deve ser obviamente transportado ao direito brasileiro sem maiores reflexões, mas, representa um exemplo de busca de dimensionamento do problema das ações repetitivas sem negligenciar as garantias processuais do modelo constitucional de processo, como a técnica de processo-teste, com v.g. da repercussão geral,

Tribunal de origem, nestes termos, deveria tomar as principais razões expostas pelas partes (p. ex., dando prazo para estas fazerem um *briefing* de seus argumentos centrais) para então enviá-las, em conjunto, ao STF.

Ademais, as demandas do sistema jurídico devem ser solucionadas de modo constitucionalmente adequado e não exterminadas como uma *chaga*, como dissemos acima.

Não é possível em um Estado Democrático de Direito se aplicar a alegoria tão bem posta e criticada pelo grande constitucionalista brasileiro (e interlocutor abalizado) Lenio Streck¹⁴ da “teoria do não queijo” – “o melhor queijo é aquele que tem mais furos, quanto mais furos melhor o queijo, quanto melhor o queijo, menos queijo, e quanto menos queijo melhor o queijo em face da existência de mais furos; de modo, que em síntese, o melhor queijo é o ‘não queijo’”. Deste modo, ao se aplicar essa teoria ao sistema jurídico, vê-se que o problema é a existência de causas: quanto menos causas melhor o sistema; assim se deve procurar uma forma de exterminar as causas (não resolvê-las), mediante todas as técnicas possíveis ou a serem inventadas, mesmo que as soluções ao final não sejam democráticas, nem socialmente aceitáveis, mas tão-somente aumentem a estatística quantitativa de causas resolvidas.

Não se pode ainda negligenciar que quando se fala em Processo há um consenso, entre todos os teóricos, de que se deve trabalhar com uma instrumentalidade técnica¹⁵ (que não se confunde com instrumentalismos jurídicos) e com uma filtragem constitucional (de modo que a criação, reforma e interpretação do sistema processual deve se dar a partir do modelo constitucional de processo).¹⁶

pode conduzir.” (BAHIA, Alexandre G. M. F., NUNES, Dierle J. C. Repercussão Geral das Questões Constitucionais no Recurso Extraordinário. Revista da Faculdade Mineira de Direito, [no prelo]).

14. STRECK, Lenio L. *Constituir – a – ação nos 20 anos da lei fundamental: condições e possibilidades*. Palestra Proferida no dia 05/09/2008, no X Congresso Jurídico – Constituição e Direitos Fundamentais – Faculdade de Direito do Sul de Minas.
15. Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, que garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 171). A instrumentalidade técnica não deve ser confundida com as defesas de linhas instrumentalistas, do realismo norte-americano, ou brasileiras, que acreditam no protagonismo judicial como mecanismo para a aplicação do direito com base em valores uniformemente compartilhados pela sociedade, eis que não se acredita na existência desses valores uniformes em sociedades altamente complexas e plurais como as nossas.
16. Para percepção do “modelo constitucional de processo” civil brasileiro adotam-se as características gerais estruturadas por Andolina e Vignera para o direito italiano consistentes “[...] a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na *variabilidade*, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na

Nesses termos, qualquer interpretação do sistema em perspectiva formalística (a forma pela forma) que não busque um formalismo constitucionalmente adequado (vocacionado à defesa e manutenção dos direitos fundamentais, em perspectiva normativa), estará desgarrada do modelo constitucional e representará um retrocesso. Perceba-se que já o CPC (art. 243 e seguintes) traz normas que deixam patente que as formalidades no processo não devem ser utilizadas de forma vazia (*pas de nullité sans grief*), mas visando, acrescente-se, criar um ambiente de lisura no procedimento, de se possibilitar a discussão e a formação participativa da sentença.¹⁷

No entanto, em sentido contrário, qualquer interpretação que busque destruir a necessidade do processo como estrutura garantística de aplicação e viabilização do exercício de direitos fundamentais será inconstitucional, por impedir a participação e o debate processuais na formação dos provimentos, além de cancelar variadas formas de decisionismo¹⁸, tão caras às diversas formas de discursos autocráticos (militares, econômicos, neo-liberais etc.).

Porém a discussão do modo de se implementar soluções constitucionais de implementação pragmática de um modelo processual legítimo e eficiente passaria pela real implementação de políticas públicas de democratização processual (acesso à justiça¹⁹) que sejam seriamente debatidas por todos os envolvidos no sistema

perfectibilidade, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infra-constitucional, a qual (isto é: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional. [...]” (tradução livre) (ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 14-15).

17. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit.
18. Discursos decisionistas se mostram em teorias (neo) positivistas, como em Kelsen ou Hart – que, ao trabalharem com a idéia do ordenamento como um conjunto fechado de regras, acabam por ter de admitir que, na “falta” de uma regra, ou mesmo tendo em vista a “autorização” que o órgão judiciário tem para decidir, pode o magistrado proferir a decisão que julgar correta, com base, inclusive, em elementos extrajurídicos –; mas também em propostas mais atuais como as defendidas pela Jurisprudência dos Valores – que propõem uma superação do positivismo ao conceberem o ordenamento como um conjunto de princípios e regras: em caso de conflito entre princípios, o juiz poderia “sopesá-los”, prevalecendo aquele que tiver maior “peso”, a partir de uma escala de valores que se supõe universalmente válida. Ambas alternativas se mostram problemáticas desde o modelo constitucional de processo pressuposto no presente: a uma porque o ordenamento não pode mais ser concebido como um conjunto fechado de regras, por outro, não se pode desconhecer o caráter deontológico das normas, associando-as a valores, em escala axiológica (cf BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006).
19. Os mecanismos de acesso à Justiça, tão bem delineados por Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978.), que deram a tônica de boa parte das reformas legislativas durante o século XX parece ter alcançado seu objetivo: trouxeram acesso e, com ele, um problema, é dizer, o acesso, tão defendido, gerou a superlotação de causas e, logo, lentidão. Assim,

de aplicação de tutela e não por discursos ideológicos (*vis-à-vis* os neo-liberais de pseudo-socialização²⁰), como vem ocorrendo no Brasil na atualidade, que geram até mesmo treinamentos para magistrados que deveriam passar a analisar o direito em perspectiva meramente econômica, garantindo que na dúvida entre a aplicação de um direito fundamental e a manutenção de um grande interesse econômico, a prioridade seria do último.

Não há como se acreditar que os todos os juízes possuam uma formação acadêmica multidisciplinar (jurídica, administrativa, política, econômica, filosófica e sociológica) que viabilize a aplicação do direito (e administração das tramitações procedimentais) sem o subsídio técnico do processo e dos demais participantes (partes, advogados, órgãos do MP, auxiliares do juízo), além de uma logística uniforme de administração das rotinas estruturais.

A confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu protagonismo, já deixou de ser algo defensável, para se transformar em um pesadelo para esses órgãos de execução do Estado, pressionados a fornecer decisões democraticamente formadas, sem auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade, como se pode ver agora como mandamento constitucional: 5º, LXXVIII e 93, II, “c”, acrescentados pela Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário), sem infra-estrutura adequada e sofrendo críticas de todos os seguimentos da sociedade.

Com o aumento da complexidade normativa que impera na atualidade, a solução do sistema não pode partir tão-somente dos juízes, mas – como asseverava Fritz Baur em 1965, numa preleção que serviu de base para as grandes reformas do processo alemão em 1976 – de todos os implicados dentro do processo.²¹

No entanto, para além do que o mestre alemão dizia naquela oportunidade, a solução deve passar pela busca de uma política pública de democratização processual da qual participem todos os seguimentos acadêmicos e profissionais, e, em relação a esses últimos, com uma quebra do debate belicoso entre as profissões jurídicas. O quadro de guerra que as profissões no Brasil mantêm é completamente dispensável, uma vez que a implementação de um modelo processual que seja legítimo e funcional passa pela adequada preparação técnica e responsável de todos os envolvidos

passa-se a uma nova fase: é preciso diminuir o acesso, primeiro aos Tribunais Superiores (com os mecanismos das Súmulas impeditivas de recursos, repercussão geral das questões constitucionais, Súmulas Vinculantes etc.) e mais recentemente até ao primeiro grau – basta lembrar do art. 285-A do CPC.

20. “[O] neoliberalismo processual, com a massificação dos julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, a mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais, que podem corroborar os interesses do mercado ou da Administração.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit, p. 212).
21. BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlin: Walter de Gruiter & co., 1966. p. 7.

(juízes, advogados, MP, auxiliares da justiça) e não pela atribuição de culpa recorrente (pelos problemas) ao *alter* (que não faz parte de sua categoria profissional).

Em outras palavras, o que se quer dizer é que sem o trabalho participativo de todos os órgãos de classe e instituições (OAB, AMB, CNJ, CNMP etc.) e de todos os envolvidos, inclusive se engajando e se preparando tecnicamente para o exercício de seus respectivos múnus, não existirá possibilidade de alteração pragmática.

E se perceba que esse trabalho poderia ser desenvolvido em etapas, formatando-se diversos projetos-piloto, que partiriam do perfil generalista do profissional brasileiro,²² e fomentariam uma participação ativa de todos os sujeitos processuais no debate necessário para a preparação dos provimentos.

2. A QUESTÃO DA ORALIDADE

No sistema de processo civil brasileiro, a oralidade já se mostra presente nos textos legislativos desde 1939 (CPC), o que conduziria ao uso da escritura, com finalidade preparatória, somente na etapa inicial do procedimento, eis que o debate processual propriamente dito dar-se-ia totalmente de modo oral.

A sistematização técnica da cognição partiria dessa preparação escrita, seguida por uma filtragem processual dos aspectos fáticos, jurídicos e probatórios, de modo a subsidiar uma fase de debate oral profícua entre os sujeitos processuais.²³ O uso de debates orais e, pois, presenciais (e não através de petições e contra-petições) pode, como dissemos, proporcionar esclarecimento recíproco sobre as razões dos pontos controversos, possibilitando a formatação de acordos estruturados²⁴ ou, ao menos,

22. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit. p. 133. No mesmo sentido: “[...] a formação dos profissionais no Brasil sempre fora vocacionada à criação de um profissional GENERALISTA (como na Holanda) que não se preocupa e nem pode com uma especialização profissional, mas que deve se comprometer, como o sistema jurídico lhe impõe, a conhecer medianamente uma centena de legislações e procedimentos diferenciados (especiais) para conseguir conduzir adequadamente sua prática jurídica.” (NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: Algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, no prelo).

23. Para verificação da articulação técnica da fase preparatória: cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit. p. 239 et seq.

24. Sabemos que o percentual de acordos no Brasil é baixo. Pesquisa feita pela Secretaria de Reforma do Judiciário, sobre os juizados Especiais cíveis de 9 capitais de Estados, informa que o percentual de acordos na Audiência de Conciliação é de 34,5% (caindo para menos de 22% se há presença de advogado). Não que a conciliação seja a solução de todos os problemas (pois há que se pensar quando esta se dá em um ambiente de igualdade e sem pressões); entretanto, mostra uma ausência de “cultura” pelo acordo, pela resolução “pacífica” da causa. Quando comparamos esses dados com países nos quais a fase “preliminar” faz parte da “essência” do processo – estamos falando do *pre-trial* inglês e americano – vemos que cerca de 90% das ações cíveis e penais terminam com acordos (*settlement* nas ações cíveis e *plea bargaining*, nas penais). Cf. nesse sentido, e.g., Jennifer Mnookin (MNOOKIN, Jennifer L. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America* (Book Review). *Stanford Law Review*, New York, v. 57 (issue 5), p. 1721-1743, abril 2005), Michelle Taruffo (TARUFFO, Michelle. El proceso civil de “civil

dando ao processo melhores elementos para a formação da decisão (evitando decisões de surpresa²⁵).

No entanto, a oralidade no Brasil nunca foi levada à sério, de modo que só se apresenta na legislação. Na prática, porém, continua-se com a utilização de petições, tal qual ocorria nos procedimentos desde a Idade Média (*quod non est in actis non est in mundo*).

Mesmo em procedimentos especiais em que a ausência da oralidade inviabiliza resultados constitucionalmente adequados e legalmente esperados, como os juizados especiais, a oralidade é consumida pela prática escrita.

E aí surge uma questão: por que?

Além de uma tradição pela escritura, acompanhada por uma ausência de preparação dos graduandos com a prática oral, existe um desconhecimento desse fenômeno, uma vez que se naturaliza o argumento *contra-legem* de que o meio de se articular argumentos em um processo seria tão-somente as petições, até mesmo pelos advogados (em média) não saberem articular argumentações técnicas de modo oral, e os juízes se mostrarem pouco abertos a receberem e debater as causas com as partes e advogados.

Desse modo, uma das primeiras vertentes a se redimensionar, seria a de promover cursos e treinamentos de modo a fomentar a oralidade, que sempre demonstrou ótimos resultados em termos de diminuição do tempo processual, para os litígios de varejo, além de garantir aplicação mais estruturada dos princípios processual-constitucionais.

Caso se verifique que a oralidade realmente não seja possível ou adequada para o profissional brasileiro, dever-se-ia pensar em uma ampla reestruturação legislativa vocacionada à escritura.

O que não é possível é se trabalhar com procedimentos que optem pela oralidade tecnicamente e funcionem de modo escrito, em face dos déficits de eficiência e legitimidade gerados (face o descompasso entre norma e práxis), com fomento a um formalismo exacerbado e a uma ausência de debate (no processo).

law": Aspectos fundamentais. *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, n. 1, p. 69-94. Disponível em: <<http://www.scielo.cl>>. Acesso em: 27/06/2007.) e José C. Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 41-56, 2003).

25. “[As] decisões surpresa (que potencializam a necessidade de uso de recursos), baseadas em argumentos não considerados pelas partes nem informados a elas pelo juiz antes da decisão, sejam proferidas, configurando, sua prolação, quebra indiscutível do contraditório (BENDER; STRECKER, 1978, v. I, p. 554)” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit. p. 125).

3. A ATUALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS – SUA FORMAÇÃO CONTINUADA

Nos termos da visão comparticipativa e policêntrica que embasam o presente estudo,²⁶ a preocupação com a formação continuada não pode se restringir a uma melhoria da preparação dos magistrados (como o discurso do protagonismo judicial faz crer). Em face da percepção da interdependência entre todos os sujeitos de direito envolvidos na aplicação processual (jurisdicional) do direito, deve-se investir na formação continuada de todos, buscando o exercício das respectivas funções com responsabilidade e eficiência.

No que diz respeito a esta formação continuada ainda se faz mister a percepção da necessidade de realização de cursos de atualização antes que qualquer reforma processual entre em vigor. Mostra-se no mínimo temerário permitir que a lei seja aplicada por profissionais que não tenham sido preparados para sua utilização. Nesse sentido nos lembra Boaventura de Sousa Santos²⁷ que, na “Alemanha, não há nenhuma inovação legislativa sem que os juízes sejam submetidos a cursos de formação para poderem aplicar a nova lei”.

Perceba-se também que falta de discussão com os envolvidos é causa de fracasso em reformas. Segundo Wolfgang Hoffmann-Riem,²⁸ qualquer reforma do Judiciário somente será bem sucedida “en caso de que sea desarrollada y concretada en colaboración con ellos [os sujeitos afetados por ela, *institucionais* ou não]”²⁹.

-
26. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit.
27. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 6.
28. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Reformar y Aprender a Reformar: hacia una cultura de la innovación en la justicia. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 8-9, p. 89-102, 2º semestre 2001 - 1º semestre 2002, p. 90
29. Marc Bou i Novensà (BOU I NOVENSÀ, Marc. El sistema de justicia en América Latina: entre las reformas y la inercia institucional. *Documentos de Trabajo*. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, n. 4, p. 1-26, 16 de diciembre 2004. Disponível em <www.iigov.org/wp/index.drt>. Acesso em 02/02/06), se pergunta *por que as reformas judiciais na América Latina têm tido resultados tão pouco expressivos?* “Sua resposta é que políticas que não visem integrar, simultaneamente, reformas legais ao lado de aumento de mecanismos de acesso à jurisdição e de eficiência, terão muito poucas chances de êxito. Mais ainda, que a formulação destas políticas tem de contar com a participação e contribuição da sociedade civil organizada, não podendo ser tida como um assunto exclusivo de *experts*” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2007, p. 150). Esse também é o diagnóstico de boa parte daqueles que têm se debruçado sobre as reformas judiciais na América Latina, como mostram Catalina Smulovitz e Daniela Urribarri (SMULOVITZ, Catalina e URRIBARRI, Daniela. *Poderes Judiciales en América Latina: entre la administración de aspiraciones y la administración del derecho*. São Paulo e Santiago: iFHC/CIEPLAN, 2008, p. 10): “Evaluaciones recientes del proceso de reforma judicial coinciden en señalar que éstas han enfrentado problemas que derivan de la inadecuación del diagnóstico acerca de los problemas que se debían atender (Hammergren, 1999 y 2004), de rumbos de acción contradictorios (Domingo y Seider, 2002), de información inadecuada e insuficiente respecto

Ainda devem ser lembradas as debilidades dos operadores na utilização das tecnologias de informação, especialmente quando se investe boa parcela das expectativas de melhoria na informatização processual. Nesse aspecto, a adaptação dos técnicos jurídicos (juízes, advogados etc.) e dos auxiliares da justiça a essas novas tecnologias é imperiosa e necessária (cf. *infra*).

Por fim, tendo em mira os postulados da formação discursiva da decisão em um ambiente participativo, é bom que se registre que, mesmo a “correção” de uma sentença não deve estar na formação “notável” de um juiz Magnaud³⁰ (ou de outros que atuem no processo). Mudanças na gestão do processo e o uso de novas tecnologias podem possibilitar uma tramitação mais racional e célere, mas a “qualidade” da decisão não pode depender tão-somente de uma formação excepcional de quem quer que seja.

4. A QUESTÃO DAS ROTINAS ADMINISTRATIVAS E DA GESTÃO PROCESSUAL

Quando se analisam as rotinas administrativas da grande maioria das varas do Poder Judiciário Brasileiro se chega à seguinte conclusão: não existe uma prática uniforme em nenhum lugar do país (ou mesmo dentro de um mesmo fórum, cada

de qué era necesario reformar (Hammergren, 1999) así como de resistencias políticas y burocráticas que han impedido la implementación de las reformas”. E ainda, Bernardo Sorj e Danilo Martuccelli (SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *El desafío latinoamericano: cohesión social y democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI; São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2008, p. 163): “los problemas del poder judicial son esencialmente ligados a una burocracia pública con dificultades para transformar ‘inputs’ en ‘outputs’, los análisis sobre su funcionamiento y las acciones públicas para remediar estas dificultades se concentraron en los cambios administrativos que podrían mejorar su desempeño (sobre todo medidas tendientes a disminuir la congestión judicial y el retraso en la resolución de las causas como, por ejemplo, el abandono del sistema inquisitivo y su reemplazo por un sistema acusatorio o semi-acusatorio) o bien reformas que propiciaron medidas tendientes a facilitar la representación legal pública”. Cf. também Relatório do IFES, produzido por Keith Henderson e Violaine Autheman (HENDERSON, Keith; AUTHEMAN, Violaine. Un marco modelo para el informe sobre el Estado del Poder Judicial para las Américas: lecciones aprendidas y estrategias de monitoreo y de información con miras a promover la implementación de la próxima generación de reformas. In: *TERCERA CONFERENCIA sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y el CARIBE: principales tendencias de las últimas décadas y una visión de futuro*. Quito: IFES/BID, julio 2003, especialmente p. 25-26). Uma exceção nesses modelos de Reforma Judicial na América Latina (que, pois, tem procurado trazer a discussão para os afetados pelas reformas, como temos defendido), parece ser o processo de reforma no Peru, a partir de 2003 (nesse sentido cf. TOCHE, Eduardo. La sociedad civil en la reforma judicial. *Cooperación* (DESCO), Lima, n. 15, p. 8-9, enero/marzo, 2004, p. 8-9) (citados por BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. cit. p. 150).

30. “Tal juiz, que exerceu sua função judicante de 1887 a 1906 no Tribunal de Chateau-Thierry, na França, tornou-se mundialmente conhecido por aplicar o direito com visão sentimental e humanitária, com base em sua alegada sabedoria incomum (LEYRET, Henry. *Las sentencias del buen juez Magnaud. Reunidas e comentadas*. Bogota: Temis, 1976, p. IX), que serviu de exemplo para linhas teóricas que buscam na boa escolha de juízes a melhoria do sistema jurídico” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit. p. 81).

vara possui procedimentos próprios), de modo que cada secretaria funciona ao talante das opções subjetivas de seus membros.

Dever-se-iam, desse modo, estruturar reformas tendentes à padronização das rotinas administrativas para todo o sistema judiciário, em padrões de eficiência, de modo a assegurar a redução dos “tempos mortos” de secretaria, tão nefastos à obtenção de uma resposta jurisdicional em tempo adequado. A padronização além de evitar vícios dos mais variados tipos ainda permitiria uma maior previsibilidade do andamento processual, viabilizando um maior controle da própria gestão processual.

Há de se parar com os gastos orçamentários voltados à construção de templos suntuosos (pirâmides) do Poder Judiciário, para a cúpula, e se investir o orçamento de acordo com uma política pública de democratização processual, que conceba instalações funcionais, minimamente estruturadas, em todos os níveis e localidades, com uma rotina administrativa eficiente.

Existem alguns Tribunais que implementaram certificações (ISO), de modo a criar rotinas administrativas consentâneas com os padrões de eficiência administrativa impostos pelo texto constitucional, mas, infelizmente, esta não é a tônica de uma política de democratização processual em nível geral no Poder Judiciário. Não se percebe nem mesmo um padrão administrativo típico da Administração Burocrática, no qual se impõe a despersonalização do exercício da função pública, acompanhada do estabelecimento de rotinas administrativas rígidas, dentro de um padrão hierárquico. No entanto, mesmo esse modelo já se encontra ultrapassado e incapaz de lidar com o dinamismo atual, de forma que se deveria buscar um padrão de Administração Gerencial adaptado às exigências de garantias fundamentais que não podem ser olvidadas na aplicação do Direito.³¹

Sem embargo, sobre o conceito gerencial de administração pública, há que se tecer algumas considerações. Quando se fala em modelo de **gestão**, será que seria possível a comparação do funcionamento dos Tribunais com o de uma empresa? Os supostos deste modelo, ressalta Santos *et al.*,³² estão na aplicação da lógica empresarial, é dizer: concorrência, lucro e oferta com qualidade de bens e serviços. O administrado passaria a ser visto como “consumidor”, como “cliente” e a legitimidade do Estado começaria, então, com a qualidade dos seus serviços, qualidade que geraria confiança.

Santos *et al.*³³ questiona, entretanto, se o administrado poderia mesmo ser comparado a um “consumidor”, até pela atitude passiva deste, o que contrastaria com a

31. SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. Coimbra: OPJ/Universidade de Coimbra, abril 2008. p. 17 et. Seq.

32. SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. cit. p. 18.

33. SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. cit. p. 19-20.

necessidade de uma posição ativa que se requer do cidadão. De fato, entendemos que aquele modelo do cidadão como cliente ainda parece debitário dos ideais do Estado de Bem-Estar Social, onde cabia à burocracia técnica estatal a definição das políticas (“produtos”) sobre o que seria melhor para o (interesse) público. O “cliente”, por não ter o necessário conhecimento técnico das matérias, não teria condições de avaliar corretamente as medidas e suas implicações globais, daí o fechamento intransparente da Administração Pública³⁴.

34. “[O] conceito de racionalidade aqui presente é somente aquele instrumental, de **custo-benefício**. Não podemos nos esquecer, aliás, que por detrás dessa racionalidade em que se busca dar eficiência ao Judiciário está a concepção do Judiciário como ‘instituição econômica’, decorrente das metas ditas pelo chamado ‘novo Consenso de Washington’, o que leva a relacionar a atuação do Judiciário (célere, previsível, etc.) como um fator que pode auxiliar o País na consolidação da estabilização/progresso econômicos postos em movimento na década de 1990” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. cit. p. 141; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; cf. também NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit., p. 157 et seq. Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. cit:12ss.) chama a atenção para o fato de que agências internacionais de fomento gastaram algo entomo de 300 bilhões de dólares em projetos de reforma judicial desde finais dos anos de 1980. Sergio J. Cuarezma Terán (CUAREZMA TERÁN, Sergio J. La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro et al. (Ed.). *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 124 e 122), referindo-se às reformas judiciais na América Central, destaca que “[e]n el contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado Social de Derecho y de la democracia y de mayor respecto para los derechos humanos”, com isso, “la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como un requisito esencial para la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico, como un presupuesto para garantizar seguridad en la presencia de actores económicos y empresariales y promover las inversiones privadas nacionales y extranjeras”. Ver também Armando Pinheiro (PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, Reforma e Economia: visão dos magistrados*. IPEA: Rio de Janeiro, jul. 2003^a; PINHEIRO, Armando Castelar. Uma agenda pós-liberal de desenvolvimento para o Brasil. IPEA: Rio de Janeiro, out. 2003b), Simone (SIMONE, Vanina Inés. Construcción y promoción de ideas en torno a la “reforma judicial”. Actores globales, proyectos de reforma para Latinoamérica y una experiencia de implementación. In: MATO, Daniel et al. *Cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización. Perspectivas latinoamericanas*. Abr. 2007. Disponível em: <www.clacso.org>. Acesso em: 20 jul. 2008) e Catalina Smulovitz; Daniela Urribarri (SMULOVITZ, Catalina e URRIBARRI, Daniela. *Poderes Judiciales en América Latina: entre la administración de aspiraciones y la administración del derecho*. São Paulo e Santiago: iFHC/CIEPLAN, 2008) e Bruce Wilson et al (WILSON, Bruce M; RODRÍGUEZ CORDERO, Juan Carlos; HANDBERBERG, Roger. A Mayores Previsiones... Resultados Imprevistos: reforma judicial en América latina – indicios sobre costa rica. *Revista América Latina Hoy*, Salamanca, v. 39, 2005, p. 97-123). Sobre a chamada “análise econômica do Direito”, Jesús González Amuchástegui (GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Revista Doxa*, Alicante, n. 15-16, p. 929-943, 1994) e José M. Aroso Linhares (LINHARES, José Manuel

Sabemos que as reformas pelas quais não apenas o Judiciário no Brasil mas todo o Judiciário da América Latina vêm passando são o resultado das necessidades do “mercado”, consubstanciadas nas exigências de “previsibilidade” e celeridade nas decisões (*e.g.*, com o uso de Súmulas Vinculantes) e, por vezes, deixando de lado outras exigências³⁵.

Isso se refletiria em um Judiciário extremamente formalista e técnico, com uma linguagem rebuscada (e incompreensível para a maior parte da população), atuando sobre um processo que, a cada nova reforma, se torna mais complexo, igualmente incompreensível para os não-iniciados. Essa também a constatação de Santos³⁶ sobre o Judiciário português:

Domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideais: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenómeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autónomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos

Aroso. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício: um diálogo com a law & economics scholarship. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 78, p. 65-178, 2002). O problema dessa racionalidade está em que os direitos fundamentais não podem ser tratados em uma relação pragmática de custo-benefício. Recorremos, então, ao pensamento de Dworkin, que apresenta os direitos individuais como trunfos contra argumentos de política. Para Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 107ss.) o processo legislativo se move em torno de questões de política. No entanto, ao ser levantada em juízo o é como uma questão de princípio, isto é, de direitos, não de políticas. “Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or do, or not a sufficient justification, for imposing some loss or injury upon them” (DWORKIN *apud* BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. cit, p. 143; ver também DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 268.

35. Sergio J. Cuarezma Terán, referindo-se às reformas judiciais na América Central, destaca que no “contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado Social de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos”, com isso, “la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como un requisito esencial para la promoción la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico, como un presupuesto para garantizar seguridad en la presencia de actores económicos y empresariales y promover las inversiones privadas nacionales y extranjeras” CUAREZMA TERÁN, Sergio J. La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro *et al.* (Ed.). *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 117-131. Bruce Wilson *et al* (WILSON, Bruce M; RODRÍGUEZ CORDERO, Juan Carlos; HANDBERBERG, Roger. A Mayores Previsiones... Resultados Imprevistos: reforma judicial en América latina – indicios sobre costa rica. cit. p. 99)) complementam sembrando aqueles que criticam ampliação do acesso à justiça, já que isso colocaria em risco o mandamento da estabilidade do mercado: “Cuando este acceso se hace más amplio, también resulta más difícil predecir el contenido sustantivo de las sentencias de la Corte. No hay motivo para asumir que ampliar el acceso necesariamente resultará en decisiones que favorezcan las reformas de libre mercado”.

36. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. cit. p. 68.

aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos³⁷.

De qualquer forma, há lições importantes que um modelo gerencial pode dar ao Judiciário. Há que se superar uma gestão burocrática do processo, que serve de “blindagem” contra a crítica pública.

Assim, a questão das reformas no próprio padrão de gestão do Judiciário e das práticas processuais deve seguir um padrão peculiar de busca de eficiência e transparência, com nuances diferenciadas ao restante da Administração Pública, eis que deve se adaptar as exigências garantísticas do processo constitucional (legitimidade), que não podem ser esquecidas ou negligenciadas sob argumentos utilitaristas de resultados puramente quantitativos.

Não se pode olvidar ainda, de uma ampla informatização para que se alcancem padrões de excelência em nível administrativo.

No entanto, para adoção das tecnologias de informação far-se-ia necessário, nos termos observados por Santos *et al*, refletir sobre:

(1) a necessidade de adaptação dos espaços físicos; (2) a capacidade dos recursos materiais para suportarem as exigências da desmaterialização; (3) a eventual adaptação do quadro funcional à nova realidade; (4) a formação e acompanhamento para enfrentar possíveis resistências; e (5) a reconversão e requalificação dos funcionários, no sentido de adquirirem competências necessárias à utilização das novas ferramentas.³⁸

O investimento na formação dos auxiliares do juízo deve viabilizar a utilização das novas tecnologias de modo a estabelecer uma padronização administrativa, mas, evitando-se a automatização e dependência demasiada aos sistemas informáticos, eis que na experiência comparada tais dinâmicas de trabalho conduziram a práticas administrativas extremamente dependentes, pelos funcionários, do sistema computacional implantado.³⁹

Ademais, os auxiliares da justiça (escrivães, escreventes etc.) devem ser levados em consideração na elaboração dos novos padrões de gestão processual eis que estes fazem e farão boa parte das rotinas que aumentarão ou diminuirão a eficiência processual (basta pensarmos nos *tempos mortos* do processo). Caso isto não ocorra,

37. E, mais à frente, mostra que a burocracia institucional acaba servindo de *refúgio* ao Judiciário, o que lhe possibilita privilegiar “a circulação à decisão” do processo; a *preferência* por decisões terminativas (que, no geral, apenas adiam o *problema*, já que ao autor será facultado retornar ao Judiciário) e a “aversão a medidas alternativas” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. cit. p. 70).

38. SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. cit. p. 125.

39. SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. cit. p. 127

estes continuarão desmotivados e não possuirão interesse em suprir as deficiências de sua formação⁴⁰; ou, ainda que “obrigados” a se adequarem, **mudarão a aparência da rotina, para não mudar nada**. Pense-se, por exemplo, que muitas propostas de reforma falam em “informatização do Judiciário”. Entretanto, ainda que a substituição de máquinas de escrever por computadores e a utilização de *softwares* judiciais possam ser grandes ferramentas, o *upgrade* gerado por eles ficará sempre aquém das potencialidades se os servidores não forem colocados como sujeitos ativos do processo de mudança, sob pena de se adaptar a nova forma aos velhos hábitos.

Outro problema diz respeito à gestão dos atos do procedimento, normalmente atribuída ao diretor técnico do processo: o Juiz.⁴¹

Para que um profissional consiga otimizar a gestão de milhares de processos em uma vara, há de possuir mais conhecimento gerencial do que jurídico.

Em face disso, inúmeros sistemas processuais retiraram do juiz a gestão do andamento dos procedimentos e a atribuíram a um administrador judicial⁴².

40. André Gambier Campos (CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade. Brasília: IPEA, fevereiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 10/10/2008) mostra que os órgãos auxiliares da justiça no Brasil “contam com reduzido número de profissionais (escrivão, oficial de justiça etc.) – que, não raro, são inadequadamente recrutados, pouco qualificados e insuficientemente remunerados. Ainda hoje, uma parcela do 1º grau de jurisdição conta apenas com essa estrutura para desenvolver suas atividades. Por vezes, tal estrutura é administrada de maneira precária, o que só acentua a gravidade da situação”.

41. SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. cit. p. 133 et. Seq.

42. Na Espanha a Reforma ocorrida a partir de 2001 alterou o nome (e o funcionamento) da “secretaria judicial”, que passou a ser denominada “escritório judicial” (*oficina judicial*), dentro de uma concepção gerencial. Uma peça central nessa mudança foi a redefinição (e aumento) de funções do “Secretário Judicial”, que passou a ser responsável pela organização e funcionamento do escritório judicial, de forma que o juiz tenha mais tempo para se dedicar à função de julgamento (cf. MORATO, Manuel Martín. El Nuevo Modelo de Oficina Judicial. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 5, Enero 2005, p. 173-190). Noutra oportunidade se afirmou: “Sabe-se que os magistrados não possuem formação administrativa a viabilizar o gerenciamento conjunto de milhares de processos sob sua responsabilidade e direção. Desse modo, a criação de um administrador judicial, um novo tipo de escrivão com formação específica, permitiria que o juiz desempenhasse tão-somente a função que lhe cabe: julgar. No direito alemão, o administrador judicial (*Rechtspfleger*) profere algumas decisões durante a tramitação processual, fato que permite ao magistrado uma participação ativa durante todo o processo. Como informa Hess, o papel dos administradores judiciais na Alemanha é importantíssimo, exercendo a competência em questões executivas, na expedição de ordens de pagamento (*Mahnsverfahren – monitorias puras*) e nos processos de insolvência. A França e o Conselho da Europa também possuem uma tendência de transferência de atividades não jurisdicionais a escrivães ou assessores judiciais. No direito brasileiro, seria perfeitamente possível a criação da figura de um administrador judicial, que teria o encargo de administrar e controlar a tramitação sistemática e contínua dos feitos, além de poder proferir os despachos, de modo a permitir a redução dos tempos mortos e garantir ao juiz o exercício da função decisória e de estudo detido dos casos, mediante um diálogo genuíno com as partes, permitindo o proferimento de decisões constitucionalmente adequadas.” (NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: Algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, no prelo).

Boa parte do tempo dos juízes é gasto com o proferimento de despachos,⁴³ atividade que poderia ser delegada a este novo profissional, desde que este possuísse formação adequada, com liberação de tempo aos juízes para desempenho da atividade decisória.

Não se acredita que a atribuição do papel gerencial ao magistrado ou o investimento numa formação desse tipo para este profissional possam gerar impacto nos déficits administrativos atuais. A opção de se investir tal função a um profissional especializado e capacitado talvez seja mais adequada para a obtenção da eficiência almejada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, percebe-se que o enfrentamento da questão da aplicação do Direito pelos Tribunais buscando-se padrões de eficiência e legitimidade não pode dimensionar o problema sob um único enfoque. Faz-se necessária a adoção de uma perspectiva participativa, tanto no espaço endoprocessual quanto no planejamento de uma política pública de democratização processual. Em outros termos, isso quer dizer que se faz necessária a atividade conjunta e interdependente de todos os sujeitos e instituições envolvidos.

Dentro do processo, faz-se necessária a quebra de modelos de protagonismo, seja das partes, seja do juiz, é dizer, todos os sujeitos processuais devem ser preparados e assumir suas funções (papéis) e responsabilidades técnicas.

Além disso, há de se retomar o debate em torno da questão da oralidade, buscando sua aplicação efetiva nas demandas de baixa intensidade, uma vez que a técnica, para litígios de baixa intensidade, favorece a obtenção de decisões melhor construídas e induz a mitigação na utilização de recursos.

Já se chegou o momento de se parar com as reformas processuais e consolidar o modelo processual legislado, fomentando o amplo conhecimento das técnicas, de acordo com o modelo constitucional de processo, devidamente interpretado.

Já no campo macro-estrutural, a política pública de acesso à justiça deve contar com a participação ampla de todas as instituições envolvidas (OAB, Judiciário, Ministério Público, Universidades, ONG's), sem sobreposição de idéias e competição entre as profissões como é corriqueiro no discurso jurídico brasileiro.

Enfim, a obtenção de um novo paradigma processual não resulta tão-somente de iniciativas pontuais e desgarradas de uma intervenção macro-estrutural. Em outros termos, há de se perceber que somente ocorrerá a geração de um impacto

43. SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. cit. p. 189-190.

concomitante de eficiência e legitimidade caso se implemente uma política pública, amplamente debatida, que problematize a questão das reformas processuais, da oralidade, da gestão processual e da infra-estrutura do Poder Judiciário de modo conjunto.

Tal política pública de democratização processual deve se pautar pela perspectiva participativa, de modo a garantir a legitimidade que o Estado Democrático de Direito visa assegurar.

Toda democracia viabiliza uma transformação e é chegada a hora de transformar o sistema processual, promovendo a busca da eficiência e da legitimidade de modo co-originário.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.
- AROCA, Juan Montero. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2002.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2007.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 363-372.
- BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlin: Walter de Gruiter & co., 1966.
- BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I, livro II, p. 527-577.
- BOU I NOVENSA, Marc. El sistema de justicia en América Latina: entre las reformas y la inercia institucional. *Documentos de Trabajo*. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, n. 4, p. 1-26, 16 de diciembre 2004. Disponível em <www.iigov.org/wp/index.drt>. Acesso em 02/02/06.

- CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade. Brasília: IPEA, fevereiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 10/10/2008.
- CAPONI, Remo. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 04 e 05 de maio 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978.
- COSTA, Sílvio N. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CUAREZMA TERÁN, Sergio J. La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro *et al.* (Ed.). *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 117-131.
- DIDIER, Fredie. *Editorial 39 – Julgamento por amostragem de recursos extraordinários. Nova hipótese de conexão. Conexão por afinidade*. Publicado em 27/06/2008. Disponível em <www.frediedidier.com.br>. Acesso em 31/07/2008.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Revista Doxa*, Alicante, n. 15-16, p. 929-943, 1994.
- HENDERSON, Keith; AUTHEMAN, Violaine. Un marco modelo para el informe sobre el Estado del Poder Judicial para las Américas: lecciones aprendidas y estrategias de monitoreo y de información con miras a promover la implementación de la próxima generación de reformas. In: *TERCERA CONFERENCIA sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y el CARIBE: principales tendencias de las últimas décadas y una visión de futuro*. Quito: IFES/BID, julio 2003.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Reformar y Aprender a Reformar: hacia una cultura de la innovación en la justicia. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 8-9, p. 89-102, 2º semestre 2001 - 1º semestre 2002.
- LEYRET, Henry. *Las sentencias del buen juez Magnaud. Reunidas e comentadas*. Bogota: Temis, 1976.
- LINHARES, José Manuel Aroso. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício: um diálogo com a law & economics scholarship. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 78, p. 65-178, 2002.
- MENCHINI, SERGIO. *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 04 e 05 de maio 2007.
- MORATO, Manuel Martín. El Nuevo Modelo de Oficina Judicial. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 5, Enero 2005, p. 173-190.

- MNOOKIN, Jennifer L. Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America (Book Review). *Stanford Law Review*, New York, v. 57 (issue 5), p. 1721-1743, abril 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 41-56, 2003.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese. v. 29, mai.-jun./2004. p. 73-85.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR, Fredie. (org.) *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*. Salvador : Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: Algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, no prelo.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, Reforma e Economia: visão dos magistrados*. IPEA: Rio de Janeiro, jul. 2003a.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Uma agenda pós-liberal de desenvolvimento para o Brasil. IPEA: Rio de Janeiro, out. 2003b.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (director científico). *Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. Coimbra: OPJ/Universidade de Coimbra, abril 2008.
- SIMONE, Vanina Inés. Construcción y promoción de ideas en torno a la "reforma judicial". Actores globales, proyectos de reforma para Latinoamérica y una experiencia de implementación. In: MATO, Daniel *et al.* *Cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización. Perspectivas latinoamericanas*. Abr. 2007. Disponível em: <www.clacso.org>. Acesso em: 20 jul. 2008.
- SMULOVITZ, Catalina e URRIBARRI, Daniela. *Poderes Judiciales en América Latina: entre la administración de aspiraciones y la administración del derecho*. São Paulo e Santiago: iFHC/CIEPLAN, 2008.
- SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *El desafío latinoamericano: cohesión social y democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI; São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2008.
- STRECK, Lenio L. *Constituir – a – ação nos 20 anos da lei fundamental: condições e possibilidades*. Palestra Proferida no dia 05/09/2008, no X Congresso Jurídico – Constituição e Direitos Fundamentais – Faculdade de Direito do Sul de Minas.
- TARUFFO, Michelle. El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, n. 1, p. 69-94. Disponível em: <http://www.scielo.cl>. Acesso em: 27/06/2007.
- TOCHE, Eduardo. La sociedad civil en la reforma judicial. *Cooperación* (DESCO), Lima, n. 15, p. 8-9, enero/marzo, 2004.
- WILSON, Bruce M; RODRÍGUEZ CORDERO, Juan Carlos; HANDERBERG, Roger. A Mayores Previsiones... Resultados Imprevistos: reforma judicial en América latina – indicios sobre costa rica. *Revista América Latina Hoy*, Salamanca, v. 39, 2005, p. 97-123.

CAPÍTULO VIII

CRÍTICA À RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA¹

*Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa**

Sumário • 1. Introdução – 2. Fundamento político e função da coisa julgada – 3. O “status” constitucional da coisa julgada e o alcance do artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República – 4. “Relativização” da coisa julgada – 5. “Coisa julgada inconstitucional” – 6. Tentativas de relativização da coisa julgada: 6.1. Ampliação das hipóteses de rescisão das decisões com trânsito em julgado; 6.2. Arguição da inconstitucionalidade da decisão em impugnação (art. 475-L, § 1º, do CPC) ou embargos à execução (art. 741, Parágrafo único, do CPC) – 7. Conclusão.

“The world has gone mad today and good's bad today
And black's white today and day's night today”
Anything Goes, Cole Porter (1934)

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos² tem ganhado força, no direito brasileiro, a tese da chamada “relativização” da coisa julgada, a qual, basicamente, defende que em determinadas hipóteses, para se evitar a “cristalização de injustiças” (v.g., avaliação de imóvel em valor “excessivo” em ação de desapropriação, aplicação de norma julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), seja possível desconsiderar ou desconstituir, independentemente da propositura de ação rescisória e/ou de limitação temporal (isto é, de forma *atípica*³), a autoridade da coisa julgada material, permitindo ao órgão jurisdicional (o mesmo que proferiu a decisão ou outro) aplicar o direito ao caso concreto em desconformidade com o que fora anteriormente decidido.

* Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

1. Versão revista e atualizada do artigo “Em defesa da coisa julgada”, publicado originalmente na Revista Dialética de Direito Processual nº 29/11-37 (2005).
2. A idéia, porém, não é nova. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93-94; NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 507; SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Coisa julgada relativa?”. Porto Alegre, Revista Jurídica, n. 316, fev., 2004, p. 11.
3. Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 582; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1, 8ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 507.

A idéia de “relativização” da coisa julgada poderia ser, e provavelmente o foi, no início, simplesmente ignorada por aqueles (como nós) que a consideram, nos moldes em que usualmente defendida, incompatível com o texto constitucional⁴.

Já há algum tempo, porém, isto não é mais possível.

A tese da “relativização” da coisa julgada é defendida por juristas de escol⁵ e tem sido aplicada por diversos órgãos do Poder Judiciário (ainda que sem expressa autorização legal). Por medida provisória, tentou-se criar nova hipótese de rescisão e o Código de Processo Civil foi alterado para autorizar o ataque à decisão transitada em julgado independentemente da propositura da ação rescisória. Como alertou BOTELHO DE MESQUITA⁶, está aberta a “estação de caça” à coisa julgada. Urge defendê-la, antes que seja tarde.

2. FUNDAMENTO POLÍTICO E FUNÇÃO DA COISA JULGADA

Considerando o propósito do presente trabalho, é de todo inoportuno não apenas reproduzir as diversas teorias a respeito da natureza jurídica da coisa julgada (imutabilidade da decisão, de seus efeitos ou de ambos) como tomar posição a respeito.

Em se tratando do tema “relativização” da coisa julgada sobreleva, pensamos nós, antes de tudo, o fundamento político e a função do instituto.

Como cediço, entre todos os escopos da jurisdição (sociais, políticos e jurídico) um dos mais importantes, se não for o mais importante, é a pacificação de conflitos⁷.

4. O que foi, pois, um grande erro: “Grandes estragos começam assim: no início, não se dá atenção, acreditando-se que as convicções em contrário são tão grandes e arraigadas que o mal não progredirá. Quando acordamos, leva-se o susto” (KAMEL, Ali Kamel. *Não somos racistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 17).
5. Cf. DELGADO, José Augusto. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 103, jul./set., 2001, p. 9-36; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-270; THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Sentença Inconstitucional: Nulidade, Inexistência, Rescindibilidade”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 63, jun., 2008, p. 36-58; THEODORO JÚNIOR, Humberto; e FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 795, jan., 2002, p. 21-40; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003. Igualmente ilustres são os opositores: Cf. ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 4, jul., 2003, p. 9-29; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 91-111; MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 14-33; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 89-123; NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 500-522.
6. Cf. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97.
7. É oportuno ressaltar que embora tanto a atividade jurisdicional como a legislativa tenham como objetivo último a pacificação social, representando uma promessa de eliminação de insatisfações, é substancialmente diferente o modo pelo qual se propõem a atingir esse objetivo, o que foi exemplarmente

Ocorre que para obter-se a pacificação social é indispensável que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sejam imunizadas contra os ataques dos contrariados⁸.

Deveras, “de nada adiantaria falar em acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente”⁹.

Tamanha é relevância social da estabilização dos resultados dos julgamentos que até mesmo o vencido dela extrai alguma utilidade.

Como lembra BARBOSA MOREIRA¹⁰, terminado o litígio, o vencido “sabe em que termos e em que medida o seu interesse deve subordinar-se ao interesse do adversário – *não menos*, mas *tampouco mais* do que estatuiu a sentença”.

Assim, o fundamento político da coisa julgada é a pacificação social e a sua função é imunizar as decisões.

E a imunização das decisões (de mérito) é obtida mediante a proibição, uma vez esgotados os recursos eventualmente cabíveis (artigo 467 do CPC), de que “o julgamento daquela pretensão, entre aquelas pessoas e por aquele fundamento”¹¹ seja renovado.

Por tal razão, costuma-se dizer que a coisa julgada tem dupla função:

“A função da coisa julgada é, pois, dúplice: de um lado, define, vinculativamente, a situação jurídica das partes; de outro lado, impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia”¹².

demonstrado pelo constitucionalista norte-americano THOMAS COOLEY: “Diz-se que o que distingue um ato judicial de um ato legislativo é que o primeiro é uma determinação do direito existente com relação a alguma coisa já feita ou acontecida, enquanto que o outro é a pré-determinação do que deverá ser o direito para a disciplina de todos os casos futuros”, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993). Não procede, logo, a afirmação de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA (Cf. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 795, jan., 2002, p. 22) de que não haveria justificativa para se atribuir apenas aos atos jurisdicionais o caráter de imutabilidade, negando-o aos demais atos estatais (legislativos e administrativos). Aliás, já havia sido ressaltado pelo jurista, em estudo anterior, que pela sua própria natureza a coisa julgada é característica da jurisdição, forte nos ensinamentos de EDUARDO COUTURE: “A coisa julgada é um atributo da jurisdição. Nenhuma outra atividade do ordenamento jurídico tem a virtude de reunir as características acima mencionadas: a irreversibilidade, a imutabilidade e a coercibilidade. Nem a legislação nem a administração podem expedir atos com estas qualidades, já que, por sua própria natureza, as leis são derogadas por outras leis e os atos administrativos são revogados por outros atos administrativos” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 81, jan./mar., 1996, p. 83).

8. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 161.
9. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 16.
10. Cf. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 97-98.
11. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 296.
12. Cf. NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 1970, p. 489.

Finalmente, é oportuno ressaltar que a proibição de renovação do julgamento não decorre de presunção ou ficção de verdade criada pela coisa julgada, capaz de transformar o branco em preto e o quadrado em redondo. Os fatos continuam sendo o que eram, o branco continua sendo branco e o quadrado não se faz redondo¹³. A autoridade da coisa julgada resulta da vontade do Estado, fundamento jurídico do instituto, que lhe atribui “força de lei”. Como afirmou CHIOVENDA¹⁴ “a *coisa julgada vale porque é coisa julgada*, porque a lei não permite que se lhe contradiga a autoridade. Não porque se presume representar a verdade dos fatos e a exata aplicação da lei. A sentença obriga, não por força da verdade que contém, mas em virtude de sua própria qualidade autoritária”.

3. O “STATUS” CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA E O ALCANCE DO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Dispõe o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal:

“XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Inegável, portanto, que o instituto da coisa julgada, não obstante disciplinado pela legislação infraconstitucional (artigos 467 a 474 do CPC), goza de *status* constitucional¹⁵, consoante ressaltado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁶ e do Superior Tribunal de Justiça¹⁷, o que, desde logo, demanda que sejam vistas com reservas as lições de doutrinadores estrangeiros, originárias de ordenamentos jurídicos em que o instituto não tem a dignidade que lhe foi conferida pelo nosso texto constitucional¹⁸ ou em que, de forma expressa, atenua-se a sua aplicação por esta ou por aquela razão.

Qual, porém, é o alcance do preceito constitucional?

Para os partidários da “relativização” da coisa julgada a norma demanda interpretação restritiva. Argumenta-se que a proibição seria dirigida ao legislador e não ao juiz, ou, então, que tratar-se-ia de regra de direito intertemporal, que não

13. Cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 1999, p. 273.

14. Cf. NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 1970, p. 263.

15. “O instituto da coisa julgada pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55).

16. STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 329.948-AM – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 20.08.2002 – v.u.

17. Cf. STJ – 5ª Turma – RESP nº 421.181-RN – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 04.02.2003 – v.u.

18. Veja-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA na ADIN (MC) nº 1.718-DF: “Não é um fetichismo em torno da coisa julgada. É que, no sistema brasileiro, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, ao lado da coisa julgada, constituem categorias que se põem entre os direitos e garantias individuais, o que não está em outros países. Em nosso sistema constitucional republicano, sempre se teve para com a coisa julgada, de fato, um respeito muito grande”.

impediria o legislador, respeitados os casos já transitados em julgado, de alterar ou mesmo abolir o instituto. Em resumo, o texto constitucional não protegeria o instituto da coisa julgada (em abstrato), apenas a coisa julgada (em concreto)¹⁹.

E, realmente, deles não se poderia esperar outro entendimento, pois, do contrário, ficaria patente a inconstitucionalidade da tese da “relativização” da coisa julgada.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que normalmente tem sido ignorada ao se abordar o tema, tanto antes²⁰, como após²¹ à promulgação da Constituição Federal de 1988, orienta-se em favor de uma interpretação não literal da garantia constitucional.

Quanto aos destinatários do preceito constitucional, afirmou o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no julgamento do RE nº 117.991-DF²²:

“Não reduzo a dimensão constitucional da coisa julgada à salvaguarda contra a lei, como resultaria da literalidade da disposição da Lei Fundamental.

Ao emprestar alçada constitucional à imunidade da *res judicata* em face da própria lei, a Constituição induz necessariamente à sua proteção contra atos estatais de menor gradação hierárquica no escalonamento da ordem jurídica, qual a sentença”.

No mesmo sentido manifestou-se o Ministro MARCO AURÉLIO, em voto proferido na ADIN (MC) nº 1718-DF²³:

“Entendo que o teor do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal revela, de forma abrangente, até que retirada do mundo jurídico, a eficácia da coisa julgada, e não apenas em relação à lei; revela essa eficácia até que retirada – repito – do campo dos efeitos do mundo jurídico e quanto à atuação do Judiciário”.

Quanto às limitações impostas ao legislador, que não se limitam à proibição da retroatividade, demonstrou o Ministro THOMPSON FLORES, em voto vencedor proferido na Ação Rescisória nº 863-DF²⁴, que a proibição de “prejudicar” a coisa julgada obsta que, por qualquer meio, seja afetada, comprometida ou embaraçada a sua eficácia (no caso, cuidava-se de dispositivo de decreto-lei que, em

19. Cf. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997, p. 84-86.
20. “O STF tem entendido que a ofensa à coisa julgada, proscria pelo art. 153, § 3º, da Constituição, não é só a que promana do legislador, mas igualmente a que vai expressa em decisão judicial, posto que tem a sentença lei nos limites da lide (art. 468 do CPC)” (STF – 2ª Turma – RE nº 112.066-RJ – Rel. Min. Francisco Rezek – j. 24.05.88 – v.u.).
21. “A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido de admitir a alegação de afronta à coisa julgada, por ato jurisdicional, como fundamento de recurso extraordinário por ofensa à Constituição. O desrespeito à autoridade da *res judicata*, cuja intangibilidade é assegurada pelo ordenamento constitucional, também pode emanar de decisão judicial. Precedentes da Corte” (STF – 1ª Turma – RE nº 117.060-MG – Rel. Min. Celso de Mello – j. 18.12.90 – v.u. – RTJ 133/1311).
22. STF – 1ª Turma – RE nº 117.991-DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 04.09.90 – v.u..
23. STF – Tribunal Pleno – ADIN (MC) nº 1.718-DF – Rel. Min. Octavio Gallotti – j. 15.12.97 – m.v.
24. STF – Tribunal Pleno – AR nº 863-DF – Rel. Min. Aducto Cardoso – j. 02.12.70 – m.v.

determinadas hipóteses, atribuía efeito suspensivo à ação rescisória proposta pela Fazenda Pública).

Também encontramos, na doutrina, diversas e respeitáveis vozes favoráveis a uma interpretação menos acanhada da garantia constitucional da coisa julgada.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁵ “na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que *a lei* não a prejudicará (art. 5º, inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *dixit minus quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida”.

Na mesma linha, afirma JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁶ que, sob o singelo enunciado do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição existiria realidade bem mais complexa, resultante da articulação da garantia da coisa julgada com a do devido processo legal, que proibiria a intervenção do Poder Judiciário em casos já julgados, “senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita”.

Aliás, assim também pensava HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁷, antes de aderir à tese da “relativização”.

Como pondera BOTELHO DE MESQUITA²⁸, a norma constitucional em questão, como todas as demais, deve ser interpretada de modo que maior eficácia se lhe dê, até porque, do contrário, caso pudesse o legislador restringir ou abolir o “instituto”, cairia no vazio a garantia constitucional, obtendo-se, por via transversa, o que não pode ser obtido nem mesmo por emenda constitucional (CF, art. 60, § 4º, IV). Por tal razão, “o princípio da intangibilidade da coisa julgada em face dos atos legislativos inclui a intangibilidade da coisa julgada também diante dos atos jurisdicionais, não podendo haver uma sem a outra”.

Na realidade, face ao caráter público do processo, não só os Poderes do Estado, mas também as partes não podem dispor da coisa julgada, embora lhes seja permitido, como ninguém nega, dispor do direito que foi reconhecido pela decisão transitada em julgado. Ainda que a exceção de coisa julgada não seja oposta pela parte a que

25. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 241-242.

26. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 99-100.

27. Cf. “Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 81, jan./mar., 1996, p. 83.

28. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 98-101.

ela aproveitaria, caso o juiz, por qualquer meio, dela tome conhecimento, lhe impõe o ordenamento jurídico a obrigação de, *ex officio*, extinguir o segundo processo sem julgamento de mérito (artigos 267, V e 301, VI c/c § 4º do CPC). Idem ainda que o litigante vitorioso “consinta” com novo julgamento.

4. “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA

Antes de iniciar o exame crítico da chamada “relativização” da coisa julgada, impõe-se, desde logo, ressaltar que a expressão encerra uma impropriedade terminológica, detalhe que não escapou à arguta análise de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁹:

“É que, quando se afirma que algo deve ser “relativizado”, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda “relativizar” o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada”.

É difícil, contudo, acreditar que se trata de mero equívoco. Ao revés, parece que a expressão foi escolhida justamente por transmitir a idéia de que a coisa julgada teria caráter “absoluto”, algo incompatível com uma modernidade³⁰ que exige a relativização de valores e é marcada pela desconstrução de institutos e paradigmas, transformando seus defensores em “radicais” possuídos por algum tipo de “fundamentalismo religioso” (não é coincidência, pois, que freqüentemente se utilizem expressões como *dogma*, *fê* e *sacramental* ao tratar do assunto).

Como demonstrado, a coisa julgada já se encontra “relativizada”³¹. O que se pretende, portanto, é o alargamento da relativização. Mas não um alargamento qualquer. Pretende-se que, em “casos especialíssimos” (só faltava que não o fossem), independentemente da utilização do instrumento previsto em lei (= ação rescisória) e de qualquer limitação temporal, seja possível desconsiderar o que foi decidido por decisão de mérito transitada em julgado.

De início, deve-se indagar qual o propósito da “relativização” da coisa julgada. Por que “relativizar” a coisa julgada? Para CÂNDIDO DINAMARCO³², “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”. Logo, defende-se

29. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 91.

30. É a “modernidade líquida” de que fala OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que “compraz-se em tudo desfazer, “desmanchar” o que fora novidade na véspera, sem que nada permanente seja construído” (Cf. “Coisa julgada relativa?” Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 316, fev., 2004, p. 7).

31. Inclusive pelos limites objetivos e subjetivos que lhe são impostos pelo direito positivo (artigos 469 e 472 do CPC) e por eventual interpretação extensiva, quando cabível, das hipóteses de rescisão.

32. Cf. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 224.

a “relativização” da coisa julgada para corrigir-se injustiças. Seria tal caminho, contudo, apto a obter o resultado desejado? Acreditamos firmemente que não.

Não existe justiça absoluta, a não ser para aqueles que acreditam na justiça divina. A justiça humana é, por definição, relativa. “A falibilidade e limitações humanas não possibilitam a previsão e a efetivação do que é *verdadeiramente justo* em todos os casos concretos”³³. O “justo verdadeiramente justo” pode não se revelar a ninguém.

A falibilidade do processo é projeção da falibilidade humana³⁴.

O que é possível de se obter, e o que, no caso do processo, se obtém, é o justo por convenção:

“O justo *por convenção* é aquilo que é *tido como justo* porque assim se *convencionou*.

Notemos que essa convenção não é uma fantasia do espírito humano. Aquilo que é *tido como justo* é tido como justo por força de uma experiência de vida, após um processo de convivência e de relacionamento humano. Para muitas circunstâncias, a própria vida normal, a própria vida pacífica da sociedade, acaba apontando para o que é *mais conveniente* à ordem na coletividade. Indica os comportamentos que, de modo geral, *devem ser tidos como justos*.

Esta é uma contingência de que os seres humanos, que vivem em sociedade, não se podem livrar. Sem uma *convenção básica* sobre o quê, de modo geral, *deve ser tido como justo*, impossível seria a convivência. Não há quem não entenda que ela é *condição da convivência, condição da sociedade humana*”³⁵.

Não fosse assim e seria inviável exigir-se o respeito às decisões proferidas pelo Estado-juiz³⁶.

É inevitável, portanto, que o direito positivo tolere o risco de que alguma “injustiça” seja praticada e venha a ser cristalizada, caso a decisão passe em julgado, ao se atribuir “igual disciplina, idêntica validade e imutabilidade à sentença revestida de autoridade de coisa julgada, seja ela justa ou injusta”³⁷.

A afirmação pode chocar o leigo, o “homem da rua”, mas não deveria chocar o jurista, pois, em determinadas hipóteses, antes mesmo do trânsito em julgado o

33. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 360.

34. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 142.

35. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 361.

36. “Prevalecesse a teoria substancial da coisa julgada, a simples probabilidade de haver decisão judicial injusta levaria à afirmação de que a própria atividade jurisdicional não deveria ser encarada como legítima” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 190).

37. Cf. GUIMARÃES, Luís Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 21.

sistema processual deixa de se importar se foi feita ou não justiça, como acontece no caso dos recursos especial e extraordinário³⁸. Não se pleiteia ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, que corrija interpretação equivocada de cláusula contratual ou erro na valoração da prova, ainda que se atribua ao erro, ao equívoco, os adjetivos “gritante”, “escandaloso” ou similar.

Aliás, o “homem da rua” pode não compreender as sutilezas do direito processual, mas certamente entenderia o despropósito, por exemplo, de se anular, para que outra fosse disputada, a partida final da Copa do Mundo de 1982 (ou qualquer outra), caso se descobrisse, nos dias de hoje, que o árbitro foi subornado ou que os jogadores da equipe adversária estavam “dopados”. Ou, ainda, de se autorizar, com base em exame de DNA, a alteração da paternidade de pessoa falecida há cinquenta (ou cem, ou duzentos) anos, que também afetaria os descendentes do morto e poderia autorizar a reivindicação de bens que já foram partilhados e eventualmente alienados a terceiros. O homem comum sabe que o passar do tempo solidifica situações (“O que passou, passou”), apesar de sua possível injustiça, e que não pode haver tranqüilidade se o passado e o futuro forem incertos.

Diante de tal premissa, não se pode perder de vista que “o risco de errar é inerente a qualquer processo”³⁹, inclusive aquele em que se pretenda “relativizar” a coisa julgada formada em processo anterior⁴⁰, independentemente da hierarquia do órgão jurisdicional (até o Supremo Tribunal Federal pode errar – às vezes erra por último – e é por tal razão que a Constituição Federal admite a propositura de ação rescisória de seus julgados).

Como ponderou a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Stoll v. Gottlieb*⁴¹, “não há razão para esperar que a segunda decisão será mais satisfatória do que a primeira” (tradução livre).

Portanto, é perfeitamente possível, e, caso o pedido de “relativização” seja apreciado pelo mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão, até mesmo provável, que parte das decisões injustas sejam mantidas, ainda que se conceda ao vencido uma nova oportunidade de impugnação, fora ou além das hipóteses de ação rescisória. Por outro lado, também não se pode afastar a possibilidade de que, a pedido do litigante vencido, sejam reformadas decisões justas.

38. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 82-87.

39. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 142.

40. No caso da chamada “coisa julgada inconstitucional”, por exemplo, os defensores da relativização falam como se a inconstitucionalidade fosse algo evidente e incontestável, de modo a tornar certa a reforma da decisão, quando na verdade “a inconstitucionalidade é construída, mediante um processo de argumentação e de persuasão” (TESHEINER, José Maria. “A coisa julgada inconstitucional – Variações em torno de um texto de Gisele Welsch”. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_coisa_julgada_tex.php>. Acesso em: 27 ago. 2008).

41. 305 U.S. 165 (1938)

Sendo humanamente impossível saber se a primeira hipótese será mais frequente que a segunda, chega-se à conclusão, a nosso ver inafastável, de que a proposta de “relativização” da coisa julgada não garante, quer qualitativamente, quer quantitativamente, uma justiça mais justa.

Troca-se uma justiça possível pelo sonho (que pode se transformar em pesadelo) de uma justiça perfeita, que jamais poderá ser atingida, à custa da segurança jurídica:

“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito. Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira”⁴².

Tampouco nos impressionam os exemplos, confessadamente imaginários, de decisões absurdas, fornecidos pela doutrina como argumento, a nosso ver *ad terrorem*⁴³, em favor da “relativização”: condenação da mulher a carregar o marido nas costas todos os dias, imposição de pena de açoite, sujeição de indivíduo ao regime de escravidão, constituição de direito real não previsto em lei ou declaração de separação de Estado-federado da União.

E a razão é óbvia. Se houver, em nosso país, Juízes de Direito, Desembargadores e Ministros capazes de proferir decisões deste jaez, não é aumentando os meios de impugnação, ordinários ou extraordinários, que se resolverá o problema, o que nos traz à mente a indagação de GOFFREDO TELLES JUNIOR⁴⁴:

“Há leis péssimas, sem dúvida. Mas há juízes péssimos, como todos sabem. A lei péssima pode ser revogada por outra lei. O Povo que faz a lei pode fazer outra lei. Mas quem destituirá os juízes péssimos e vitalícios?”.

Igualmente problemáticas são a tentativa de sistematização dos pressupostos de admissibilidade da “relativização” e as conseqüências da sua aplicação.

Em nossa opinião, a melhor proposta de sistematização já apresentada foi formulada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁵, em estudo já referido, a partir da noção de impossibilidade jurídica do preceito ditado pela sentença⁴⁶.

42. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 501.

43. “Não é correto criar uma regra geral por indução, partindo-se de uma situação absurda” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 588).

44. Cf. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 365.

45. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 241-270. A proposta, porém, é criticada por BARBOSA MOREIRA, com o argumento de que ela tem como premissa a imutabilidade dos efeitos da sentença, tese que não teria sido adotada pelo legislador (artigo 467 do CPC) e que não encontra unanimidade na doutrina (“Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 102).

46. Se bem que, nas hipóteses aventadas, não é difícil perceber que, segundo o direito posto, já seria possível pleitear a rescisão das decisões transitadas em julgado, com arrimo no inciso V do artigo 485 do CPC, embora com o inconveniente da limitação temporal imposta pelo artigo 495.

Ainda que fosse adotado pelo legislador, porém, o critério proposto por DINAMARCO não alcançaria situações que, segundo a doutrina, incluindo o próprio jurista, justificam a “relativização” da coisa julgada, que não são meramente hipotéticas, como revelado pela praxe forense (v.g., fixação de indenização em valores exorbitantes, reconhecimento do *status* de filho a quem não o é, demonstrado o erro por exame de DNA⁴⁷) em que o preceito imunizado não é juridicamente impossível.

Portanto, parece não haver como escapar do casuísmo que ronda a matéria⁴⁸, pois a partir dos casos concretos somente se consegue chegar a expressões de significado fluido, como “grave injustiça” e “erro escandaloso”, que não têm “a consistência necessária para enfrentarem o teste dos anos vindouros”⁴⁹ e portanto não se prestam a justificar a criação de hipóteses de desconsideração da coisa julgada.

Nesse sentido, já afirmou a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Federated Department Stores, Inc. v. Moitie*⁵⁰, ao reformar a decisão de um Tribunal Federal de Apelações que criou uma exceção ao instituto da coisa julgada, que alegações de “justiça básica” e “ordem pública” (expressões que equivalem às acima mencionadas) não autorizam a desconsideração da *res judicata*. Na opinião da maioria, manifestada pelo falecido *Chief Justice* REHNQUIST, “a doutrina da *res judicata* serve interesses públicos vitais, que transcendem a determinação por qualquer juiz em particular da justiça do caso concreto” (tradução livre). Citando precedentes anteriores da Corte, afirmou-se, ainda, que “a ordem publica exige que haja um fim do litígio; que aqueles que litigaram fiquem vinculados ao resultado e que as questões uma vez julgadas sejam consideradas definitivamente resolvidas entre as partes”⁵¹ (tradução livre) e que “o dano causado pelo estabelecimento de um precedente para

47. Mesmo nesse caso, não há garantia de que uma segunda decisão será mais justa: a ciência, no futuro, pode revelar que o exame não era tão confiável, a amostra de DNA pode ter sido trocada, o perito pode ter sido corrompido, etc. Por sua vez, a não realização do exame de DNA em processos mais antigos é fenômeno que tende a desaparecer, e que, portanto, não justifica a “generalização” da relativização da coisa julgada: “É preciso não perder de vista que o problema das sentenças dadas sem base em exames de DNA é transitório, enquanto que o das sentenças privadas da autoridade da coisa julgada é permanente. Em breve, não haverá processo de investigação de paternidade que não inclua a prova pelo DNA, mas haverá sempre a imprescindibilidade da coisa julgada para a sobrevivência das sociedades de homens livre” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “Teste de DNA *versus* autoridade da coisa julgada”. São Paulo, *Revista do IASP*, n. 19, jan./jun., 2007, p. 348).

48. Revelador, segundo a opinião de BOTELHO DE MESQUITA, da “natureza francamente demagógica da opção pela ruptura da intangibilidade da coisa julgada” (“Teste de DNA *versus* autoridade da coisa julgada”. São Paulo, *Revista do IASP*, n. 19, jan./jun., 2007, p. 343).

49. Expressão utilizada pela Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET em voto proferido na Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF.

50. 452 U.S. 394 (1981). Diante dos casos *Moitie* e *Chicot* (a seguir citado) recebemos com reservas, apesar das citações doutrinárias, a afirmação de que “a cultura jurídica anglo-americana não é tão apegada aos rigores da autoridade da coisa julgada como a nossa, de origem romano-germânica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 234).

51. *Baldwin v. Traveling Men's Assn.*, 283 U.S. 522 (1931).

se desconsiderar a salutar doutrina contra a prolongação de litígios seria maior que o benefício que resultaria da eliminação de sofrimentos individuais” (tradução livre)⁵².

E a falta de critérios objetivos, como não poderia deixar de ser, traria inúmeras e graves conseqüências.

Em primeiro lugar, a possibilidade de “relativização” da coisa julgada provocará, inevitavelmente, em todos aqueles que litigaram, que litigam ou que pretendem litigar, dúvida a respeito da imutabilidade das decisões que lhes foram ou poderão vir a ser favoráveis (uma verdadeira espada de Dâmocles), fomentando a insegurança jurídica⁵³, que é “gravíssimo fator perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade pessoal das pessoas ou grupos”⁵⁴.

Aliás, nem mesmo a segunda decisão ficaria a salvo de contestação, permitindo uma espiral de impugnações que se estenderia ao infinito:

“De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim *ad aeternum*, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista” quanto a valores”⁵⁵.

O processo civil se transformaria numa espécie de *Valhalla* judiciário, em que as partes se enfrentariam, em longa e extenuante batalha, até a proclamação do vencedor, para recomeçar o combate, do zero, no dia seguinte. Só que processo sem fim não é processo⁵⁶.

52. *Reed v. Allen*, 286 U.S. 191 (1932).

53. E isso na melhor das hipóteses. Na pior, a “relativização” da coisa julgada poderia levar à sistemática aniquilação dos direitos e garantias individuais (sem a proteção da coisa julgada, como fazer valer o direito adquirido e o ato jurídico perfeito?), em nome dos conceitos de “justiça” e “interesse público” ditados pelos detentores do poder, como já ocorreu na Alemanha nazista. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 92-94; NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 510-511; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 189-190; ZANETTI JÚNIOR, Hermes; e MAZZEI, Rodrigo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 267-268. Certamente não é isso o que pretendem os defensores da relativização, mas não se deve ignorar que a tese a tanto se presta. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 251. O preço da liberdade é a eterna vigilância, como dizia THOMAS JEFFERSON.

54. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 682.

55. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Coisa julgada relativa?” Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 316, fev., 2004, p. 11

56. “Processo é caminho em direção a algo. Supõe que um dia termine” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 118).

Em segundo lugar, não haveria como uniformizar a jurisprudência dos Tribunais locais, pois a questão da “relativização” da coisa julgada, por envolver matéria de fato, não chegaria à apreciação do Superior Tribunal de Justiça⁵⁷ (Súmulas nº 5 e 7).

Estariam comprometidas a estabilidade e a previsibilidade das decisões, pilares do princípio da segurança jurídica.

Outrossim, a mera possibilidade de uma “nova chance” para reverter decisões desfavoráveis acarretaria, inevitavelmente, um aumento do número de ações rescisórias, ações declaratórias ou incidentes defensivos, agravando a já conhecida morosidade do Poder Judiciário e prejudicando a apreciação dos casos ainda não definitivamente julgados.

Por todas essas razões, concordamos com a afirmação de que “um sistema aberto não se concilia com a natureza da coisa julgada material”⁵⁸.

A garantia constitucional da coisa julgada seria mortalmente ferida:

“Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece ou não, o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior”⁵⁹.

Como ponderou CARLOS MAXIMILIANO⁶⁰, não é possível “conter a corrente revolucionária depois de desencadeada”.

Ainda mais se a “relativização” da coisa julgada pudesse ser pleiteada e deferida a qualquer tempo, como se sugere.

A possibilidade de correção de eventuais excessos por meio dos recursos também não é suficiente para evitar tais males. Se ela não serviu para corrigir eventuais erros, antes do trânsito em julgado, por que, agora, haveria de ser diferente?

57. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Coisa julgada relativa?” Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 316, fev., 2004, p. 14.

58. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 30.

59. Cf. ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 4, jul., 2003, p. 13-14.

60. Cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64.

E, se servisse, melhor seria, conceitualmente, antes de desconSIDERAR a coisa julgada, que se ampliassem os recursos e demais meios de impugnação das decisões antes do seu trânsito em julgado⁶¹. É melhor prevenir do que remediar...

Nesse sentido, a tese da “relativização” da coisa julgada revela-se um estranho amálgama de flexibilidade e absolutismo: convive-se pacificamente com a possibilidade de erro decorrente da sua aplicação, mas não com o erro que, supostamente, ela tentaria corrigir, o qual, caso não corrigido, não causaria menos injustiça.

Diante de tantas e tão sérias objeções, sequer se faz necessário avançar no exame de problemas “menores”, como os meios processuais para obter a “relativização” da coisa julgada e a competência para julgá-los, bem apontados por BARBOSA MOREIRA⁶².

Não é necessário. Os argumentos já expendidos demonstram, em nossa opinião, a inviabilidade de “relativização”, de forma ampla (i.e., independentemente da utilização de ação rescisória e a qualquer tempo), da coisa julgada, não obstante seja possível discutir, *de lege ferenda*, a possibilidade de se criar novas hipóteses de rescisão, de se aumentar o prazo para a propositura da ação rescisória ou de se alterar o seu *dies a quo*, enfim, de se facilitar a desconstituição da coisa julgada⁶³.

Enquanto não alterado o Código de Processo Civil⁶⁴ (e, diríamos mais, enquanto não julgada constitucional a alteração pelo Supremo Tribunal Federal), porém, *legem habemus*, não sendo possível ao Poder Judiciário, a fim de corrigir eventuais injustiças, desconSIDERAR a coisa julgada, como ocorreu, por maioria de votos (vencido o Ministro LUIZ FUX), no julgamento do Recurso Especial nº 554.042-RS pelo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. ERRO DA SENTENÇA QUANDO DA DETERMINAÇÃO DO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

61. É evidente que o processo se tornaria ainda mais moroso do que já é, mas se a busca da justiça absoluta é um objetivo irrenunciável (idéia com a qual não concordamos), seria incoerência não aceitar tal sacrifício.
62. Cf. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 106-108.
63. No mesmo sentido: Cf. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 171.
64. Em sentido oposto manifesta-se DINAMARCO, para quem seria indesejável a tipificação em lei das hipóteses de “relativização” (*Nova Era do Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 268). Ousamos divergir do eminente processualista. Especialmente nas hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido julgado procedente, por ele citados, seria de todo conveniente alteração legislativa que negasse às decisões judiciais a autoridade da *res judicata* (à míngua do que as decisões seriam apenas rescindíveis, sujeitando-se ao prazo decadencial do art. 495 do CPC).

1. Desmerece êxito recurso especial desafiado contra acórdão que repeliu alegativa de ofensa à coisa julgada, apoiando decisão monocrática acolhedora de exceção de pré-executividade proposta com o fito de corrigir erro cometido pela sentença quanto à determinação do marco inicial da correção monetária a incidir sobre o valor devido.
2. Não obstante, em decisão anterior já transitada em julgado, se haja definido o termo inicial da correção monetária, não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada principalmente tendo-se em vista o evidente erro cometido pela sentença que determina que a correção seja computada desde a instalação das redes em 1972, havendo o laudo pericial sido elaborado com base em valores de agosto de 1980.
3. O bis in idem perpetrado pela aplicação retroativa da correção monetária aumentou em seis vezes o valor devido, o que não se compadece com o conceito da justa indenização preconizada no texto constitucional, impondo-se inelutável a sua retificação sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado pois se é certo que os expropriados devem receber o pagamento justo, é certo, também, que este deve se pautar segundo os padrões da normalidade e da moralidade. Não se deve esquecer que a correção monetária visa a atualização da moeda e apenas isso. Não se pretende por meio dela a penalização do devedor.
4. Não deve se permitir, em detrimento do erário público, a chancela de incidência de correção monetária dobrada em desacordo com a moral e com o direito. Repito, ambas as partes merecem ampla proteção, o que se afigura palpável no resguardo do princípio da justa indenização. Abriga-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.
5. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da res judicata. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.
6. Recurso especial desprovido.”

A negação da existência da coisa julgada ou, o que é mais grave, a sua descon sideração apesar do reconhecimento da sua existência, bem como a admissão da ação rescisória ou outro meio de impugnação após esgotado o prazo decadencial, representam, inequivocamente, julgamento por equidade (= justiça do caso concreto), que só se admite quando autorizado por lei (artigo 127 do CPC)⁶⁵, com o propósito de conceder à parte supostamente prejudicada um remédio, quando a lei não o contempla.

Ocorre que mesmo nos sistemas jurídicos em que, tradicionalmente, admite-se o julgamento por equidade, como o norte-americano, não existe “nenhum princípio legal ou de equidade que autorize a rejeição do salutar princípio da coisa julgada sob

65. “São excepcionais as autorizações a julgar sem os parâmetros ditados em lei (CPC, art. 127), porque a generalização de julgamentos assim abriria caminho ao arbítrio” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 321).

a invocação de ‘justiça básica’ ou respeito à ‘ordem pública’” (tradução livre)⁶⁶. A equidade deve respeitar o direito (*equity follows the law*).

No mesmo sentido, pede-se licença para citar o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

“Não pode o Juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou de equidade, substituir-se ao legislador para formular de próprio a regra de direito aplicável”⁶⁷.

Do voto do relator, Ministro OSCAR CORRÊA, colhem-se as seguintes lições:

“Que não está o Juiz adstrito à letra da lei, não se nega; que o fundamento moral da aplicação do texto legal não lhe é estranho, não se objeta; que a equidade, os fins sociais, o bem comum devem inspirá-lo, não só se reconhece, de consciência, como se afirma em disposição expressa.

Mas, por outro lado, que o Juiz não se substitui ao legislador e não julga “contra-legal”; que não despreza e descumpra a norma impositiva, é tanto regra jurídica como regra moral: porque *seria imoral que se autorizasse o Juiz a negar aplicação à lei* sob o fundamento moral de que sua consciência a ela se opunha. Estabelecer-se-ia o reino do arbítrio, da vontade de cada um, erigida em juízo soberano. O que equivaleria a não haver juízo que pudesse impor-se a todos” – grifou-se.

Em resumo, como ponderou S. Exa., não é contrariando a lei que se constrói o Direito.

É evidente retrocesso “substituir a lei (vontade geral) pelo juiz (critério individual)”, pois “a evolução realizou-se no sentido inverso, no de sobrepor a vontade coletiva a de um só”⁶⁸.

De fato, em situações semelhantes não existiria justificativa, além do arbítrio (= vontade) do julgador, para que fosse afastada a coisa julgada em caso de “erro escandaloso”, “injustiça superlativa” e expressões semelhantes se a lei não consagra a distinção entre “erro escandaloso” e “erro”, “injustiça superlativa” e “injustiça”, nem erige o “erro escandaloso” ou a “injustiça superlativa” em causas de rescisão⁶⁹.

E o arbítrio deve sempre ser combatido, ainda que proveniente do Poder Judiciário:

“O Poder não fundado na lei, o Poder contra a lei, é o Poder discricionário. É, exatamente, o Poder que a lição da História nos ensinou a odiar, porque é o Poder dos tiranos. É o Poder que aprendemos a odiar, mesmo quando esse Poder esteja nas mãos dos juizes”⁷⁰.

66. *Federated Department Stores, Inc. v. Moitie*, 452 U.S. 394 (1981).

67. STF – 1ª Turma – RE nº 93.701-MG – Rel. Min. Oscar Corrêa – j. 24.09.85 – m.v.

68. Cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64.

69. Em todas as causas de rescisão, quer se trate de *error in iudicando*, quer se trate de *error in procedendo*, há injustiça. Para que seja juridicamente relevante, todavia, a injustiça deve estar tipificada em lei.

70. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 365.

Logo, deve o julgador submeter-se à lei⁷¹, que restringe a possibilidade de desconstituição das decisões transitadas em julgado⁷², o que, como pondera CARLOS MAXIMILIANO⁷³, é útil para o povo e para o juiz:

“Constitui, para este, um vínculo, um grilhão, limite ao seu império; outrora o julgador deliberava de acordo com a sua consciência; a desconfiança popular cobriu-o com a lei; serve esta de couraça, para ele, contra a maledicência, mas também o amarra e imobiliza de modo que lhe não permite o anseio de onipotência”.

Se se levou longe demais a noção de coisa julgada, que se altere e corrija a lei, pois “não é aos tribunais, não é ao Poder Judiciário que se vai pedir justiça, contra a lei”⁷⁴.

5. “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”

Embora também pertença ao tema da “relativização”, a chamada “coisa julgada inconstitucional” merece análise em separado, tanto por sua importância como por permitir, ao contrário das demais hipóteses de decisões “injustas”, um tratamento sistemático.

Neste tópico, principia-se, novamente, com crítica de ordem terminológica, formulada por BARBOSA MOREIRA⁷⁵ contra a expressão “coisa julgada inconstitucional”:

“Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir”.

À semelhança do que já dissemos a respeito da “relativização” da coisa julgada, aqui, novamente, manifestamos nossa opinião de que a escolha da expressão, mais do que mero equívoco, é um pretexto para justificar a desconsideração da coisa julgada.

71. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 319.

72. “O C.P.C. só admite a reabertura da controvérsia, definitivamente resolvida por sentença transitada em julgado, nos casos excepcionais que individualiza, singulariza e especifica, os quais, por sua própria índole, não comportam nenhuma ampliação” (BUZAID, Alfredo. “Da ação rescisória fundada em documento novo”. Porto Alegre, *Ajuris*, n. 24, mar., 1982, p. 39).

73. Cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65.

74. Cf. ATALIBA, Geraldo. “Justiça formal, justiça substancial e traços diferenciais entre ciência das finanças e direito financeiro”. São Paulo, *Revista de Direito Público*, n. 7, p. 205.

75. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 92.

Deveras, não há coisa julgada inconstitucional (é um “falso problema” como afirmou BOTELHO DE MESQUITA), na medida em que inexistente incompatibilidade entre o instituto e o texto constitucional. Ademais, o exame da constitucionalidade, por constituir premissa do julgamento, não faz coisa julgada. Inconstitucional poderá ser a decisão judicial, que considerar constitucional a lei ofensiva da Constituição Federal, jamais a coisa julgada (= imutabilidade), em si mesma considerada. Senão, vejamos.

Sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, não se pode admitir que o juiz, ao apreciar um determinado caso concreto, em que porventura tenha ocorrido erro de fato ou de direito, possa desconsiderar (não se cuida, aqui, da utilização da ação rescisória, observados os requisitos previstos em lei) a coisa julgada, “sacrificando-a” em homenagem a outra garantia, preceito ou princípio constitucional, consoante defendeu o Ministro JOSÉ DELGADO, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 554.402-RS⁷⁶: “De qualquer sorte, os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor da segurança jurídica”.

Não. O julgador não dispõe de tal possibilidade (talvez fosse mais adequado falar em “opção”), porquanto o ordenamento jurídico brasileiro não adotou a teoria de OTTO BACHOF⁷⁷, segundo a qual seria possível estabelecer uma hierarquia entre as normas constitucionais, autorizando, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional originária.

Nesse sentido, veja-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815⁷⁸:

“EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1. e 2. do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face

76. O aresto em referência, contudo, não encerra hipótese de “coisa julgada inconstitucional” em sentido estrito, eis que não envolve a aplicação de lei julgada inconstitucional pelo STF (ou vice-versa), apenas ofensa indireta ou reflexa ao texto constitucional, que sequer daria ensejo à interposição de recurso extraordinário.

77. Cf. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

78. STF – Pleno – ADIN nº 815-DF – Rel. Min. Moreira Alves – j. 28.03.96 – v.u. – RTJ 163/872.

de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido”.

A compatibilização da coisa julgada com outros valores protegidos pelo texto constitucional ou, em sentido amplo, da segurança jurídica com a justiça, é tarefa do Poder Legislativo⁷⁹, que já se desincumbiu deste mister ao prever os recursos e a ação rescisória⁸⁰, como bem ressaltado pelo Ministro MARCO AURÉLIO MELLO em voto proferido na ADIN (MC) nº 1910-DF⁸¹:

“Há valores em jogo. De um lado, o alusivo à segurança jurídica – e aí não caberia agasalhar nem recurso nem ação rescisória – e, de outro, o da busca da justiça. Este último já está contemplado no arcabouço normativo, ao prever os recursos – e temos uma parafernália deles, como se costuma dizer – e, também, em casos excepcionais, que devem continuar excepcionais”.

Por outro lado, também não se justifica o entendimento de que a decisão inconstitucional seria absolutamente nula, não fazendo coisa julgada, permitindo-se, portanto, a sua desconstituição e/ou alteração através de ação rescisória, embargos à execução, ação declaratória ou por simples petição, independentemente do prazo decadencial do artigo 495 do CPC, como defendido, entre outros, por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA⁸².

Senão, vejamos.

A idéia de que a lei inconstitucional é nula (*void*), que fundamenta o entendimento ora refutado, é originária, como todos o sabem, do direito norte-americano⁸³,

-
79. Por tal motivo, também não é o caso de se resolver o suposto conflito mediante a aplicação dos princípios da razoabilidade/proporcionalidade, que apenas poderiam ser úteis para aferir a constitucionalidade da lei ou para compatibilizar leis conflitantes. Ora, não é isso o que ocorre no caso da “relativização”, pois não se sustenta (ao menos por enquanto) que seja inconstitucional estabelecer um rol fechado (*numerus clausus*) de causas de rescisão ou prazo decadencial para a propositura da rescisória nem existe outro preceito legal que pudesse colocar em dúvida a incidência dos artigos 485 e 495 do CPC. Em sentido contrário, defendendo a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1, 8ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 508.
80. “O conflito entre a autoridade da coisa julgada e alguma norma ou princípio constitucional resolve-se pela ação rescisória contra a coisa julgada” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 120).
81. STF – Tribunal Pleno – ADIN (MC) nº 1.910-DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 22.04.99 – v.u.
82. Cf. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 795, jan., 2002, p. 36.
83. Razão pela qual recorremos várias vezes, neste tópico, à jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

podendo ser encontrada nas lições de autores clássicos, como BRYCE⁸⁴, COXE⁸⁵, DICEY⁸⁶ e STORY⁸⁷.

Não obstante se fale em “nulo” e “nulidade”, as conseqüências do reconhecimento da inconstitucionalidade se limitam ao plano da eficácia, como demonstrado na decisão proferida no caso *Chicago I. & L. R. Co. v. Hackett*⁸⁸, em que se ressaltou que a lei inconstitucional é “tão ineficaz como se nunca tivesse sido promulgada” (tradução livre).

Idêntica é, entre nós, a lição de RUI BARBOSA⁸⁹:

“Os tribunais só revogam as sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo Governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir”.

Deveras, como bem afirmou o *Justice SCALIA*⁹⁰, da Suprema Corte dos Estados Unidos, forte na lição do *Chief Justice MARSHALL*, no célebre caso *Marbury v. Madison*⁹¹, “o que o tribunal faz com relação à lei inconstitucional é simplesmente ignorá-la, julgando a causa desconsiderando a lei inconstitucional” (tradução livre).

Ora, no caso da chamada “coisa julgada inconstitucional” ocorre exatamente o contrário: o juiz aplica, no julgamento da lide, lei que deveria ignorar.

A situação, todavia, não é, em substância, diferente de qualquer outra má aplicação da lei (v.g., aplicação de regra sobre competência em ações relativas a representação comercial em caso envolvendo concessão mercantil)⁹².

84. Cf. BRYCE, James. *The American Commonwealth*. v. I. Indianapolis: Liberty Fund, 1995.

85. Cf. COXE, Brinton. *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*. New York, Da Capo Press, 1970.

86. Cf. DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th. ed. Reprint. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

87. Cf. STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Reprint. Durham: Carolina Academic Press, 1987.

88. 228 U.S. 559 (1913)

89. Cf. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003, p. 83.

90. Cf. *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*.

91. 1 Cranch 137, 178 (1803).

92. Idêntico raciocínio aplica-se na hipótese inversa. Qual a distinção entre a não aplicação de lei, sob a alegação de inconstitucionalidade, da sua não aplicação por considerar o juiz, equivocadamente, que a hipótese legal não se aplica à situação fática dos autos ou, simplesmente, por desconhecer o texto legal (já que, apesar do brocardo *iura novit curia*, é perfeitamente possível que o julgador não tenha conhecimento de todas as leis em vigor, ainda que consideremos apenas a legislação federal)? Nenhuma.

A sentença não é nula, mas, apenas, errada⁹³ (*error in iudicando*), como reconheceu a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Rooker v. Fidelity Trust Co.*⁹⁴:

“Se as questões constitucionais mencionadas na petição de fato foram levantadas na causa, era de competência e obrigação dos tribunais estaduais decidi-las; e a decisão, certa ou errada, foi um exercício de jurisdição. Se a decisão foi errada, isso não torna o julgamento nulo, apenas o deixa vulnerável a reforma ou modificação através da interposição tempestiva do recurso apropriado” (tradução livre).

Não se pode cogitar, em tal situação, de nulidade⁹⁵ (e *a fortiori*, de inexistência⁹⁶), muito menos de nulidade que obste a formação da coisa julgada, o que, no direito brasileiro, sequer ocorre apenas na hipótese de falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento⁹⁷.

Pelo contrário, a regra é que, com o trânsito em julgado, considerem-se sanadas eventuais nulidades.⁹⁸

E, nos poucos casos em que a nulidade sobrevive à sentença⁹⁹, previstos no artigo 485 do CPC, permitindo o direito positivo a sua rescisão, o cabimento da ação

93. Cf. TALAMINI, Eduardo. “Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 106, abr./jun., 2002, p. 53.

94. 263 U.S. 413 (1923)

95. Como ressalta OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, citando CALAMANDREI, “para o direito romano, especialmente no período republicano, a possível *injustiça* da sentença não tinha qualquer influência sobre sua validade” (*Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82). Não é novo, destarte, o entendimento ora defendido, segundo o qual, “os erros de direito material não são causa de nulidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 682). No mesmo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55.

96. Sem razão, pois, TERESA ARRUDA ALVIM e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (*O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 43), como demonstrou FLÁVIO LUIZ YARSHELL (*Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 256). O alargamento das hipóteses de inexistência da sentença é apenas um expediente de que se valem os defensores da “relativização” para contornar a sua incompatibilidade com o direito positivo. Ademais, como observou TESHEINER, “a inexistência, se verdadeiramente de inexistência se tratasse, admitiria a desconsideração da decisão por qualquer do povo e, claro, por qualquer juiz, independentemente de ação e, portanto, sem citação da parte adversa, com gravíssima ofensa ao princípio do contraditório” (“A coisa julgada inconstitucional – Variações em torno de um texto de Gisele Welsch”. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_coisa_julgada_tex.php>. Acesso em: 27 ago. 2008).

97. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Falta ou nulidade de citação, vício da sentença e meios de impugnação após o trânsito em julgado”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 41, ago., 2006, p. 21-25.

98. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 602. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras, Bestbook, 2001, p. 142.

99. Não há que se confundir nulidade com rescindibilidade. Dos incisos I a IX do artigo 485, nem todos se referem a decisão nula ou decisão proferida em processo nulo. No caso do inciso VII, aliás, a decisão não só não é nula como, em sentido amplo, não é portadora de nenhum vício, consoante bem observou JOSÉ MARIA TESHEINER (*Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 22). Seria melhor dizer, portanto, que a nulidade, nas hipóteses legais, transforma-se (e não “sobrevive”) com o trânsito em julgado em rescindibilidade.

rescisória pressupõe, precisamente, a existência da coisa julgada¹⁰⁰, pois do contrário não haveria interesse (= necessidade da tutela jurisdicional) na sua propositura.

O caso é de ineficácia, como explicitam os arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, do CPC¹⁰¹.

Logo, não corrigido o erro, em razão da não interposição ou do esgotamento dos recursos, a superioridade do texto constitucional não impede que a sentença faça coisa julgada, consoante afirmou a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*¹⁰², cuja orientação tem sido, ao longo do tempo, reiteradamente afirmada pelo próprio Tribunal e seguida pelos Tribunais Estaduais¹⁰³.

Na oportunidade, afirmou-se que a declaração de inconstitucionalidade da lei então aplicada não obstará a formação da coisa julgada, ressaltando-se que “a existência da lei é um fato que pode ter conseqüências, que não podem ser simplesmente ignoradas” e que “o passado nem sempre pode ser apagado por uma nova decisão judicial” (tradução livre).

No direito brasileiro, idêntica é a orientação do Supremo Tribunal Federal, que em mais de uma oportunidade admitiu que a decisão inconstitucional adquire a autoridade da coisa julgada, a qual, enquanto não julgada procedente eventual ação rescisória, impõe o respeito ao que foi decidido pelo ato jurisdicional:

“EMENTA: - Recurso extraordinário. Embargos à execução de sentença porque baseada a decisão transitada em julgado, em lei posteriormente declarada inconstitucional. A declaração da nulidade da sentença somente é possível via ação rescisória. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário não conhecido” (STF – 1ª Turma – RE nº 86.056-SP – Rel. Min. Rodrigues Alckmin – j. 31.05.77 – v.u.).

“EMENTA: - Reclamação. O cumprimento, em execução, de sentença que, em reclamação trabalhista individual, concedeu benefício com base em cláusula de

100. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 115; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 138.

101. “A hipótese não é de inexistência, nem de nulidade. Tudo se passa no plano da eficácia (inexigibilidade do título)” (TESHEINER, José Maria. “A coisa julgada inconstitucional – Variações em torno de um texto de Gisele Welsch”. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_coisa_julgada_tex.php>. Acesso em: 27 ago. 2008).

102. 308 U.S. 371 (1940). No mesmo sentido: “Uma lei inconstitucional não é absolutamente nula, mas uma realidade na qual as pessoas confiam. Os tribunais reconhecem essa realidade” - *Lemon v. Kurtzman*, 411 U.S. 192 (1973); “A coisa julgada, como conseqüência de um julgamento de mérito, contra o qual não foi interposto recurso, não é afetada pelo fato de que o julgamento tenha sido equivocado ou tenha se embasado em um princípio legal posteriormente revogado em outra demanda” - *Federated Department Stores, Inc. v. Moitie*, 452 U.S. 394 (1981).

103. Cf. Supreme Court of Arkansas, *Boyles v. Boyles*, 268 Ark. 120, 594 S.W.2d 17 (1980), Supreme Court of Oklahoma, *Fitzsimmons v. City of Oklahoma City*, 1942 OK 422.

dissídio coletivo que pendia de julgamento do recurso extraordinário, e sentença que transitou em julgado antes de esta Corte haver declarado a inconstitucionalidade de tal cláusula, não fere a autoridade do acórdão do S.T.F., pois este não está sendo desrespeitado pelo Juízo da execução, que tem o dever de executar a sentença transitada em julgado, mas, simplesmente, não é eficaz com relação a essa execução. Reclamação que se julga improcedente” (STF – Tribunal Pleno – Reclamação nº 148-RS – Rel. Min. Moreira Alves – j. 12.05.83 – v.u.).

Tanto é assim que a jurisprudência do STF tem decidido, reiteradamente, pelo descabimento de reclamação contra decisão transitada em julgado¹⁰⁴, por não ser sucedâneo da ação rescisória eventualmente cabível¹⁰⁵, ainda que para preservação da autoridade de suas decisões, inclusive as proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Nem se alegue, finalmente, que tudo quanto já foi exposto seria aplicável, apenas, à declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso, e não pelo controle concentrado (v.g., ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, etc.). Em primeiro lugar, porque em tal sistema, originário do direito austríaco, segundo a clássica doutrina de KELSEN¹⁰⁶, a lei não é nula, mas anulável, distinção que, inclusive, permitiria o reconhecimento apenas *ex nunc* da inconstitucionalidade, preservando “intocados os efeitos já produzidos”¹⁰⁷, possibilidade que foi recentemente acolhida pelo direito positivo brasileiro (artigo 27 da Lei n. 9.868/99 e artigo 11 da Lei n. 9.882/99)¹⁰⁸ e que favorece a preservação da coisa julgada¹⁰⁹. Em segundo lugar, o fato de o órgão jurisdicional, agindo como “legislador negativo”, extirpar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico, retroativamente e com eficácia *erga omnes*, não altera o fato de que a lei existiu e foi aplicada e de que eventual equívoco na apreciação da sua constitucionalidade integra apenas a fundamentação da decisão transitada em julgado, que não faz coisa julgada, não servindo,

104. STF – Tribunal Pleno – Reclamação nº 2017-PR – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 28.08.2002 – v.u.

105. STF – Tribunal Pleno - Agravo Regimental na Reclamação nº 1109-RJ – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 25.04.2002 – v.u.

106. Cf. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 159.

107. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

108. Relata ALEXANDRE DE MORAES que haveria uma “tendência contemporânea na América Latina de concessão de efeitos *ex nunc* ao controle concentrado de constitucionalidade, em face das inúmeras repercussões fáticas decorrentes de uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo” (*Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 648).

109. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 23. Razão pela qual a aplicação do art. 475-L, § 1º ou do art. 741, parágrafo único, do CPC, pressupõe que o STF tenha atribuído eficácia retroativa à sua decisão, pois do contrário não se justificaria, logicamente, o afastamento da coisa julgada inconstitucional. Cf. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 331; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 533; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 2. 10. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 397.

portanto, para impugnar o dispositivo da sentença ou acórdão, do qual não consta declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei que pudesse ser confrontada com a decisão do STF¹¹⁰, até porque esta tem por objeto apenas a lei ou ato normativo em causa¹¹¹ e não outros atos, como as decisões judiciais já proferidas.

Em resumo, a declaração de inconstitucionalidade não impede a formação nem implica a desconstituição da autoridade da coisa julgada¹¹².

O entendimento ora defendido, entretanto, não equivale a se negar, peremptoriamente, a possibilidade de, pelo meio legalmente previsto (= ação rescisória), desconstituir decisões judiciais transitadas em julgado nas quais, erroneamente, tenha se considerado constitucional lei inconstitucional (ou vice-versa), o que somente ocorreria se houvesse expressa disposição constitucional a respeito¹¹³.

Uma vez declarada¹¹⁴, pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade¹¹⁵ de uma lei, quer pelo controle difuso, quer pelo controle concentrado de constitu-

110. Em outras palavras: “A decisão transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula -, mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 21).

111. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 113.

112. Cf. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 147; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 252-253; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 280. É original a posição de TEORI ALBINO ZAVASCKI: a decisão proferida em sede de controle concentrado não desconstitui a decisão transitada em julgado com ela conflitante, mas inibirá os seus efeitos, se se tratar de relação jurídica de prestação continuada (*Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 56-57). A solução, *data venia*, não convence, porque, entre outras razões, é da natureza da coisa julgada projetar efeitos para o futuro.

113. Como a constante do artigo 161, “1”, “a”, da Constituição Espanhola: “A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com força de lei, afetará a sua interpretação pelos Tribunais, mas as decisões anteriormente proferidas não perderão a qualidade de coisa julgada” (tradução livre).

114. Na realidade, a propositura da ação rescisória, sob a alegação de equívoco do órgão jurisdicional quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, independe, a rigor, da existência de prévia decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito (cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 111), pois a conformidade ou desconformidade do ato legislativo é contemporânea ao seu nascimento: “Uma lei é ilegal ou inconstitucional por força de sua própria condição, e porque assim ela se apresenta e revela. Aos Tribunais compete, nos casos em que isto é necessário, apenas declarar a ilegalidade e a inconstitucionalidade. O que não lhes compete é criá-las” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 173). Por idêntica razão, o prazo para a propositura da ação rescisória deverá ser contado da data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, como determina a lei (*legem habemus*), e não da data de eventual decisão do STF. A existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, porém, não é juridicamente irrelevante, pois poderá fundamentar, caso também presente o requisito do *periculum in mora*, a suspensão da eficácia da decisão rescindenda, a título de antecipação de tutela ou em sede de medida cautelar inominada.

115. A ação rescisória será cabível, ainda, caso a decisão de mérito tenha declarado, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de lei, posteriormente considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (em sede de recurso extraordinário ou ação direta), embora, no caso, a violação não seja da Constituição,

cionalidade, resta evidente que qualquer decisão judicial que, julgando o mérito da causa, a tenha aplicado, contrariou preceito da Constituição Federal, sujeitando-se, assim, a ser desconstituída por meio de ação rescisória, com fundamento no artigo 495, V, do CPC, o qual, segundo leciona a melhor doutrina¹¹⁶, engloba também a violação da lei constitucional.

É a clássica lição de ALFREDO BUZAID¹¹⁷, que ora reproduzimos:

“Declarada a inconstitucionalidade, o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; ou, em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula. Portanto, todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória”.

Deveras, a aplicação “retroativa” das decisões do Supremo Tribunal Federal, para desconstituir decisões proferidas em época em que talvez não se cogitasse da inconstitucionalidade da lei ou até mesmo em que fosse outro o entendimento do STF¹¹⁸, com o devido respeito àqueles que têm entendimento contrário¹¹⁹, é a única compatível com o princípio da supremacia do texto constitucional, como já reconheceu o próprio Tribunal:

“A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”¹²⁰.

No direito comparado, idêntica posição foi adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*¹²¹.

e sim da própria lei, que indevidamente deixou de ser aplicada no julgamento da lide. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 54.

116. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 129.

117. Cf. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 137-138.

118. Não se pode ignorar que a jurisprudência do STF orientou-se, recentemente, no sentido de que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade não condicionam a atuação do próprio STF, limitando apenas os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo (STF – Tribunal Pleno – Questão de Ordem na ADIN nº 2.777-SP – Rel. Min. Cezar Peluso – j. 27.11.2003 – v.u.).

119. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 8, mai., 1996, p. 9-20; MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 21; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 357-375.

120. STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 328.812-AM – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 10.12.2002 – v.u.

121. 514 U.S. 749 (1995). Durante décadas, predominou na Suprema Corte dos Estados Unidos a opinião de que a retroatividade não é exigida nem proibida pela Constituição, tanto em casos civis como criminais,

Realmente, não há como, do ponto de vista lógico, sustentar outra alternativa, como demonstrou o *Justice* HARLAN, em voto divergente proferido no caso *Desist v. United States*¹²²:

“Se uma ‘nova’ doutrina constitucional é verdadeiramente correta, nós não devemos reformar as decisões dos tribunais inferiores que a aceitaram; tampouco devemos manter aquelas que rejeitaram precisamente os argumentos que nós adotamos” (tradução livre).

Em se tratando de questão constitucional¹²³, destarte, é inaplicável o enunciado da Súmula nº 343 do STF, consoante já afirmou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta eg. Corte pacificou entendimento no sentido de afastar a aplicação da Súmula 343/STF, autorizando o processamento da ação rescisória quando se tratar de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, pelo STF, do dispositivo legal aplicado ou afastado pelo acórdão rescindendo”(STJ – Corte Especial - Agravo Regimental dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 115.316-DF – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – j. 16.06.03 – v.u.).

Além disso, vedar a possibilidade de novo julgamento das causas transitadas em julgado, via ação rescisória, para que prevaleça o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de questão constitucional implica, como sustentado pelo *Justice* WHITE no voto divergente proferido no caso *United States v. Johnson*¹²⁴, “dar tratamento diferenciado a indivíduos em situação similar” (tradução livre), em violação ao princípio da isonomia¹²⁵, de que somente se poderia cogitar em caso de expressa previsão constitucional.

envolvendo ou não matéria constitucional, razão pela qual deveria ser decidido caso a caso se o entendimento do Tribunal poderia ser aplicado aos casos já julgados, ainda sujeitos a impugnação, prevalecendo, em muitas oportunidades, o veto à retroatividade. Cf. *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971); *Cipriano v. City of Houma*, 395 U.S. 701 (1969). Tal solução, que tinha o propósito de evitar injustiças (notadamente nos casos em que uma decisão se afastava dos precedentes até então existentes, nos quais as partes poderiam ter baseado suas condutas), produziu, ela própria, resultados injustos, sob o aspecto da isonomia, e, no entender de alguns membros do Tribunal, “inconsistentes”. Por tal razão, com o passar do tempo adotou-se a regra da retroatividade, primeiro na esfera criminal (*Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987)) e depois na esfera civil (*Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993)).

122. 394 U.S. 244 (1969)

123. Segundo entendemos, o enunciado sumular deveria ser considerado revogado, deixando de ser aplicado também em matéria infraconstitucional, por afrontar, como se verá a seguir, o princípio da isonomia. Ademais, a coexistência de mais de uma interpretação em matéria de direito federal atenta contra a função, atribuída pela Constituição Federal ao Superior de Tribunal de Justiça, de uniformizar a aplicação do direito em todo o território nacional.

124. 457 U.S. 537 (1982)

125. Cf. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997, p. 109-110; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 59. Em sentido contrário: Cf. VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 166. Não se trata, contudo, de fundamentar a ação rescisória na alegação de violação ao princípio da isonomia, como pretendeu DINAMARCO (*Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 259-260).

Haveria, na hipótese, uma inaceitável “aplicação seletiva” do direito¹²⁶, para utilizar expressão do direito norte-americano¹²⁷.

Não se olvide, porém, que a possibilidade de desconstituição das decisões inconstitucionais, através da ação rescisória, como em qualquer das demais hipóteses de rescisão, sujeita-se a prazo decadencial (artigo 495 do CPC), findo o qual a coisa julgada transforma-se em coisa soberanamente julgada, tornando-se invulnerável a qualquer meio de impugnação¹²⁸.

De fato, não se justifica outra solução¹²⁹, pois do contrário permitir-se-ia a contestação da decisão transitada em julgado a qualquer tempo, décadas ou séculos após o trânsito em julgado da decisão, não faltando bons argumentos para se obstar tal possibilidade.

Em primeiro lugar porque, por maior que seja a injustiça decorrente da violação do texto constitucional, apenas a parte prejudicada é afetada pela decisão¹³⁰, justificando-se, portanto, em nome da segurança jurídica, que se lhe atribua o ônus de pleitear a sua rescisão dentro do prazo fixado em lei, após o qual deixa de interessar à ordem pública eventual injustiça¹³¹, ainda que, no caso, resulte da má aplicação ou interpretação do texto constitucional. Transcorrido *in albis* o prazo legal, não pode

Se assim fosse, atender-se-ia à isonomia, no exemplo proposto pelo autor, quer negando, quer concedendo a todos os servidores públicos de determinada categoria (o Estado, certamente, preferiria negar), os benefícios que, anteriormente, foram concedidos a uns e negados a outros, independentemente de se indagar se o texto constitucional autorizava ou não a concessão.

126. É o que propõem, a nosso ver, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, em versão mais recente de seu estudo (In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 77-126), ao sustentar que a declaração de inconstitucionalidade afetaria apenas as decisões transitadas em julgado que lhe fossem posteriores, as quais poderiam ter a sua validade impugnada por qualquer meio e a qualquer tempo, mas não as anteriores, que deveriam ser preservadas em homenagem à segurança jurídica. Ora, a inconstitucionalidade, tanto, em um como noutro caso, é a mesma e já existia antes do julgamento da questão constitucional pelo STF. Se, apesar da inconstitucionalidade, deve-se proteger a coisa julgada, melhor seria submeter a possibilidade de desconstituição da decisão a prazo decadencial, mediante o emprego da ação rescisória, conforme ora proposto, obtendo uma “segurança com conteúdo”, para utilizar expressão cunhada por TERESA ARRUDA ALWIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (*O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 71).

127. *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993).

128. É o *point of no return* de que fala BARBOSA MOREIRA: “Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso” (“Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 97).

129. “O estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade de jurisdição” (MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 26).

130. É ingenuidade imaginar que a parte prejudicada pleiteie a revisão do julgado no interesse de que o texto constitucional prevaleça sobre a lei inconstitucional. O que lhe interessa é a inversão do resultado do julgamento, para que lhe seja concedido o “bem da vida” anteriormente negado.

131. “Não interessa à ordem pública, porém, somente à ordem privada, a injustiça ao direito subjetivo da parte” (STF – 1ª Turma – RE nº 21.596-SP – Rel. Min. Ribeiro da Costa – j. 06.11.52 – v.u.).

a parte prejudicada acusar as leis e os juízes por seu infortúnio, imputável apenas à sua ignorância, negligência, imprudência, imperícia ou dolo¹³².

Em segundo lugar porque, como se afirmou no caso *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*¹³³, embora a aplicação retroativa do entendimento da Suprema Corte a respeito de questões constitucionais seja exigida pelo princípio da isonomia, como já mencionado, “o argumento em favor da uniformidade perde força com o passar do tempo” (tradução livre).

Se o ordenamento jurídico, a fim de evitar a eternização das demandas, limita o número de recursos cabíveis contra as decisões proferidas no processo e estabelece prazos preclusivos para a sua interposição, também deve haver uma limitação temporal (que já foi definida pelo legislador) para a propositura da ação rescisória (ou remédio assemelhado), pois, do contrário, seriam inúteis (ou quase) as primeiras medidas.

Por fim, merece ser ressaltado que é manifestamente descabida a analogia traçada por certos autores entre a ação rescisória fundada em inconstitucionalidade e a impugnação ou embargos à execução fundados em falta ou vício de citação, vez que diferente a eficácia de cada um: nos embargos desconstitui-se apenas a eficácia executiva da sentença, enquanto que na rescisória a desconstituição é da própria sentença (o que torna necessário o juízo rescisório)¹³⁴.

6. TENTATIVAS DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA¹³⁵

6.1. Ampliação das hipóteses de rescisão das decisões com trânsito em julgado

Como ressaltado anteriormente, o instituto da coisa julgada já se encontra “relativizado” pela previsão, no Código de Processo Civil e em leis extravagantes (v.g., art. 22, I, “j”, do Código Eleitoral), de hipóteses de rescisão das decisões de mérito transitadas em julgado, à semelhança do que ocorria sob à égide do CPC/39, dos Códigos de Processo dos Estados e das leis que os precederam, não se podendo cogitar, portanto, de inconstitucionalidade do CPC pelo simples fato de se ter instituído a

132. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. São Paulo: Forense, 2004, p. 121.

133. 501 U.S. 529 (1991)

134. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Falta ou nulidade de citação, vício da sentença e meios de impugnação após o trânsito em julgado”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 41, ago., 2006, p. 25-27.

135. Examinam-se, neste tópico, apenas e tão-somente as tentativas de “relativização” da coisa julgada mediante lei ou medida provisória, isto é, por iniciativa dos Poderes Legislativo ou Executivo, aos quais a Constituição Federal atribuiu competência para inovar na ordem jurídica. A “relativização” da coisa julgada por órgãos do Poder Judiciário, sem autorização legal, representa, como já salientado, violação do postulado constitucional da reserva de lei e usurpação das atribuições do Congresso Nacional, merecendo, portanto, apenas o nosso repúdio: “A sentença `contra legem` é uma violação da lei, praticada deliberadamente pelo juiz. É ato ilícito” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2.001, p. 365).

ação rescisória¹³⁶. Não se pode estender a tal ponto a eficácia do preceito constitucional, até porque o próprio texto constitucional pressupõe a existência do instituto (artigos 102, I, “j”, 105, I, “e” 108, I, “b”).

Não se ignora, outrossim, que em razão de critérios políticos, escolhidos pelo Poder Legislativo, podem variar no tempo¹³⁷ e no espaço as causas de rescisão, como ponderou o Ministro NELSON JOBIM em voto proferido na ADIN (MC) nº 1.910-DF:

“O fato é que as causas de rescisória não nasceram completas, vão aparecendo à medida em que as coisas vão sendo verificadas e, evidentemente, identificadas.

Não vejo problema algum que, na experiência de determinado povo, se identifique certas circunstâncias que, nos juízos políticos dos órgãos competentes do processo democrático, entenda-se como causa para desconstituí-lo”.

Por isso mesmo, respondendo a indagação formulada pelo Ministro MOREIRA ALVES na ADIN (MC) 1910-DF, também se reconhece que em tese o legislador pode estabelecer novas causas de rescisão de sentença, o que, aliás, ocorreu com a promulgação do Código Buzaid¹³⁸, mitigando a coisa julgada.

No entanto, para mitigar-se o instituto da coisa julgada é preciso haver razoabilidade, como afirmaram os Ministros MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO no julgamento da ADIN (MC) nº 1.910-DF.

E razoabilidade, no caso, significa, como bem colocado pelo Ministro MOREIRA ALVES em voto proferido na ADIN (MC) nº 1.459-DF¹³⁹, que a causa da rescisão seja compatível com a natureza da ação rescisória, ou, em outras palavras, que não seja um caso puro e simples de novo julgamento da lide, de eliminação de eventual injustiça da decisão, pois, do contrário, a parte perdedora, sempre insatisfeita e se julgando injustiçada, lograria propor nova ação mascarada de rescisória.

Não é por outra razão que o CPC/39 dispunha, em seu artigo 800, que “a injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória”.

Veja-se que mesmo na hipótese do inciso VII do artigo 485 do CPC, a qual, a nosso, ver autoriza a rescisão de decisão “injusta”, não se cuida de simples rediscussão da causa, pois o juízo rescindendo resulta da apresentação de documento novo,

136. STF – Tribunal Pleno – ADIN nº 1.459-DF – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 17.03.99 – v.u.

137. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15.

138. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 103; MIRANDA, Pontes. *Tratado da Ação Rescisória*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p.59. Em compensação, o prazo foi reduzido de cinco para dois anos.

139. STF – Tribunal Pleno – ADIN (MC) nº 1.459-DF – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 30.05.96 – v.u.

que não foi objeto de apreciação no julgamento anterior, por si só apto a assegurar pronunciamento favorável ao autor da rescisória (= documento decisivo).

Diante de tais ponderações, não causa a menor perplexidade que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIN's nº 1.753-DF (MC) e 1.910-DF (MC) tenha considerado inconstitucional¹⁴⁰ a criação, pelas Medidas Provisórias nº 1.577-6/97 e 1.703/98 (e respectivas reedições), de nova causa de rescisão, assim redigida:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

X – a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial”.

Com efeito, a ação rescisória, na espécie, criava apenas uma possibilidade de se rediscutir aquilo que já fora discutido e decidido, com a circunstância agravante de que nas ações expropriatórias a controvérsia se restringe à determinação do valor do imóvel, como bem ponderou, durante o julgamento, o Ministro ILMAR GALVÃO.

Sempre que algo assim ocorrer, pretendendo o legislador criar mais um recurso sob o rótulo de “ação rescisória”, inconstitucional será a alteração.

6.2. Arguição da inconstitucionalidade da decisão em impugnação (art. 475-L, § 1º, do CPC) ou embargos à execução (art. 741, Parágrafo único, do CPC)

Trata-se de novidade introduzida em nosso direito pela Medida Provisória nº 2.180-25¹⁴¹, de 24.08.01, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 741 do CPC (c/ redação da Lei nº 8.953/94), assim redigido:

“Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

O instituto foi mantido pela Lei nº 11.232/2005, que reformou a execução dos títulos judiciais, permitindo-se a alegação da inexigibilidade do título em sede de impugnação de sentença (art. 475-L, § 1º) ou nos embargos à execução manejados pela Fazenda Pública (art. 741, parágrafo único).

140. Diante da qual, salvo melhor juízo, reputamos superados os precedentes do STF admitindo a revisão dos valores de indenização fixados em decisão transitada em julgado, mencionados por DINAMARCO. Cf. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 227-228.

141. A constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-25 é objeto da ADIN nº 2.418-3 (Rel. Min. Cezar Peluso), pendente de julgamento pelo STF, tendo a Procuradoria Geral da República apresentado parecer pela declaração da inconstitucionalidade do (então) art. 741, parágrafo único, do CPC.

Para alguns doutrinadores essa possibilidade de desconsideração da coisa julgada seria constitucional, para outros manifestamente inconstitucional ou de duvidosa constitucionalidade. É o que nos propomos a verificar.

Em primeiro lugar, o tema suscita discussão a respeito da possibilidade (e dos limites) de a lei suspender os efeitos (no caso, a eficácia executiva) de decisão revestida da autoridade da coisa julgada.

Escrevendo a respeito da ação rescisória, que por lei não tem efeito suspensivo¹⁴² (ressalvada a possibilidade *excepcional* de suspensão dos efeitos da decisão por meio de medida cautelar ou antecipatória, recentemente autorizada pela parte final do art. 489 do CPC) negava PONTES DE MIRANDA¹⁴³ tal possibilidade:

“No direito processual civil brasileiro seria, não só desacertado, mas repelível, que se atribuísse à propositura da ação rescisória efeito suspensivo. Seria baixá-la à categoria de recurso, ou algo de mistura”.

Em situação assemelhada, envolvendo a previsão, por lei, da concessão de efeito suspensivo à ação rescisória por meio de medida cautelar, assim se pronunciou o Ministro NÉRI DA SILVEIRA:

“Tenho minhas dúvidas, inclusive que a lei possa na espécie, dispor, pois conduziria a prejudicar a coisa julgada. Esta pode ser rescindida, sem dúvida nenhuma, e o título jurídico que dela decorre pode ser nulificado, tornar-se insubsistente, mas no momento em que houver uma decisão que, transita em julgado na ação rescisória, que é o instrumento próprio, acabe por fulminar a coisa julgada anterior”¹⁴⁴.

Ainda no mesmo julgamento, manifestou-se, em termos semelhantes, o Ministro MARCO AURÉLIO.

A maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, contudo, considerou que tal possibilidade não ofendia, *primo icto oculi*, a garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada.

Na primeira oportunidade em que enfrentamos o tema, afirmamos que o julgamento proferido na ADIN (MC) nº 1.718-DF, não servia de parâmetro para o exame da constitucionalidade do dispositivo introduzido pela MP nº 2.180-35/2001, vez que, por força do artigo 739, §, 1º, do CPC (antes da Lei nº 11.382/2006), os embargos à execução fundados em inconstitucionalidade *lato sensu* teriam, automaticamente (*ex vi legis*), efeito suspensivo.

142. “A eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 177).

143. Cf. *Tratado da Ação Rescisória*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 489.

144. STF – Tribunal Pleno – ADIN (MC) nº 1.718-DF – Rel. Min. Octavio Gallotti – j. 15.12.97 – m.v.

Nessa situação, seria evidente a ofensa à coisa julgada, como já decidira o STF ao julgar o mérito da ADIN nº 1.459-DF¹⁴⁵ (efeito suspensivo “automático” em caso de ação rescisória em matéria eleitoral).

As Leis nºs 11.232/2005 e 11.382/2006, porém, tornaram superado este argumento, vez que atualmente nem a impugnação nem os embargos têm efeito suspensivo automático (art. 475-M, “caput” e 739-A, “caput”, do CPC).

Não obstante, um problema permanece. Aparentemente a inovação teve o propósito de permitir a arguição de eventual inconstitucionalidade contida na decisão transitada em julgado a qualquer tempo, o que somente seria juridicamente possível se ela fosse inexistente, o que já se demonstrou não ser o entendimento correto. A hipótese é (seria) de rescisão. Ora, esgotado o prazo para a propositura da rescisória, inviabilizada a desconstituição da decisão, como cogitar de suspensão dos seus efeitos? Como obter-se o menos, se é vedado o mais?¹⁴⁶ Continuamos entendendo, portanto, que ou se interpreta o art. 475-L, § 1º e o art. 741, parágrafo único, do CPC em conjunto com o artigo 495, vedando a apresentação de impugnação ou embargos após o decurso do prazo decadencial de 2 (dois) anos ou se reconhece a sua inconstitucionalidade por atentar contra a garantia constitucional da coisa julgada¹⁴⁷.

Por fim, a alteração também pode ser criticada no tocante ao remédio jurídico escolhido pelo legislador, vez que os embargos à execução, à semelhança do que ocorre na hipótese do artigo 475-L, I e do art. 741, I, do CPC¹⁴⁸ e ao contrário do que ocorreria em caso de propositura de ação rescisória com fundamento no artigo 485, V, do CPC, não permitem um novo julgamento da causa (juízo rescisório), uma vez afastada a causa de rescisão¹⁴⁹, mas apenas a desconstituição da eficácia

145. STF – Tribunal Pleno – ADIN nº 1.459-DF – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 17.03.99 – v.u.

146. “Esta hipótese de ‘inexigibilidade de título’, tal qual criada, é – ao menos é o que o *texto* da lei quer – mais poderosa que qualquer ação rescisória jamais concebida pelo direito nacional” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111).

147. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 533; FUX, Luiz. “Impugnação ao cumprimento de sentença”. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos *et alii* (Coord.). *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 209. “Um fato pretérito consolidado e estável juridicamente não pode ser apagado para o futuro. Muito menos quando todos os seus efeitos já tenham sido sentidos na ordem prática” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111).

148. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107; CASTRO, Amílcar de. *Do Procedimento de Execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 299; MIRANDA, Pontes. *Tratado da Ação Rescisória*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 99.

149. Mesmo os autores favoráveis a essa possibilidade reconhecem que a precariedade com o instituto foi disciplinado cria determinadas dificuldades práticas (qual o juízo competente? é o caso de reabertura pura e simples da fase de conhecimento na própria fase de execução?) para que a causa seja reapreciada. Cf.

executiva¹⁵⁰ da decisão condenatória (e conseqüentemente a sua qualificação como título executivo). Como afirma ARAKEN DE ASSIS¹⁵¹, o provimento não reabrirá o processo extinto, limitando-se a tornar inadmissível a execução. Em outras palavras, a impugnação e os embargos não têm eficácia rescisória¹⁵², apenas inibem os efeitos da decisão condenatória¹⁵³.

Ora, se a decisão encontra-se viciada, melhor seria que se procedesse a novo julgamento, para extirpar o vício, inclusive porque não se pode previamente excluir a possibilidade de que nova decisão favorável ao impugnado/embargado venha a ser proferida, com base apenas na aplicação de normas infraconstitucionais¹⁵⁴.

Outrossim, embora não haja novo julgamento da lide, o julgador, normalmente de primeiro grau de jurisdição, examinará a correção ou incorreção¹⁵⁵, do ponto de vista da conformidade com a CF, da decisão exequenda, a qual, no mais das vezes, terá sido proferida por órgão jurisdicional hierarquicamente superior, o que, segundo entendemos, com apoio doutrinário¹⁵⁶, contraria implicitamente o texto constitucional (veja-se que o problema sequer poderia ser corrigido, eficazmente, por lei que atribuísse tal competência ao órgão prolator da decisão, pois resultaria no alarga-

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 535. A “omissão”, no entanto, a nós parece evidência de que não foi esse o propósito do legislador.

150. Humberto Theodoro Júnior fala em “efeito inibitório da execução”. Cf. “Sentença Inconstitucional: Nulidade, Inexistência, Rescindibilidade”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 63, jun., 2008, p. 51.
151. Cf. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 330.
152. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA chegam à mesma conclusão, partindo, porém, de premissa que reputamos equivocada: a inexistência da sentença (*O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 73). Para FLÁVIO LUIZ YARSHELL a decisão teria eficácia constitutiva negativa da decisão transitada em julgado e, apesar do *nomen juris* (embargos), tratar-se-ia, na realidade de ação rescisória (*Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 258). É a visão da rescisória como ação típica (cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 75), com a qual não concordamos, embora admitamos que a identidade de finalidade (= impugnação de decisão transitada em julgado) tenda a assemelhar os remédios jurídicos eventualmente criados pelo legislador. Para EDUARDO TALAMINI a decisão tem efeito desconstitutivo, permitindo novo julgamento da causa, mas os embargos à execução não se confundem com a ação rescisória (“Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 106, abr./jun., 2002, p. 63-64).
153. Cf. ARMELIN, Donald. “Flexibilização da coisa julgada”. São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, número especial, jan./dez., 2003, p. 54; ZANETTI JÚNIOR, Hermes; e MAZZEI, Rodrigo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 254-255.
154. Cf. TALAMINI, Eduardo. “Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 106, abr./jun., 2002, p. 69.
155. O que não ocorre na hipótese dos artigos 475-L, I e 741, I, do CPC. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, jan., 2005, p. 107.
156. Cf. Dxxxxxx

mento da competência dos Tribunais, especialmente do STF e do STJ, rigidamente estabelecida pela CF¹⁵⁷).

Mas não é só. Como o instituto volta-se apenas contra as sentenças condenatórias (= título executivo), permaneceria intocada a eficácia das sentenças declaratórias e constitutivas¹⁵⁸, que mereceriam, em homenagem aos princípios da supremacia constitucional e da isonomia, antes referidos, idêntico tratamento legal.

Por tais razões, ratificamos a afirmação de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais.

7. CONCLUSÃO

No presente estudo procuramos demonstrar, tendo como premissas, de um lado, o fundamento político e a função da coisa julgada, e de outro o *status* constitucional do instituto, incluído entre os direitos e garantias constitucionais, a impossibilidade de aceitação da tese da “relativização” da coisa julgada, que defende, fora das hipóteses de ação rescisória e independentemente de prazo, a impugnação e/ou descon sideração das decisões de mérito transitadas em julgado, especialmente à míngua de expressa previsão legal. Discorreremos, ainda, sobre a chamada “coisa julgada inconstitucional” e o meio (= ação rescisória) pelo qual se pode obter a desconstituição da decisão definitiva que interpretou incorretamente o texto constitucional, que não é inexistente nem nula. Por fim, examinamos as mais recentes tentativas de mitigação da coisa julgada, concluindo pela sua inconstitucionalidade.

157. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 258.

158. Cf. ARMELIN, Donaldo. “Flexibilização da coisa julgada”. São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, número especial, jan./dez., 2003, p. 55.

CAPÍTULO IX
**UMA ARQUEOLOGIA DAS CIÊNCIAS
DOGMÁTICAS DO PROCESSO**

*Eduardo José da Fonseca Costa**

Sumário • 1. Introdução – 2. Analítica Processual Civil – 3. A Hermenêutica Processual Civil – 4. A Pragmática Processual Civil – 5. A Pragmática Processual Construtiva – 6. A Pragmática Processual Compreensiva – 7. A Pragmática Processual Acional – 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A comunidade jurídica tem assistido perplexa às sucessivas reformas legislativas impingidas ao CPC de 1973. Por meio delas, a coerência sistêmica originária desenhada por Alfredo Buzaid tem se esvaído. Todavia, o legislador não tem atuado sem motivo: o apuro técnico do Código não foi bastante para protegê-lo dos baixos níveis de eficiência e efetividade aos quais estava fadado. O tempo a tudo corrói e o CPC tornou-se uma lei carcomida por seu próprio descompasso. Todo texto de lei envelhece e contra esse fado não há elixires. Porém, ao longo dos séculos, a Ciência Dogmática do Direito descobriu em si um potencial rejuvenescedor, capaz de prolongar o tempo de vida útil de textos de direito positivo. Se nos primórdios a Ciência Jurídica acreditava ser o direito mero *dado textual* a ser explicado (função epistemológico-declarativa), hoje já se sabe que o direito é um *construído significativo*, resultado da própria elaboração lingüístico-dogmática dos textos normativos (função epistemológico-constitutiva). Essa constatação possibilita aos juristas a *oxigenação* de diplomas antigos, sem reescrever-se a literalidade de um único dispositivo. A partir da mesma base textual, o trabalho jurídico-dogmático encarrega-se de reformar sucessivamente sistemas jurídico-positivos inteiros, ora atualizando-os à luz dos novos valores, ora readequando-os aos novos contornos sociais, ora harmonizando-os com normas recentemente imersas no ordenamento. Não se nega que todo esse labor criativo atinge um limite: há um ponto em que os textos normativos não se flexibilizam mais e a reforma da lei se mostra inevitável. Contudo, o apelo ao legislador transforma-se em *ultima ratio*: é preferível a evolução por debates científicos (lenta, porém segura) à reforma pelos desatinos parlamentares (rápida, mas confusa). Daí

* Especialista e Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. E-mails: eduardojfcosta@hotmail.com; eduardo-jfcosta@jfrn.gov.br

por que a alteração constante de leis de determinado ramo do direito às vezes se mostra como um indicativo do baixo grau evolutivo da respectiva dogmática jurídica.

No que diz respeito ao Direito Processual Civil, especificamente, esse indicativo é forte. A bem da verdade, a ciência processual civil desenvolvida no Brasil é dotada de uma invejável capacidade *analítica* para elaboração de conceitos, definições, distinções, classificações e sistematizações (provavelmente em razão do apego ao legado doutrinal deixado por Liebman, Carnelutti, Calamandrei e Chiovenda, os campeões olímpicos da Analítica Processual Civil). Entretanto, a ciência do processo brasileira jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de *hermenêutica jurídica*. Ademais, ainda engatinha na arte *pragmática* de desvencilhar-se (sem culpa) de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam uma maior praticidade de resultados. Por isto, os textos de lei no Brasil não conseguem oxigenar-se pelas mãos de nossos processualistas e ao sistema positivo resta apenas ser modernizado pelas páginas dos Diários Oficiais. O pressuposto neural de todo pensamento jurídico-analítico reside na crença de que a letra do texto é o limite do possível. Daí por que uma Processualística que só aprendeu a ser analítica é sempre uma *episthème* roufenha e conservadora.

Diante desse quadro, o presente trabalho busca radiografar as possibilidades para u'a ciência processual heurísticamente mais abrangente e inovadora. Nesse sentido, tem a pretensiosa missão de: 1. desmistificar a crença de que a dogmática do processo é uma ciência monolítica; 2. desvendar as outras subdivisões da dogmática jurídica e, portanto, da dogmática processual civil; 3. conscientizar os juristas do processo da importância do desenvolvimento de outros modelos dogmáticos, não-analíticos, como a Hermenêutica Processual e a Pragmática Processual; 4. unificar todas essas ciências dogmáticas sob o mesmo ponto de vista.

Com isso, torna-se inevitável que o trabalho ganhe uma aparência *arqueológica*, uma vez que se compromete a descobrir ou a redimensionar a função social de formatos compreensivos jurídico-dogmáticos até então enterradas ou desaparecidas. Para isto, o estudo será compartimentado de acordo com os três pontos de vista através dos quais a ciência dogmática pode debruçar-se sobre o discurso das normas jurídicas processuais: (α) o ponto de vista *sintático*, i.é., o ponto de vista das relações que uma norma jurídico-processual mantém com as demais normas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico (= Analítica Processual Civil); (β) o ponto de vista *semântico*, i.é., o ponto de vista das relações que uma norma processual, enquanto um veículo de informação, trava com seu *denotatum* (= Hermenêutica Processual Civil); (γ) o ponto de vista *pragmático*, ou seja, o ponto de vista das relações que uma norma processual ostenta com os seus usuários-aplicadores (= Pragmática Processual Civil)¹.

1. Para uma diferenciação entre a Sintaxe, a Semântica e a Pragmática, p. ex.: MORRIS, Charles W. *Fundamentos da teoria dos signos*, pp. 17 e ss.; MARCONDES, Danilo. *A pragmática na filosofia contemporânea*, pp. 8-12.

2. ANALÍTICA PROCESSUAL CIVIL

A apresentação da Matemática pelos gregos sob a forma de um sistema dedutivo exerceu fascínio sobre a comunidade de pensadores. Na Filosofia da Natureza, instalou-se uma verdadeira “corrida de ouro” para a descoberta de padrões de sistemas de signos logicamente entrelaçados. A totalidade das coisas existentes passou a ser vista como um conjunto de objetos extraídos de operações sobre conjuntos iniciais. Foi a partir do séc. XVIII, todavia, que, com o avanço da Física, da Química e da própria Matemática, essa concepção formalista se tornou um método de interpretação do homem, de seu espírito e da sociedade, sob a crença de que as Ciências Humanas seriam “científicas” somente se copiassem os modelos axiomáticos das Ciências Exatas. À luz dessa concepção, o gênio inigualável de Hans Kelsen propôs-se ao desenvolvimento de um modelo formalista de ordenamento jurídico: as normas do Direito encontrar-se-iam intimamente entrelaçadas sob uma formatação piramidal, de maneira que, partindo-se de uma norma fundamental (hipotética e transcendente), seria possível que se inferissem todas as demais normas do sistema (= Analítica Jurídica Normativista). *Mutadis mutandis*, pulando-se do plano das normas (linguagem) para o dos conceitos (metalinguagem), nota-se que os Pandectistas alemães realizaram uma empresa de idêntica grandiosidade: desenvolveram uma teoria e uma arte de formar conceitos jurídicos a partir de conceitos isolados mais genéricos e de a partir disso constituir um arcabouço jurídico-intelectual logicamente estruturado (= Analítica Jurídica Conceitualista).

É bem verdade que essa postura analítica de pensamento acaba gerando um certo distanciamento da realidade social, na medida em que há um ponto de ruptura, em que o modelo explicativo deixa de espelhar a dinâmica externa e concreta da vida para furtar-se na sua própria dinâmica, interna e abstrata. Porém, essa mesma postura de unificação e generalização tem sido inegavelmente fecunda para o Direito Moderno, pois permite a absorção das inúmeras complexidades que giram em torno de qualquer decisão jurídica numa sociedade pluralista, afastando as incertezas, neutralizando as influências políticas e econômicas, abstraindo as diferenças sociais e, por via de consequência, minimizando as perturbações sociais. Além disso, as investigações jurídicas analíticas proporcionam controle social com um menor rendimento de esforço intelectual: estudar as relações das normas umas com as outras é mais fácil do que caracterizar as situações existenciais sob as quais essas normas são empregadas (investigações jurídicas hermenêuticas) e do que detectar o que acontece nos intérpretes quando essas normas estão em “funcionamento” (investigações jurídicas pragmáticas). Logo, não é por menos que a Analítica Jurídica é a mais desenvolvida das ciências dogmáticas do Direito (assim como a Sintaxe é o mais desenvolvido de todos os ramos da Semiótica). Afinal de contas, frente à complexidade dos ordenamentos positivos, tem sido possível, ao longo desses séculos, a caracterização dos princípios fundamentais dos sistemas jurídicos, das regras que dão a eles concreção, dos tipos de sanção, das antinomias, das lacunas, das estruturas hierárquicas, dos

modais deônticos etc., o que tornou o trabalho dos operadores do direito muito mais preciso².

No que respeita especificamente ao campo do Direito Processual Civil, por força da pujante influência intelectual que os teóricos italianos desempenharam sobre todo o mundo, o fenômeno jurídico também é pensado, predominantemente, dentro de um viés analítico³. Todavia, os processualistas não estão habituados a terem diante de si *normas*, tomadas uma a uma, nas suas individualidades, mas sim *institutos e conceitos*, os quais, em última análise, partem de uma análise dessas normas. Em verdade, o pensamento da Processualística predominante é do tipo analítico-institucionalista: o jurista do processo debruça-se fundamentalmente sobre núcleos aglutinadores de normas conhecidos como *institutos processuais*, ou seja, sobre normas conjuntamente agrupadas em função de um campo específico de incidência no âmbito do processo; enfim, sobre normas processuais que compõem uma determinada unidade material de regulamentação setorial (processo, procedimento, ação, exceção, recurso, jurisdição, competência, etc.). Dizendo de forma mais precisa, pode-se asseverar que a dogmática analítica processual civil desenvolveu-se mais como uma (a) *dogmática das situações jurídico-processuais*. Sem refinamentos científicos maiores, ficaram ao largo (b) a *dogmática da norma jurídico-processual* (em que sejam estudados problemas como o da *sanção*, fato que ganhou maior importância só após a introdução de institutos como a litigância de má-fé e o atentado à dignidade da justiça), (c) a *dogmática do ordenamento jurídico-processual* (em que sejam estudados problemas como os do direito processual intertemporal, da existência, da nulidade e da anulabilidade dos atos processuais – que ainda é, indubitavelmente, um dos calcanhares de Aquiles da ciência processual civil), (d) a *dogmática das fontes do direito processual* (a qual, aliás, tem tido pouca relevância para a solução de problemas forenses, porque o processo tem basicamente a Constituição Federal e as leis ordinárias federais como suas fontes, muito embora seja um desafio verificar se a jurisprudência é, ou não, uma fonte específica do Direito Processual Civil) e (e) a *dogmática dos fatos jurídicos processuais* (que estude os atos processuais *stricto sensu* lícitos e ilícitos, os negócios processuais, os atos-fatos processuais lícitos e os fatos processuais *scripto sensu* lícitos e ilícitos).

2. Para um aprofundamento sobre o modelo analítico de ciência dogmática: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, pp. 50 e ss.; idem. *Introdução ao estudo do direito*, pp. 95 e ss.
3. Quando se fala aqui de “Analítica Processual Civil”, portanto, não se está fazendo referência ao Direito Processual Civil como objeto de estudo das *escolas* que praticam de forma específica a abordagem analítica (*Analytical Jurisprudence, Pandektenrecht, Teoria Pura do Direito, etc.*), mas da *abordagem* propriamente dita, que procura explicar ou elucidar os termos, os conceitos e as estruturas do Direito Processual Civil, analisando os elementos ou mostrando como o todo é compreensível como um ordenamento coerente de partes. Sobre esses dois sentidos da palavra “analítica”: MACCORMICK, Neil. “Analítica”, pp. 25-27.

Aliás, foi como um estudo analítico de *situações jurídicas* que, no século XIX, a Processualística Civil revelou-se pela primeira vez ao mundo como um ramo autônomo da Dogmática. Na esteira desse pressuposto, os juristas de então passaram a transmitir a idéia de que o “processo” nada mais era do que uma relação jurídica complexa de índole protéica capaz de ser decomposta em situações jurídicas mais simples (pretensões, ônus, faculdades, imunidades, poderes, sujeições, funções, deveres jurídico-processuais, etc). Noutras palavras: a ciência do processo era uma espécie de *investigação anatômica*, em que ao jurista cabia a dissecação desta macro-relação multifacetada e mutável chamada *processo* em uma seqüência lógico-temporal de situações jurídicas, cujo (não)-exercício pela parte titular (autor, juiz ou réu) enseja o despertar de novas situações jurídicas, até que o Estado-juiz se ponha finalmente em situação de entregar a tutela jurisdicional. Daí por que, sintonizada com a necessidade de segurança jurídica imposta pelo pensamento racionalista burguês, a Dogmática Processual Civil tornou-se uma ciência organizatória de categorias processuais partidas de conceitos-chave como ação, jurisdição e processo, os quais foram explicados como *situações jurídicas* particularizadas. A *ação* foi captada como “exercício da pretensão à tutela jurisdicional do Estado” (sendo tal *pretensão* uma situação jurídica enfronhada no pólo ativo de uma relação de direito público de natureza pré-processual, hodiernamente constitucionalizada). A *jurisdição* foi entendida como o “poder-dever estatal de aplicar a lei ao caso concreto por meio de um terceiro imparcial” (*dever* este que se mostra como a situação jurídica passiva correlata à pretensão à tutela jurisdicional). Por sua vez, o *processo* foi apreendido como a “relação jurídica de direito público que se desenvolve progressivamente entre o Estado e aquele que busca a tutela jurisdicional”. Assim, mais do que especificar a natureza jurídica da ação, da jurisdição e do processo, a dogmática de então intrincoou essas três noções dentro duma espécie de “interligação lógico-siamesa”, tornando-as integrantes de um triunvirato regente de toda a Processualística. Ao mesmo tempo, ganharam evidência os exercícios dogmáticos de diferenciações categoriais entre *ônus* (situação jurídica intersubjetiva unilateral) e *dever processual* (situação jurídica intersubjetiva bilateral); entre a *capacidade de ser parte*, a *capacidade processual* e a *capacidade postulatória* (situações jurídicas unissubjetivas). Com isto, a ciência do processo afirmou-se e o método analítico consagrou-se como o principal esteio epistemológico de toda a Dogmática Jurídica. Sendo assim, só recebia o título de *processualista* o pesquisador que encarasse o fenômeno processual por meio de separações, distinções, especificações, classificações e sistematizações de suas partes.

Daí por que a produção científica que melhor incorporou esse espírito de análise foi indubitavelmente o monumental *Sistema di Diritto Processuale Civile*, de Francesco Carnelutti. Desprezando as citações bacharelescas de doutrinadores e lançando-se numa espécie de axiomática lógico-dedutiva de conceitos, a obra bem poderia ser chamada de “ciência processual demonstrada à maneira dos geômetras”, tal é o rigor formal com que o jurista italiano organiza as suas noções sobre o processo civil

e tal a sua indiferença às argumentações de autoridade. Dentro duma linearidade espartana, Carnelutti sistematiza suas idéias sobre Direito Processual Civil mediante depuração e ordenação de conceitos como processo, procedimento, jurisdição, execução, coisa julgada, litígio, partes, ação, competência, provas, atos processuais, recurso. Aliás, não é sem razão que o prólogo de sua obra tem como destinatários os “práticos”: o processualista desde logo os adverte de que o seu *Sistema di Diritto Processuale Civile* lhes será um “modelo de incomodidade” fatigante. Com isto, quer-lhes dizer que sua obra não se presta como consulta, da qual se sacam formulários condensados para a solução de problemas do dia-a-dia forense. Uma vez que o propósito da obra é *formativo*, Francesco Carnelutti entendia (com razão) que os advogados e os juízes só poderiam retirar dela alguma utilidade prática imediata após esforços intelectuais semelhantes aos da *ginástica*: cansativos, porém, recompensadores. Nesse sentido, o domínio da Ciência do Processo exigiria um aprendizado *propedêutico*, em que o conhecimento jurídico-racional é transmitido *pari passu*, fazendo-se com que, construtivamente, o aluno parta de conceitos primitivos (v.g., poder-dever) para noções intermediárias (v.g., jurisdição) e conclusões mais elaboradas (v.g., competência).

Nem mesmo Pontes de Miranda, que atribuía a si a “missão excelsa” de transpor as veleidades do italianismo processual civil, conseguiu livrar-se dessa “febre analítica” (ao contrário: reforçou-a temperando sua genialidade de jurista com os seus arroubos de naturalismo positivista e de germanismo engajado). Em estudo que mantinha homologia estrutural manifesta com a Mecânica Quântica, a teoria classificatória das ações foi por ele levada a patamares de discussão nunca antes praticados. Aqui, a sentença (devendo-se lembrar que para Pontes de Miranda *sentença* e *tutela jurisdicional* são uma mesma e única coisa) é vista como um “átomo”: *a*) tem cinco “níveis de energia” (o declaratório, o constitutivo, o condenatório, o mandamental e o executivo); *b*) dentro de cada nível se encontram “cargas”, às quais se pode atribuir o peso 1, 2, 3, 4 ou 5; *c*) a soma dos pesos medidos em cada “nível” sempre resulta em 15 (quinze); *d*) não existem dois níveis com idêntico peso ou “*quantum* de energia”. Consequentemente, tudo se passaria como se no “mundo das sentenças” todos os átomos tivessem o mesmo peso, embora, internamente, esses pesos se distribuíssem de uma forma diferente nos cinco níveis de energia de cada átomo. Na verdade, é como se para cada tipo de ação existisse um “espectro de energia” sentencial *único*, que lhe servisse como uma marca registrada.

Uma sentença de despejo, p. ex., teria o seguinte “espectro de energia”: carga 5 (cinco) de execução (= comando para a restituição do imóvel locado) + carga 4 (quatro) de constituição (= desfazimento do contrato locatício) + carga 3 (três) de declaração (= reconhecimento do direito subjetivo do autor à recuperação da coisa alugada) + carga 2 (dois) de mandamento (= ordem para que se cancele a averbação do contrato de locação no cartório de registro imobiliário) + carga 1 (um) de condenação (= condenação do réu nas despesas processuais). Já a “configuração

espectral” de uma sentença de usucapião, p. ex., seria a seguinte: carga 5 (cinco) de declaratividade (= reconhecimento do direito de propriedade do usucapiente); carga 4 (quatro) de mandamentalidade (= determinação para provocar-se o oficial de registro); carga 3 (três) de constitutividade (= formação do título a ser levado ao registro no cartório); carga 2 (dois) de executividade (= colocação na esfera do autor daquilo que até então estava posto sob a esfera do réu); carga 1 (um) de condenatoriedade (= condenação do vencido nas despesas do processo). Não se há de negar os méritos dessa teoria: marca-nos a retina com a verdade irretorquível de que não existem sentenças *puras*, que sejam apenas declaratórias, constitutivas ou condenatórias. Também não se há de negar-lhe os deméritos: à luz do modelo acima descrito, não seria possível acomodar a “condenação em despesas processuais” no “espectro energético” de uma sentença indenizatória (cujo “nível de energia” condenatório já estaria preenchido com “carga” de peso 5). Aliás, a própria autonomia ontológica dos níveis mandamental e executividade é bastante discutível. De qualquer forma, a despeito do sem-número de considerações que poderiam ser tecidas sobre a teoria, ela bem ilustra o gosto brasileiro por modelos analíticos de sofisticação inebriante, que seduzem pelo requinte intelectual, não obstante valham pouco quando confrontados com a realidade.

Com isto, já se percebe que a Analítica Processual Civil tem um baixo potencial rejuvenescedor do direito positivo, porquanto se limita, antes, a bem assentar os pontos de compreensão do sistema. Por um lado, restam prestigiados estudos como a “eficácia preclusiva do despacho saneador”, “a classificação das ações e sentenças”, “a definição conceitual de jurisdição civil” (embora os processualistas insistam desgraçadamente em não inserir essa discussão no seio de uma teorização constitucional), “a natureza jurídica da coisa julgada”. Por outro, ainda cabem nos dedos de uma única mão as obras em que se busca uma engenharia imaginativo-institucional de formatos processuais adequados à transposição abissal entre a norma jurídica e a realidade social a que ela se reporta. Não se nega que a “ideologia da efetividade” já alcançou hoje o status de *princípio jurídico-constitucional positivo*. Todavia, dado o tratamento exclusivamente analítico que se está acostumado a dar a tudo que diga respeito ao processo, o princípio tem se tornado mais um *limite negativo-sistêmico* direcionado à eliminação de normas ineficientes e menos um *vetor positivo-pragmático* funcionalizado à construção de soluções criativas.

3. A HERMENÊUTICA PROCESSUAL CIVIL

Já é um lugar-comum na Semiótica a afirmação de que toda semântica pressupõe uma sintaxe relativamente bem desenvolvida. No caso específico da Ciência Processual, a Analítica não é só o modelo dogmático mais desenvolvido, como praticamente o *único* enfoque digno das ocupações. A Hermenêutica Processual Civil é ainda um *quase-nada*, conquanto a Semântica haja conquistado largos espaços na Ciência do Direito como um todo. É bem verdade que as hermenêuticas filosófica

e dogmática ainda não atingiram o nível de articulação e desenvoltura já obtido por certos campos do pensamento analítico. De qualquer forma, não há justificação material para que a Processualística seja tão *rica* em potencial de análise e tão *pobre* em técnicas próprias de interpretação. Isto talvez se dê em razão de o pensamento processualístico voltar-se costumeiramente a *instituições*, (tal como fazem os juristas do direito administrativo), não às *normas jurídicas* (tal como fazem os juristas do direito tributário). Ora, se a Hermenêutica Jurídica é um estudo dos cânones que regem a interpretação e determinam em que condições as normas jurídicas são aplicáveis às situações concretas da vida, para existir uma Hermenêutica Processual é necessário que os processualistas se ocupem antes do fenômeno *normativo*, algo a que ainda não estão habituados. Não se há de negar que, dentro do trabalho de configuração sistemática do sistema jurídico positivo vigente, os processualistas acabam perscrutando o sentido das regras processuais. Porém, fazem-no por meio de *intuições compreensivas* desafinadas com as vicissitudes próprias do fenômeno processual civil. Não existe nesta atitude hermenêutica o emprego controlável de um método peculiar e consciente, razão pela qual a esqualidez metódica do trâmite interpretativo acaba se ocultando na robustez analítica dos procedimentos de sistematização e classificação⁴.

Nos poucos momentos em que se dedicaram à questão hermenêutica, os juristas do processo sempre sustentaram que as leis processuais devem submeter-se aos mesmos cânones de hermenêutica das demais ciências do Direito, pois a relação processual civil tem uma especificidade insuficiente para impor desvio à “teoria geral da interpretação”⁵. Neste sentido, o capítulo de um manual de direito processual civil

4. Para um aprofundamento sobre o modelo hermenêutico de ciência dogmática: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, pp. 68 e ss.; idem. *Introdução ao estudo do direito*, pp. 255 e ss.
5. Defendendo a inexistência de uma teoria *especial* de interpretação das leis processuais civis: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*, p. 40; CINTRA, Antônio Carlos Araújo et alii. *Teoria geral do processo*, pp. 102-103; FERREIRA, Pinto. *Curso de direito processual civil*, p. 32; GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*, p. 97; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. I, p. 97; MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*, p. 108; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Curso de direito processual civil*. v. I, p. 30; PINA, Rafael de e LARRAÑAGA, José Castillo. *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 31; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. t. I, p. 37; SOARES, Fernando Luso. *Direito processual civil*, p. 197; VARELA, Antunes et alii. *Manual de processo civil*, p. 42. Pugnando pela necessidade de uma teoria “independente” de interpretação das leis processuais civis, fundada na independência entre o direito processual e o direito material (embora desenvolvendo pouco esses “critérios especiais”): ROCCO, Alfredo. *La interpretación de las leyes procesales*, p. 255; ROCHA, José de Moura, “A interpretação e as leis processuais”, p. 14. Merecida é uma transcrição das elegantes palavras de Alfredo Rocco: “Ordinariamente las páginas dedicadas a la interpretación en los tratados y en los cursos sobre procedimiento, contienen reconstrucciones a menudo valiosas, a veces verdaderamente magistrales, de la teoría general de la interpretación de las leyes; pero sólo se refieren al derecho procesal indirectamente y como de pasada. Esto puede parecer a primera vista muy significativo. Si al ocuparse de la teoría de la interpretación en sus tratados y en sus cursos de procedimiento civil, procesalistas de gran valer, en Austria, Alemania e Italia, no hacen ninguna alusión a una teoría especial sobre interpretación de las leyes de procedimiento, es lógico inferir que dicha teoría no existe. Pues bien, no obstante este testimonio acerca de la existencia de normas

sobre interpretação é *idêntico* ao de um livro introdutório ao estudo do direito ou de um curso de direito civil: são explicados os *métodos* de interpretação (gramatical, lógica, sistemática, teleológica, histórica etc.), os *tipos* de interpretação (declarativa, restritiva, extensiva) e os *modos* de integração do direito (analogia, costumes, princípios gerais de direito, equidade, indução amplificadora, etc.), tudo bem ao gosto da velha cantilena civilista (ou de uma cantilena civilista velha?). Logo, a lei processual estaria jungida ao projeto místico e romântico de u'a “Hermenêutica Jurídica Universal”, a qual preconiza as técnicas de interpretação do Direito Privado como o *organon* metodológico comum a todos os ramos do Direito. Sob um ponto de vista *lógico-jurídico*, talvez não haja realmente a necessidade de constituir-se uma teoria “independente” de interpretação das leis processuais; todavia, sob o ponto de vista *jurídico-positivo*, uma teorização desse tipo tem se mostrado imprescindível no Brasil, já que graves problemas de hermenêutica são gerados pelo fato de nosso Código de Processo Civil ser desprovido de uma *parte geral*⁶.

Sem um livro específico de parte geral, o CPC brasileiro furta-se à excelsa (mas difícilíssima) tarefa de: a) reconhecer as estruturas fixas e imutáveis que sejam comuns aos processos de conhecimento, de execução e cautelar; b) dar tratamento legislativo a essas estruturas, organizando-as normativamente sob a forma de “institutos gerais”, achadiços em toda e qualquer relação processual civil; c) reunir todos esses “institutos gerais” em um único livro, que seja anteposto aos livros especiais do processo de conhecimento, do processo de execução, do processo cautelar e dos procedimentos especiais; d) lançar em cada livro especial regras jurídicas de exceção que harmonizem os “institutos gerais” às discrepâncias e peculiaridades de cada modalidade de processo.

Deve ser frisado, entretanto, que essa omissão não derivou propriamente de uma *inépcia* técnico-legislativa. Na verdade, tudo foi fruto de uma *lealdade cavalheiresca* do legislador de 1973 a seus pressupostos teóricos. A teoria “geral” do processo civil vem sendo edificada desde o século XIX como sendo um conjunto sistemático de categorias dogmáticas retiradas da análise do processo de conhecimento. A atividade cognitiva foi, portanto, o suporte empírico a partir da qual os “pais fundadores” da ciência processual civil ergueram toda a sua arquitetura bem-acabada de conceitos. Ora, noções como as de “legitimidade”, “assistência”, “sucumbência”, “sentença”, “coisa julgada”, “mérito”, “contraditório” e “condições da ação”, p. ex., foram traçadas por juristas que fitavam os olhos para a atividade *cognitiva*. A luz

de interpretación propias del derecho procesal – atestación completamente negativa, aun quando muy elocuente y sobre todo autorizada – estamos convencidos de la existencia de dichas normas” (ob. cit., pp. 251-253).

6. Para uma crítica da ausência de parte geral no CPC e dos “males” que isto enseja nos estudos da atividade executiva: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, pp. 376-377; idem. “Partes legítimas, terceiros e sua intervenção do processo executivo”, p. 5; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito processual civil*, p. 47.

dessas premissas teóricas, então, compreende-se porque o Código de Processo Civil de 1973 prescindiu de uma parte geral: ela já está no próprio livro do processo de conhecimento, uma vez que a teoria geral do processo civil é a teoria do processo cognitivo. Em face desse ledão equívoco metodológico, foi natural que, ao longo dos anos, os estudiosos não nutrissem interesse pelos processos cautelar e executivo: as categorias da chamada “teoria geral” sempre se acomodaram muito mal ao âmbito dessas modalidades processuais. Daí por que intelectuais como Ovídio Baptista da Silva e Araken de Assis, forjadores de teorias particularizadas sobre a ação cautelar e a ação executiva, respectivamente, merecem todos os nossos encômios.

Os problemas advindos da falta de uma verdadeira “teoria geral” não são apenas de ordem científica, mas fundamentalmente de ordem prática. Muitos institutos resritos ao processo cognitivo bem poderiam ser aplicados aos âmbitos dos processos executivo e cautelar. Tome-se o exemplo cabal da *assistência simples*. De acordo com o art. 50 do Código de Processo Civil, “pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”. Presa à letra fria desse dispositivo legal, parte considerável da doutrina e da jurisprudência não tem admitido a assistência simples na execução por créditos sob o argumento de que não há, nelas, atividade cognitiva e sentença de mérito. Porém, a experiência mostra que atos concretos de execução forçada podem despertar o “interesse jurídico” de um terceiro que ostente uma relação jurídica com uma das partes da execução obrigacional (p. ex., interesse do devedor do executado quando houver sido penhorado o crédito perante ele; interesse do locatário em execução específica incidente sobre o bem locado; interesse do credor em arguir na execução a prescrição desprezada por seu devedor ali executado). Para que a assistência ganhasse uma injeção renovadora de instrumentalidade e funcionalidade, bastaria desvestir o art. 50 do CPC de ranços que o prendem ao processo de conhecimento e trocar a expressão “sentença favorável” pela expressão “entrega de tutela jurisdicional”. Para tanto, não se exige do aplicador da lei a tarefa hermenêutica de retorcer o “programa” do art. 50 do CPC por meio de cânones de interpretação, mas sim de estender o “âmbito de aplicação” dessa regra a âmbitos outros aos quais ela seja adaptável⁷.

Uma interessante tentativa de estender a *coisa julgada* para os âmbitos materiais do processo de execução, do processo cautelar e dos ditos “procedimentos de jurisdição voluntária” foi empreendida por Luiz Eduardo Ribeiro Mourão. Em notável dissertação de mestrado apresentada à PUC-SP em 2006 (“Ensaio sobre a coisa julgada civil – sem abranger as ações coletivas”), o autor define *res iudicata* como “a proibição de repetição da mesma atividade jurisdicional sobre o mesmo objeto”. Tomando essa definição como premissa fundamental, chega ele às seguintes

7. Sobre o tema: COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Assistência nas execuções obrigacionais”, pp. 30-51.

considerações: 1. a *coisa julgada material* é a imutabilidade, em processos futuros, do conteúdo da decisão que julgar o mérito; 2. a *coisa julgada formal* é a imutabilidade, nos processos futuros, do conteúdo da decisão judicial que julgar questões formais; 3. a *preclusão* é a perda da possibilidade de a parte impugnar a decisão, ou do poder do juiz de reformá-la, dentro do processo no qual foi proferida; 4. a coisa julgada sempre produz efeitos extraprocessuais; 5. a preclusão gera efeitos endoprocessuais; 6. o critério para que se diferenciem as coisas julgadas material e formal é a natureza do conteúdo da decisão imutabilizada; 7. na atividade executiva, a sentença do artigo 795 do CPC, quando extingue a execução em razão da satisfação do credor, produz coisa julgada material; 8. já a sentença que extingue a execução por falta de condições da ação ou de pressupostos processuais produz coisa julgada formal; 9. na atividade cautelar, a função da coisa julgada é impedir um novo ajuizamento da mesma demanda cautelar; 10. o artigo 1.111 do CPC consagra a existência de coisa julgada na jurisdição voluntária (que, para o autor, é atividade *jurisdicional*, e não *administrativa*), pois a sentença só poderá ser modificada se ocorrerem “circunstâncias supervenientes”, as quais, em verdade, ensejarão o ajuizamento de uma nova demanda, com apresentação de um novo pedido, estribado em novos fatos.

Ora, de acordo com o Professor Friedrich Müller, toda norma jurídica estrutura-se em duas partes: i) o *programa* (= teor literal + recursos interpretativos auxiliares); ii) o *âmbito* (= estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma “escolheu” para si, ou em parte “criou” para si, como seu âmbito de regulamentação)⁸. Assim, segundo esse publicista alemão, o programa da norma é identificado por meio de todas as legítimas determinantes *gerais* de aplicação das leis (interpretações gramatical, genética, histórica, sistemática) e de figuras interpretativas *específicas* das grandes áreas do Direito (Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual, etc); já o âmbito da norma é (enquanto parte integrante material da prescrição jurídica) identificado empiricamente⁹. Não se pode olvidar, porém, que *programa e âmbito* têm um mesmo “grau hierárquico”: a norma é uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura substancial do próprio âmbito social regulamentado, de modo que elementos “normativos” e elementos “empíricos” são multiplamente interdependentes e igualmente importantes no processo efetivo de aplicação prática do Direito¹⁰. De qualquer maneira, a partir dessa explanação singela sobre a dualidade estrutural das normas jurídicas, é possível asseverar que a falta de uma hermenêutica legitimamente processual tem ensejado *disfunções*, não para uma interpretação do programa das regras sobre processo, mas para uma

8. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 57.

9. Idem. *Direito, linguagem, violência*, p. 43. É mister frisar que o âmbito é um componente da própria hipótese legal normativa (*Tatbestand*), é fator co-constitutivo da própria normatividade, e não simples soma de fatos. Transcende, enfim, a “mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica”, não sendo interpretável como “força normativa do fático” (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 58).

10. Idem. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 58.

compreensão menos estreita do âmbito de regulamentação dessas prescrições. Daí por que só é possível que se funde u'a hermenêutica inovadora para o direito processual civil caso se entenda que o seu *quid* especial deve estar na compreensão do *âmbito de aplicação* das suas normas jurídicas.

Ante os problemas que se enxergam na vida forense, essa fundação é tão ingente quanto emergencial. Um dos fatores impeditivos da máxima “potenciação instrumental” do processo civil tem sido a propensão jurisprudencial de circunscrever a aplicação dos institutos processuais a âmbitos exageradamente restritos. Embora o processo seja mero instrumento a serviço da realização do direito material, essa instrumentalidade acaba por ser refreada pelo conservadorismo exegetic dos Tribunais. Inúmeros são os excertos de jurisprudência nos quais não se admitem: concessão de tutela antecipatória *ex officio* ou requerida pelo réu; condenação em honorários advocatícios no processo cautelar; agravo de instrumento contra liminar concedida em mandado de segurança ou em processos do Juizado Especial Cível; imposição das medidas de apoio previstas no § 5º do art. 461 do CPC para efetivação de outros provimentos mandamentais; ação declaratória incidental em ação de consignação em pagamento; conciliação em execução; embargos de terceiro em ação possessória; embargos de retenção por benfeitorias em ação de reintegração de posse; concessão de antecipação de tutela na sentença; ação monitória contra a Fazenda Pública; condenação em honorários advocatícios no processo de mandado de segurança; embargos infringentes em mandado de segurança; assistência simples nas execuções por créditos; etc.

Em cada um desses exemplos, caberia aos Tribunais identificar empiricamente o âmbito de aplicação dessas normas processuais, verificando se é ou não possível traçar-se “um esboço vinculante” a partir de uma interação dialética entre o teor normativo e a estrutura material do âmbito a ser regulamentado. Será, realmente, que as possibilidades acima negadas não seriam admissíveis caso pudessem ser adaptadas ao âmbito material ao qual se quer estendê-las? Ora, como já visto, não há qualquer empeco à admissão da assistência nas execuções obrigacionais, já que é possível adequar-se, substancialmente, o repertório “normativo” desse instituto à estrutura “empírica” do âmbito executivo. Do mesmo modo, há casos em que a oposição de embargos de retenção por benfeitorias em reintegração de posse não só é possível como justa (especialmente se essas benfeitorias houveram de ser erguidas após a expiração do prazo de contestação). É difícil entender os motivos que levam alguns magistrados a reputarem impossível a concessão de tutela antecipada na sentença, já que o Judiciário não tem o poder de controlar o aparecimento de situações de perigo no mundo fático. Em verdade, nossos Tribunais incorrem no erro de compreender aprioristicamente o âmbito das normas jurídico-processuais, e fazem-no pelo mesmo método com que tentam compreender o programa dessas normas: mediante uma interpretação *apriorístico-conceitual*. Apegada aos conceitos expressos na letra fria das palavras que compõem o enunciado normativo, a nossa jurisprudência tem relegado os institutos processuais a “guetos estanques”, sem notar que os préstimos

funcionais do processo só estarão garantidos se o âmbito das suas normas for identificado de um modo *empírico-teleológico*, e não de um modo *sub lege* ou mediante *interpretatio verborum*¹¹. Os conceitos só desempenham uma função *ordenatória* porque desprovidos de “virtude normativa”, isto é, de capacidade de determinar *in concreto* a exegese do caso duvidoso. Muito embora o artigo 273 do CPC fale em “requerimento da parte”, há casos em que a concessão de tutela antecipada *ex officio* se mostra imperativa (o que, aliás, é comum na experiência dos Juizados Especiais Federais com demandas previdenciárias). Conquanto o artigo 19 da Lei 1.533/51 diga que se aplicam “ao processo de mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio”, isto não significa que os outros artigos do CPC não sejam aplicáveis supletivamente.

Com isto, nota-se que, impondo a si a tarefa de flexibilizar interpretativamente o âmbito aplicativo das normas processuais, a Hermenêutica se torna superior à Analítica na missão de rejuvenescer o direito positivo. Se a Analítica identifica, destriça e fixa os pontos de compreensão do sistema, a Hermenêutica vai além, porque está credenciada a estender esses pontos a realidades até então impensadas. Em face de novos valores e de novas circunstâncias sociais, a atividade hermenêutica não só é capaz de redimensionar o programa das normas, como também de remeter-lhes o âmbito aplicativo a espaços de regulamentação até então inéditos. Tudo isto sem que o respectivo texto normativo sofra qualquer emenda ou aditamento legislativo. Consequentemente, é pelas mãos vergáveis dos hermeneutas que a instrumentalidade processual civil pode maximizar-se e que uma teoria *geral* do processo pode começar a fundar-se em bases verdadeiramente *genéricas*.

4. A PRAGMÁTICA PROCESSUAL CIVIL

Já se tornou clássica a afirmação de que a Pragmática é o ramo da Semiótica que estuda a relação dos signos com os seus usuários. Nesse sentido, quando se fala em uma *Pragmática Jurídica*, é possível entendê-la como um campo de estudo da relação que os operadores do direito estabelecem com a linguagem técnico-jurídica. Na verdade, toda e qualquer relação existente entre os operadores do direito é *mediada* pela experiência de uma linguagem peculiarmente especializada. Daí por que não há exageros na afirmação de que uma relação juridicamente institucionalizada é, em última instância, uma relação encenada pela polarização de estratégias de intercomunicação elaboradas sob o ponto de vista técnico. Essa estruturação sob “estratégias de comunicação” não significa, porém, que a Pragmática seja confundida com a *Retórica* e que a sua função seja a de prestar-se como sofisticada máquina de seduzir discursivamente, mediante a criação de aparências enganadoras. A Retórica não é uma arte de sofismas que nos desvia do domínio racional e do acesso à contemplação

11. Sobre o dilema no processo civil entre a interpretação conceitual e a interpretação teleológica: ALLO-RIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. t. I, pp. 31-32.

da verdade. De qualquer maneira, historicamente falando, a Retórica é apenas uma forma anterior e restrita de Pragmática, já que se limita a estudar os modos de agir argumentativos em relação ao mundo, deixando de lado, por exemplo, questões importantes como a influência dos contextos na constituição dos sentidos e dos significados dos signos. Por isto, quem fala em Pragmática Jurídica, não se refere tão-só ao conhecimento das técnicas jurídico-argumentativas funcionalizadas para a satisfação de necessidades e de interesses (como se as normas jurídicas tivessem uma significação meramente instrumental de *controle social*). *A fortiori*, quando se fala numa *Pragmática Processual Civil*, não se está a falar, simplesmente, de uma *dogmática da argumentação forense* (embora o problema da argumentação forense seja hodiernamente tão relevante quanto desprezado, e não obstante o Direito Processual Civil seja uma instância retórica por excelência). Um simples olhar para o dia-a-dia forense mostra-nos claramente que o ambiente das operações de aplicação das regras processuais é marcado por uma incisiva racionalidade argumentativa. Porém, um enfoque pragmático do processo civil não é um enfoque necessariamente retórico.

Se a Analítica e a Hermenêutica Jurídicas focalizam o Direito como um “sistema de normas”, a Pragmática toma-o, por sua vez, como um “sistema de comportamentos” (dos usuários diante das normas). O ponto de partida da Dogmática Pragmática não são as *normas*, mas os *comportamentos* dos seus destinatários, tal como orientados por elas. Com isto, confere-se maior *empiricidade* à ciência jurídica, tentando libertar o jurista da tentação de elaborar uma dogmática assaz abstrata e embebida meramente em conceitos *a priori*, típicos das Metafísicas pretéritas. Nesse sentido, a postura jurídico-pragmática acaba menosprezando a importância das divergências analíticas (por vezes tão acirradas entre a comunidade dos juristas). Diante da convivência desordenada dos mais diversos modos de argumentação, perspectivas problemáticas, metodologias e pontos de vista de valores, a Pragmática acaba promovendo uma seleção darwiniana dos argumentos mais convincentes, razão por que deixa de adotar aqueles que guardem uma maior “coerência analítica” para pautar-se naqueles que promovam uma maior praticidade de resultados. Daí por que uma pragmática jurídica é sempre uma concepção dogmática cujo centro de interesse reside na resolução de *casos práticos*. Se todo conhecimento se preside por um *interesse* (Habermas), o específico interesse que deve guiar o conhecimento pragmático é o “interesse da decisão”. O seu estatuto epistemológico legitima-se sobre as correntes metodológicas que centram as suas atenções no processo de aplicação da lei à realidade, e o seu título de validez está na capacidade de estruturar condições de possibilidade para a decisão de casos. Não por outro motivo, está mais próximo do “direito do caso” típico dos países anglo-saxões e mais distante da “ciência dos professores”, tão cara aos países da Europa continental. Seu caráter é, fundamentalmente, *prático* (de “ciência aplicada”), não especulativo (de “ciência pura”)¹².

12. Para um aprofundamento sobre o modelo pragmático de ciência dogmática: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, pp. 87 e ss.; idem. *Introdução ao estudo do direito*, pp. 309 e ss.

Pode-se assim dizer que a Pragmática Jurídica é um “saber tecnológico”. Em um sentido lato, a tecnologia é o tipo de conhecimento que estabelece as adequadas relações entre meio e fim. Distingue-se a ciência em função da sua finalidade, tendo em vista que o objetivo do saber tecnológico não se relaciona com a pesquisa da verdade, mas com a pesquisa da forma mais apropriada para que fins determinados sejam atingidos. Nisto, a Pragmática do Direito aproxima-se muito da *tékhnē* dos gregos e da *ars* dos latinos, que nada mais eram do que sistemas de regras de aprendizado, obtidas pela experiência, mas pensadas logicamente *a posteriori*, que visavam a uma condução correta da ação. Logo, quando se quer compreender o que é u’ a *Pragmática Processual Civil*, quer-se entender uma técnica jurídica específica, uma *ars* propriamente dita, um acúmulo de formulações compreensivas, sistematicamente extraídas da experiência forense, que permitem a todo e qualquer operador processual o poder de interferir planejadamente nos acontecimentos em juízo. Porém, contata-se uma heterogeneidade entre as diversas possibilidades de um conhecimento dogmático-pragmático, especialmente a respeito do processo civil, razão por que nos limitaremos à exposição de apenas três dessas possibilidades.

5. A PRAGMÁTICA PROCESSUAL CONSTRUTIVA

O primeiro exemplo de Pragmática Processual Civil tem propósitos *construtivos*. Trata-se do estudo dos procedimentos práticos de elaboração formal de atos processuais e especialmente de atos escritos, postulatorios (petições iniciais, contestações, alegações finais, razões recursais etc.) e decisórios (despachos, decisões interlocutórias, sentenças, etc.). Partindo da premissa de que há uma distância abissal entre o enunciado pensado e a enunciação do pensamento, uma pragmática desse tipo busca ocupar-se da invenção e reprodução de fórmulas e esquemas bem-sucedidos de articulação de idéias jurídicas no procedimento de enunciação forense. Ao desempenharem os seus misteres processuais, advogados, juizes e promotores “designam”, lingüisticamente, coisas, estados de coisas, pessoas, estados de pessoas, fatos, estados de fato, normas, situações jurídicas, etc. Para tanto, esses operadores do processo se apropriam de um aparelho formal de linguagem e enunciam pedidos, resoluções e opiniões, por meio de indicadores técnicos previamente compartilhados entre eles, os quais foram aprendidos ao longo da formação profissional de cada um (fenômeno a que filósofos da hermenêutica como Hans-Georg Gadamer dão o nome de “pré-compreensão”). Aqui entra o papel de uma pragmática dita construtiva: estudar a melhor técnica para a articulação desses indicadores no trabalho lingüístico de expressão forense (e não estudar a estruturação lógico-normativa desses indicadores na linguagem do processo civil, que é função exclusiva da Analítica Jurídica)¹³.

13. Na teoria geral da linguagem, o estudo dos processos utilizados para a designação do mundo é chamado de “pragmática indexical”. Sobre o assunto, p. ex.: RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*, pp. 65 e ss. Já Françoise Armengaud prefere chamá-lo de “pragmática de primeiro grau” (*A pragmática*, pp. 66 e ss.).

Daí já se vê que os mal-afamados manuais de prática forense são obras típicas de Pragmática Processual Construtiva. A baixa reputação desses livros no meio acadêmico, porém, deve-se fundamentalmente a dois fatores: à convicção de que um conhecimento teórico-processual bem sedimentado já é capaz de qualificar o estudioso à elaboração de arrazoados forenses com qualidade (o que é falso) e ao baixo nível intelectual de grande parte desses compêndios (o que é verdade).

No que respeita ao primeiro fator, existe uma clara diferença entre *scientia* (dom dos juriconsultos), *prudentia* (dom dos bons julgadores) e *eloquentia* (dom dos grandes advogados). Respeitados professores universitários nem sempre entusiasma quando se arriscam na advocacia ou na judicatura. Não é incomum que consagrados magistrados, uma vez aposentados, tornem-se advogados ou doutrinadores medianos. Quantos são os causídicos famosos que elaboram textos científicos descorados ou que, uma vez alçados aos Tribunais, redigem votos tão frágeis quanto os que outrora criticavam. Logo, quem domina a “ciência pura” do processo não domina, necessariamente, a “atuação prática” no processo.

Quanto ao segundo fator, há um rentável espaço editorial que jamais foi ocupado pelos processualistas mais cuidadosos ou por advogados mais experientes. Daí por que, se esse espaço é preenchido por pessoas inabilidosas, não podem ser responsabilizadas. Ao largo do desinteresse dos professores, que não se motivam a ensinar como se atua no foro, um contingente incontável de recém-formados esvaziam as prateleiras das livrarias adquirindo toda espécie de obras *técnicas* de redação forense e elaboração de petições e sentenças. Pior: quando iniciam a vida profissional, percebem que teoria e prática não se afinam, seja porque a vida real lhes impõe mais desafios do que os digeridos pela teoria, seja porque a teoria se apraz dos inúteis devaneios abstratos que ela mesma cria. Daí por que, diante de inúmeros concursos públicos e do exame da OAB, a esses pobres novatos resta apenas a baixa qualidade editorial dos atuais manuais de prática forense. Portanto, a comunidade jurídica está carente de bons livros, que estejam orientados por métodos e idéias originais, nos quais todo e qualquer profissional possa encontrar ensinamentos de construção discursiva (sem arcaísmos e erudições estéreis) e subsídios jurisprudenciais e doutrinários para auxílio no dia-a-dia do foro (sem questiúnculas e abstracionismos).

No que concerne às técnicas de construção do discurso forense, vale ser referida aqui a obra “Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal”, de Víctor Gabriel Rodríguez. Sintonizado com os estudiosos hodiernos da Nova Retórica, o jovem escritor brasileiro adere ao movimento de teorização da Argumentação como método de construção do Direito. Portanto, sua visão é eminentemente pragmática e sua proposta é tornar as técnicas de persuasão instrumentos legítimos de convencimento do interlocutor no meio judiciário (embora seu livro não se circunscreva aos expedientes de construção de um discurso prático do direito processual civil). Com isto, contribui sobremodo para o desenvolvimento sustentado de

uma Pragmática Processual Construtiva. Afastando-se da desgastada tradição dos compêndios de formulários e das compilações de modelos de petição (que tornam os leitores copiativos, não criativos), o autor não se limita a expor os modos adequados de estruturação da argumentação jurídica: reflete sobre elas. O seu propósito no livro é apresentar a Retórica Jurídica não como uma instância de discursos pomposos e vazios, mas como arte de combinação convincente de tipos argumentativos e técnicas persuasivas, que em função do interlocutor se estruturam sob uma linguagem adequada, uma progressão discursiva e uma unidade de sentido¹⁴.

Já no que concerne ao fornecimento de subsídios jurisprudenciais e doutrinários, tão proveitosos para o dia-a-dia do processo civil, ainda é insuperável a contribuição de Theotônio Negrão. O seu “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor” é talvez a mais importante obra pragmático-construtiva da história da ciência do processo: cada dispositivo legal é ladeado por julgados criteriosamente selecionados, pela menção a artigos de doutrina de leitura recomendada e por reflexões valiosas urdidas pelo autor. Se não discorre propriamente sobre técnicas de linguagem forense, auxilia sobremodo a construção do discurso prático. Porém, o livro extravasa o propósito do seu autor: se por um lado cumpre o fim prático de ajudar o exercício profissional, por outro concorre para que o Direito Processual Civil não seja estiolado pelas abstrações metafísicas. Longe de municiar os operadores forenses com teorizações sofisticadas, o autor oferece-lhes o seu “saber de experiência feito”, cunhado ao longo de seus anos de experiência profissional como insigne advogado. Daí por que “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor” é um monumento de *generosidade* e *humildade*, que são os dois ingredientes sem os quais nenhuma Pragmática Construtiva é viável.

Embora desprezado pela “alta cultura processualística”, esse modelo pragmático cumpre a função primordial de retirar para a vida forense todo o potencial prático que se esconde por trás de pomposas explanações doutrinárias e sóbrias fórmulas legais. Assim atuando, a Pragmática Processual Construtiva procura retardar toda e qualquer reforma legislativa, sem que antes não se tenha conseguido saborear todo o gosto e cheiro que o direito positivo vigente pode proporcionar. A missão do pragmatista aqui é esta: retorcer e vasculhar o sistema processual civil, construindo a partir dele o caminho seguro para a solução das aflições e para o atendimento das necessidades diárias. Não é do seu feitio, portanto, pôr-se com o dedo em riste assoviando erudições. Dele só se quer a convicção franciscana de servir aos outros.

14. De qualquer modo, cinge-se o autor a expor as regras lícitas de convencimento do interlocutor no meio judiciário. Não há nele a preocupação de expor a argumentação jurídica como capítulo do discurso da razão prática e demonstrar a necessidade adicional da argumentação geral prática em face da insuficiência das normas de direito válidas para a justificação das decisões judiciais. Para uma reflexão desse tipo: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, pp. 267 e ss. Fundando esse “discurso racional prático” essencialmente na Moral: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*, pp. 101 e ss.

6. A PRAGMÁTICA PROCESSUAL COMPREENSIVA

Como tratado, a Pragmática Processual Construtiva propõe a si estudar os modos de agir argumentativo-processuais no âmbito forense. Todavia, um enfoque pragmático não pode desprezar questões importantes como, por exemplo, a influência dos contextos na constituição do sentido e do alcance das normas jurídicas processuais civis. Lembre-se: um estudo retórico-argumentativo da experiência jurídica é uma variação possível da Pragmática Jurídica, conquanto se trate de uma visão restrita e parcial. No quadro geral das Ciências Semióticas, uma das funções da Pragmática é o desvendamento do sentido que um signo adquire em determinados contextos e em situações concretas e singulares, em função das determinações das pessoas, dos lugares, dos momentos e das razões que levam à enunciação. Nesse sentido, a Pragmática acaba por captar as discrepâncias entre o significado visado por um falante numa dada enunciação e o significado proposicional dedutível de condições dependentes do contexto extralingüístico (isto é, ela nota que os significados lingüísticos não são determinados exclusivamente pela semântica frásica ou proposicional, mas também por contextos discursivos, situacionais, etc.). Deve-se frisar que esse tipo de visão pragmática (que chamo de “Pragmática Jurídica Compreensiva”) não se preocupa com as condições externas de natureza psicológica, social, econômica, histórica, cultural e ideológica do discurso normativo (posição *extrinsecalista*), mas sim com o estudo das determinações contextuais sobre o sentido jurídico-normativo, enfim, com a inseparabilidade entre a constituição dos sentidos dos textos jurídico-normativos e os atos discursivos através dos quais os operadores do direito se relacionam no dia-a-dia (posição *intrinsecalista*)¹⁵.

Em termos mais concretos, a Pragmática Jurídica Compreensiva revela um ponto de vista metodológico mais inovador, pois deixa de analisar o discurso jurídico a partir de um conhecimento *a priori* dos textos escritos e passa a observar as normas jurídicas tal como são aplicadas espontaneamente na vida prática quotidiana. Isto faz com que os significados jurídicos sejam desvendados, não a partir de ilações extraídas de códigos de textos normativos, mas de situações individuais e concretamente consideradas¹⁶. Daí por que, numa pragmática jurídica de tipo compreensivo, é possível que sejam descobertos elementos *implícitos* no discurso normativo que, muito embora não se façam presentes no texto legal, nem por isso estão menos presentes nas situações reais da vida. Com isto se destrói a crença de que textos normativos

15. Acerca das posições extrinsecalista e intrinsecalista no estudo da pragmática: RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*, pp. 31-35. O desenvolvimento de uma pragmática declaradamente extrinsecalista e, portanto, interdisciplinar pode ser visto em WATZLAWICK, Paul *et alii*. *Pragmática da comunicação humana*.

16. Na teoria geral da linguagem, o estudo dos processos espontâneos de interlocução, divorciado da análise dos códigos de textos escritos, é chamado de “pragmática conversacional”. Sobre o tema, p. ex.: RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*, pp. 139 e ss.. Françoise Armengaud chama-o de “pragmática de segundo grau” (*A pragmática*, pp. 84 e ss.).

possuem um valor semântico independente de seu uso, de sua inserção em um *contexto interlocutivo*. Enfim, elide-se a idéia de que as normas jurídicas possuem um “núcleo duro de significação”, que seja compreensível sem a interferência da variabilidade e da fluidez das situações concretas em que são elas aplicadas. Em última instância, consagra-se a noção de que o *contexto interlocutivo* (que o Prof. Friedrich Müller chama de “âmbito de aplicação”) é parte intrínseca do conteúdo semântico das normas jurídicas (não obstante haja quem entenda que textos normativos têm núcleos semânticos autônomos, a que se vêem acrescer significações periféricas em função dos usos pragmáticos, dos processos de contextualização a que os operadores do direito os submetem).

Entretanto, apesar do notável potencial heurístico da Pragmática Compreensiva, ela tem sido o modelo dogmático-processual mais desprezado. Se a Analítica Processual Civil é hipertrófica, os estudos pragmático-compreensivos sobre processo civil padecem de triste hipotrofia. Em verdade, não se trata de problema específico da Processualística. No seio da tradição romano-germânico-canônica, a Pragmática Compreensiva é o mais vilipendiado sub-ramo da Pragmática Jurídica e, por via de conseqüência, é o modelo de Dogmática Jurídica mais subdesenvolvido. Há uma inegável proximidade metodológica entre a Pragmática Compreensiva e a tradição anglo-saxônica: em ambos os modelos, as normas jurídicas são captadas a partir de *experiências vividas*. Porém, no direito anglo-saxão, o conteúdo semântico das normas jurídicas é apanhado não da redação dos textos legislativos, mas da vivência prática que os Tribunais têm com esses textos. Daí por que ali a fonte primordial é a jurisprudência, não a lei. Nisto, os dois modelos afastam-se um do outro: numa visão pragmático-compreensiva, a norma jurídica é revelada a partir de sua usança *social*; já na visão tradicional anglo-saxônica, a base de revelação é a usança *jurisprudencial*. Por conseguinte, o espectro de investigação empírica do modelo anglo-saxão é mais restrito. Ora, inúmeros são os ramos do direito cuja aplicação diária passa ao largo da rotina quotidiana dos tribunais; nem por isto deixam de ser objeto de estudos pragmático-compreensivos. De toda maneira, coincidentemente, a base de investigação empírica para a Pragmática Processual Compreensiva é a jurisprudência, haja vista que as normas processuais são aplicadas fundamentalmente pelo Poder Judiciário.

Em um texto publicado na Revista de Processo nº 140 (“Notas pragmáticas sobre concessão de liminares”), elaboramos um estudo tipicamente pragmático-compreensivo a respeito dos requisitos necessários para a concessão de providências liminares. Após a análise de um sem-número de julgados, constatou-se que, diante de pedidos de liminares cautelares ou antecipatórias, os Tribunais não tratam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como requisitos autônomos entre si, tal como faz crer a letra fria dos textos de lei. Basta para a doutrina tradicional a falta de um dos preditos requisitos para que a liminar deixe de ser concedida (modelo mecanicista). Noutras palavras: se estiverem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o juiz tem o dever de conceder o provimento de urgência; porém, se um dos

requisitos estiver ausente, o juiz está proibido de conceder a medida. Entretanto, a prática judiciária revela outra realidade: no que respeita ao direito das liminares, há graves discrepâncias entre o *law-in-books* e o *law-in-action*. Lendo-se os excertos jurisprudenciais, nota-se que os juízes – ainda que de uma forma espontânea e inconsciente – imprimem ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora* uma relação de “complementação mútua”: a ausência ou presença “minguada” de um requisito pode ser compensada pela presença “exagerada” do outro (modelo adaptativo). É comum verem-se, no dia-a-dia forense, liminares concedidas sem presença do *periculum in mora*, mas com a quase-certeza do direito alegado (ou seja, provimentos jurisdicionais que tutelam a *evidência*, sem haver qualquer urgência). Isto se pode verificar em inúmeras demandas tributárias, por exemplo. Em contrapartida, não é rara a concessão de liminares sem que o *fumus boni iuris* esteja presente, não obstante verificado o perigo iminente de um dano extremado (isto é, provimentos jurisdicionais que tutela exclusivamente a *urgência*, sem que haja qualquer probabilidade do direito afirmado em juízo). É o que se vê nas várias demandas sobre planos de saúde. Ora, a “probabilidade” e o “perigo” são realidades que se mensuram por *graus*, razão pela qual o baixo grau de “probabilidade do direito” pode ser compensado pelo alto grau do “perigo de dano” (e vice-versa). Com isto, um estudo pragmático-compreensivo revela-nos que, no contexto jurisprudencial, as regras sobre a concessão de liminares apresentam conteúdo semântico diferente daquele que se poderia extrair a partir de uma simples interpretação frásica dos dispositivos legais. Na prática, a concessão de medidas liminares acaba mostrando-se como um *ato de condicionalidade complexa*, fruto da valoração que o juiz tece da tensão fundamental entre a “fumaça de bom direito” e o “perigo de dano”, tal como configurados no caso concreto.

Entretanto, o mais raro e importante momento em que a Ciência do Processo no Brasil se enleou em estudos pragmático-compreensivos foi o enquadramento dogmático da “exceção de pré-executividade”. Em realidade, a fonte das perplexidades jamais foi o instituto em si, mas a falta de desenvoltura metodológica para o seu entendimento. Ora, a defesa sem embargos na execução não pode ser enxergada simplesmente como uma *criação* doutrinário-jurisprudencial. Não se trata de um fenômeno forjado pelo gênio de juristas inventivos e aceito passivamente pela complacência de juízes heterodoxos. Suas raízes fincam-se na secular experiência processual lusobrasileira. De fato, o Código de Processo Civil de 1973 tentou infundir o artificialismo dos processos “puros” (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar), que proporcionam carícias ao intelecto esquemático e inconveniência à vida prática. No entanto, a “exceção de pré-executividade” foi uma rebeldia do dia-a-dia forense a essa artificialidade importada da doutrina italiana. É bem verdade que os pródromos da moderna compleição do instituto foram lançados por Pontes de Miranda, em seu já clássico Parecer nº 95, de 30.07.1966, encartado no 4º volume de sua obra “Dez anos de pareceres”. Contudo, há antecedentes legislativos no Brasil em que já era permitida a defesa do executado sem que estivesse o juízo garantido por penhora: artigos 10 e 31 do Decreto Imperial nº 9.885/1888; Decreto Federal nº

8.484, de 11.10.1890; art. 1º do Decreto 5.225, de 31.12.1932, do Rio Grande do Sul. Portanto, a possibilidade de o executado opor-se à pretensão executiva por meio de um simples requerimento não-condicionado à penhora sempre foi uma constante.

A admissão dessa possibilidade nunca foi um problema para a Processualística. Em verdade, o problema sempre foi de *conteúdo*, e não de *forma*. A dificuldade sempre esteve em definir o que poderia ser alegado nesse requerimento. Não por outra razão, os juristas acabaram mergulhando numa filodoxia perturbadora, em que cada um passou a *opinar* ao seu bel-prazer. Daí por que, com relação a esse assunto, a doutrina jamais se portou como um norte bom e seguro para os práticos do dia-a-dia forense. Mirando-se a experiência jurisprudencial, porém, pode-se dizer que a “exceção de pré-executividade” vem sofrendo um processo de dilatação do seu âmbito aplicativo: em primeira fase, nela só se admitia a arguição de *objeções* (ou seja, a “exceção de pré-executividade” era uma forma de controle da pretensão executiva nos planos dos pressupostos processuais e das condições da ação); em segunda fase, algumas *exceções substanciais* foram aceitas, dêz que não dependessem de dilação probatória e dissessem respeito a causas de extinção do crédito exequendo (*e.g.*, pagamento, compensação); em terceira fase, passou-se a aceitar toda e qualquer matéria jurídica ou fática apreciável *simpliciter et de plano*, reservando-se aos embargos tão apenas a matéria fática dependente de dilação probatória (razão por que a petição da “exceção de pré-executividade” tende a assemelhar-se cada vez mais à petição inicial de um mandado de segurança).

Com isto, nota-se o papel primordial desempenhado pela Pragmática Processual Compreensiva. Na medida em que o direito positivo deixa de ser um mero *dado textual* carente de explicação e passa a ser um *construído significativo* resultante de elaborações dogmáticas, a Pragmática Processual Compreensiva tenta fechar as valas entre o “direito formal” dos Diários Oficiais e o “direito vivo” das atitudes forenses espontâneas. Assim atuando, o jurista alivia as tensões de ruptura comuns entre a teoria processual e a práxis forense, reajustando o Código de Processo Civil e a legislação processual extravagante a práticas diárias que se rebelam contra a inadequação ou a lacuna dos textos de lei. Dessa forma, a metódica pragmático-compreensiva joga sobre seus ombros a responsabilidade maior de oxigenar os textos normativos e de, conseqüentemente, proteger a rotina social contra reformas legislativas abruptas ou desordenadas.

7. A PRAGMÁTICA PROCESSUAL ACIONAL

A Pragmática Acional é o estudo da linguagem como *ação*, como a realização de atos que intervêm, de alguma forma, na constituição e transformação do mundo¹⁷.

17. Sobre a “pragmática acional” como estudo da linguagem enquanto ação interventora, p. ex.: RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*, pp. 107 e ss.. Françoise Armen-gaud prefere chamá-lo de “pragmática de terceiro grau” (*A pragmática*, pp. 99 e ss.).

Nesse sentido, sua inserção no plano jurídico-dogmático torna-se de vital importância. Cediço é que o pensamento jurídico moderno foi cunhado sob a dicotomização kantiana entre o “dever-ser” e o “ser”. Às ciências jurídicas dogmáticas caberia estudar o “dever-ser” das normas de direito; às ciências jurídicas não-dogmáticas, o “ser”. O impacto social dessa separação rígida foi tão interessante quanto desastroso. De um lado, os “juristas” e suas explicações doutrinárias sobre como deveria ser a realidade à luz do direito positivo; de outro, os sociólogos e suas descrições de como efetivamente a realidade é. Entre ambos, porém, passou a adormecer toda uma possibilidade inexplorada de investigação técnica: como reduzir a distância abismal entre o “dever-ser” e o “ser”; quais os meios de que os práticos podem dispor para implementar, empiricamente, os comandos normativos; qual via de construção metodologicamente orientada para que as normas sejam mais *efetivas* (i.é., sejam cumpridas) e mais *eficientes* (i.é., tendo sido cumpridas, atinjam os fins para os quais foram criadas)¹⁸. Enfim, a ciência jurídica tornou-se carente de uma espécie de “pragmática da ação jurídica instrumental”, isto é, de um saber tecnológico preocupado com os expedientes de implementação prática das normas no mundo fenomênico e com as estratégias para que as normas sejam arquitetadas para alcançarem as suas finalidades com o melhor “rendimento de produção” possível.

Na Processualística brasileira, a consciência da necessidade de desenvolvimento de uma Pragmática Acional é muito recente. Aliás, essa consciência é ainda estreita nos países de tradição romano-germânico-canônica. Uma compreensão exata sobre o Estado Democrático e Social de Direito é muito incipiente, pois o seu processo de conformação definitiva ainda não terminou. Dentro desse novo modelo de atuação estatal, surge uma nova forma de legiferação e, portanto, de aplicação das normas jurídicas (especialmente das normas processuais civis). Ao longo da conturbada transposição do séc. XX para o séc. XXI, a complexificação da sociedade capitalista obrigou o Estado ao convívio com vários ordenamentos não-estatais paralelos, em um pluralismo jurídico inevitável, que o impede de intervir minudentemente em todos os setores da vida social. Assim, o Estado, coordenado com organizações não-governamentais representativas de interesses supra-individuais, deixa de ser um mero produtor de leis e atos administrativos e torna-se um irradiador de normas-objetivo e políticas públicas para alcançar as metas estabelecidas. Num modelo de Estado *nomocrático*, o Poder Legislativo edita leis, o Poder Executivo aplica-as *ex*

18. A *eficiência jurídica* pode ser entendida como: (α) a *prestabilidade* das normas para o alcance dos fins para os quais foram criadas (i.é., se elas são hábeis, potencialmente, para concretizar os objetivos que as inspiraram – relação *output/input*) (= eficiência jurídica como “competência de desempenho normativo”); (β) o *impacto final* das normas (i.é., se o estado de fato produzido pela implementação delas coincide com o estado ideal de coisas desejado – relação *output/goal*) (= eficiência jurídica como “performance normativa”). Para uma distinção entre a *competência* e o *desempenho* na lingüística pragmática: SCHMIDT, Siegfried J. *Lingüística e teoria de texto*, pp. 31-41. Sobre a noção de eficiência na Processualística: COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”, pp. 286 e ss.

officio e o Poder Judiciário aplica-as mediante provocação; num modelo de Estado *telocrático*, o Poder Legislativo fixa as metas, o Poder Executivo implementa os meios adequados para atingi-las e o Poder Judiciário fiscaliza a criação desses meios e a sua adequação. Daí por que o sistema jurídico-normativo de direito positivo deixa de ser um sistema provido de elevada *previsibilidade* (que é a preocupação do Estado Liberal de Direito) e de ocupar-se tão-somente com a construção dos instrumentos de *efetivação* (que é a preocupação do Estado Social do Direito), para que se torne mais flexível para a consecução das suas *metas* e *finalidades* (que é a preocupação do Estado Democrático e Social de Direito).

No que concerne especificamente ao direito processo civil, deixa de haver aquela previsão exaustiva da inflexível seqüência dos atos que o juiz devem empreender para a condução do processo. Aos juizes passa a ser atribuída uma maior discricionariedade, a fim de que ele tenha condições de implementar as suas decisões em consonância com as vicissitudes de cada caso concreto. Para tanto, as normas processuais ganham uma nova compleição: tornam-se elas mais abertas e incrustadas de “conceitos indeterminados” e *standards*, permitindo que essa *incerteza legislativa* seja compensada pelo juiz por meio de uma aplicação jurídico-normativa dotada de *concretitude particularizada*. Com isto, o processo deixa de ser *always under law* e torna-se discricionário por excelência. Logo, a atividade de aplicação do direito processual civil deixa de ser meramente *subsuntiva*, em que os atos do juiz são uma simples submissão do caso concreto às normas, para que seja transformada numa atividade *sobresuntiva*, em que o juiz é convocado para assumir avaliações próprias, num papel análogo ao do legislador, visto que sua decisão se torna uma verdadeira *opção* entre alternativas legítimas por uma solução *ótima*.

Verifica-se um exemplo dessa nova concepção de processo quando se está diante da efetivação da tutela específica de obrigações de fazer e de não-fazer. Os §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC trazem rol *exemplificativo* de medidas coercitivas de natureza executiva e mandamental de que se pode valer o magistrado para que sua decisão seja cumprida *in natura*, ou para que seja alcançado o resultado prático equivalente. No entanto, resta ao juiz eleger, em face do caso concreto, os instrumentos de efetivação mais adequados, ou mesmo inventá-los individualizadamente, a fim de que a decisão antecipatória possa ser implementada na prática com o maior *rendimento de produção* possível, sem que haja a previsão exaustiva de uma seqüência de atos de efetivação a ser seguida pelo juiz, isto é, sem que haja uma solução genérica e abstrata oferecida *a priori* pelas normas de direito positivo. Enfim, o regime de efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer (outrora introduzido pelo art. 84, §§ 4º e 5º, do Código Nacional de Defesa do Consumidor) inaugurou uma nova forma de regulação jurídico-processual dos meios de efetivação das resoluções do Poder Judiciário, pois é uma regulação discricionariamente exercida pelo magistrado, que tende, portanto, à *particularização*, à *individualização*, à *adaptação*, à *fragmentação* e à *maleabilidade*. Por isso, no que tange à efetividade das decisões

judiciais, a argumentação jurídica desenvolvida pelos magistrados tende menos a considerações formais e mais a argumentos teleológicos e valorativos.

Outro exemplo dessa nova concepção também é verificado quando se está diante do problema da efetivação da decisão antecipatória proferida em uma ação condenatória para pagamento de soma em dinheiro. É cediço que a efetivação da liminar antecipatória do pagamento de soma em dinheiro e a efetivação da sentença condenatória monetária devem compreender atividades diferentes entre si, pois a premência de sanar-se o perigo que aflige o autor não pode aprazer-se com a instauração do delongado procedimento de execução de obrigação por quantia certa do Livro II, Título II, Capítulo IV, do CPC, em que se vêem autuações, extração de carta de sentença, intimação para o recolhimento de custas judiciais, intimação para a prestação de caução idônea, expedição e cumprimento do mandado executivo, abertura de prazos, oportunidade para o cumprimento voluntário da determinação judicial, penhora e todos os seus incidentes, etc. Daí por que se atribui ao juiz o poder discricionário de imprimir no procedimento executivo padrão inúmeras *deturpações sumarizantes* sintonizadas com as necessidades do caso concreto. Noutros termos, atribui-se ao juiz o poder imaginativo de arquitetar novos formatos executivos a partir de uma desfiguração abreviante da execução típica, sem se ferirem os princípios e as regras jurídicas do direito processual civil constitucional (contraditório, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade etc.). Aliás, é a falta de minudência na previsão formal dos meios executivos da tutela antecipatória pelo art. 273, § 3º, do CPC, que possibilita essa atribuição de discricionariedade. Com isto, busca-se tanto satisfazer prontamente o direito do autor, quanto imprimir ao instituto da antecipação de tutela um maior grau de *eficiência* (i.é., uma maior adequação aos fins que inspiraram sua criação, especialmente a *celeridade*). Mais: consagra-se a Ciência Processual como uma verdadeira técnica de *invenção*, como um conhecimento *pragmático*, enfim, que se liberta dos quadros estritos de uma mera *exegese*, em que as normas processuais civis são vistas tão-somente como um *dado* que compete aos operadores forenses analisar¹⁹.

Exemplo bem sucedido de estudo pragmático-acional foi desenvolvido por Luiz Guilherme Marinoni na obra “Técnica processual e tutela dos direitos”. Aqui, à luz das mais diferentes espécies de direito material, o autor oferta criativamente um *receituário* individualizado de técnicas processuais diferenciadas e atípicas de que se pode utilizar o magistrado para implementar na prática as mais variadas formas de tutela jurisdicional (tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela específica de obrigações de fazer e não-fazer, tutela específica da entrega de coisa, tutela pecuniária, etc.). Esse compêndio engenhoso é construído sob a premissa de que o

19. Sobre o tema, p. ex.: COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. “A efetivação das liminares antecipatórias nas ações condenatórias monetárias”, pp. 184-210; idem. “A repercussão da Lei 11.232/2005 na execução da tutela antecipada”, pp. 169-198.

processo é uma *técnica* funcionalizada à efetivação do direito material, que não pode estar circunscrita à letra fria da legislação, sob pena de distanciar-se dos direitos e da vida. Em verdade, o ilustre processualista do Paraná tem como ponto de partida um sistema normativo *aberto*, que confere aos juízes poderes discricionários, que regula a relação processual por meio de “cláusulas gerais” e que, por vezes, deixa de definir expressamente a técnica processual. Portanto, é dado ao juiz definir as medidas executivas adequadas e necessárias para cada caso concreto, dès que o faça em harmonia com os direitos fundamentais processuais do autor e do réu.

Daí já se percebe que, sem uma Pragmática Acional bem desenvolvida, o Direito Processo Civil hodierno se cinge a um *potencial não-vivificado*. Sem a desenvolvimento de uma mentalidade dogmática voltada para a “ação implementadora” e para a “estratégia decisória”, tornam-se sem valia útil a positivação do princípio da efetividade, a previsão de poderes discricionários para o juiz e a formulação de uma normatividade flexionável. Para que os operadores do processo possam manipular com eficiência os novos aparatos jurídico-tecnológicos que o CPC e a legislação extravagante lhes disponibilizam, devem estar dogmaticamente *capacitados*. Ou seja, para o processo civil poder prestar-se como técnica adequada para a efetivação do direito material, necessário é que a comunidade forense se invista numa mentalidade *imaginativo-institucional* e que o juiz deixe de ser *um* seguidor submisso de formulários pré-concebidos para ser o construtor *inventivo* de suas próprias trilhas²⁰. Sem isto, os textos legais estarão fadados a reformas legislativas desnecessárias: o legislador pensará que a causa da ineficiência processual está nas leis, quando, em verdade, está na dogmática de que partem os seus aplicadores.

8. CONCLUSÃO

Com isso, tenta-se provar que uma estratégia apropriada para que se aumentem a efetividade e a eficiência processuais passa não apenas por uma reforma legislativa, mas também pelo esgotamento de todas as potencialidades jurídico-epistemológicas, muitas das quais até hoje desprezadas. Em outras palavras: o processo civil não se tornará mais efetivo e eficiente somente pelas mãos do legislador, mas, sobretudo, pelo labor mental dos juristas do processo, caso venham eles a penetrar-se da necessidade urgente de desenvolvimento de uma Processualística bem menos axiomática e mais hermenêutica e pragmática. É bem verdade que a assim chamada “Ciência Dogmática do Direito” é u’a combinatória dos modelos analítico, interpretativo e empírico, de modo que o jurista, ao enfrentar um problema de

20. Deve-se ressaltar que a inventividade não é “dádiva inata” de origem impenetrável: a aptidão criativa pode ser desenvolvida, desde que o processo criativo individual seja compreendido por cada um e exercido deliberadamente em suas ações pessoais. Neste sentido, v.g.: OSTROWER, Fayga. *Criatividade e processos de criação*, pp. 55 e ss. Uma tentativa de “objetivar” as etapas da criatividade nos processos decisórios pode ser vista, e.g., em JONES, Manley Howe. *Tomada de decisões pelos executivos*. v. 1, pp. 49-81.

decidibilidade, raramente se fixa em um único modelo: ora dá prioridade a um deles, ora coloca-os em pé de igualdade. No caso específico da Ciência Processual Civil, porém, tal *arquitetônica* de modelos costuma ser bastante assimétrica, pois se acaba assistindo na prática acadêmica a uma hipertrofia do enfoque analítico e a uma atrofia das perspectivas hermenêutica e pragmática. Evidente que os problemas da ineficiência e da ausência de efetividade não residem, exclusivamente, nessa assimetria metodológica. A questão é mais complexa. Não se pode olvidar que ainda há no Brasil sérias limitações orçamentárias que entram a boa desenvoltura da gestão burocrático-jurisdicional, por exemplo. Além do mais, ainda há graves defeitos nas leis processuais. De qualquer forma, no que diz respeito aos “entraves dogmáticos”, cabe somente a nós, os processualistas, erradicá-los...

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. t. I. trad.: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1963.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra Ed., 1963.
- ARMENGAUD, Françoise. *A pragmática*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2006.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. “Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo”. In *AJURIS* n° 61.
- CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de derecho procesal civil*. v. 1. trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillho e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo *et alii*. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. “A efetivação das liminares antecipatórias nas ações condenatórias monetárias”. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 12. n. 54. janeiro-fevereiro de 2004, pp.184-210.
- _____. “A repercussão da Lei 11.232/2005 na execução da tutela antecipada”. In *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coord.: Mirna Cianci *et alii*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 169-198.
- _____. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”. In *Revista de Processo*. Ano 30. n. 121. março de 2005, pp. 275-301.
- _____. “Assistência nas execuções obrigacionais”. In *Revista de Processo*. Ano 31. n. 134. abril de 2006, pp. 30-51.
- _____. “Notas pragmáticas sobre concessão de liminares”. In *Revista de Processo*. Ano 31. n. 140. outubro de 2006, pp. 07-36.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito processual civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad.: Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- JONES, Manley Howe. *Tomada de decisões pelo executivo*. v. 1. trad.: Márcio Cotrim. São Paulo: Atlas, 1973.
- MACCORMICK, Neil. “Analítica (abordagem – do direito)”. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Direção de André-Jean Arnaud *et alii*. Trad.: Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MARCONDES, Danilo. *A pragmática na filosofia contemporânea*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- MORRIS, Charles W. *Fundamentos da teoria dos signos*. Trad.: Paulo Alcoforado e Milton José Paulo. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca; São Paulo: EDUSP, 1976.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)*. [dissertação de mestrado]. São Paulo: PUC-SP, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 2. ed. trad.: Peter Nauman. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional I*. trad.: Peter Nauman. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Curso de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: RT, 1971.
- OSTROWER, Fayga. *Criatividade e processos de criação*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- PINA, Rafael de e LARRAÑAGA, José Castillo. *Instituciones de derecho procesal civil*. 10. ed. México: Porrúa, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. I. Campinas: Bookseller, 1998.
- ROCCO, Alfredo. *La interpretación de las leyes procesales*. trad.: Manuel Romero Sanchez e Julio Lopez de la Cerda. México: Stylo, 1944.
- ROCHA, José de Moura. “A interpretação e as leis processuais”. In Revista de Processo nº 42.
- RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. t. I. trad.: Angela Romera Vera. Buenos Aires: Europa-America, 1955.

SCHMIDT, Siegfried J. *Lingüística e teoria de texto: os problemas de uma lingüística voltada para a comunicação*. Trad.: Ernst F. Schurmann. São Paulo: Pioneira, 1978.

SOARES, Fernando Luso. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 1980.

VARELA, Antunes *et alii*. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra Ed., 1985.

WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet Helmick, JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo de padrões, patologias e paradoxos da interação*. Trad.: Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix.

CAPÍTULO X
**NULDADES E MODELO
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO**

*Flaviane de Magalhães Barros**

Sumário • Introdução – 1. A compreensão da relação entre Constituição e processo a partir da noção de modelo constitucional de processo – 2. Por uma teoria das nulidades adequada ao modelo constitucional de processo – 3. Por uma interpretação constitucionalmente adequada do interrogatório por videoconferência definido pela lei 11.900/2009 – Conclusão – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Brasil vive, como diversos outros países, uma grande inflação legislativa, com a aprovação de várias leis processuais, estando algumas delas em flagrante desconformidade com a Constituição da República de 1988. Neste panorama se inserem boa parte das leis da reforma do Código de Processo Civil (CPC), que ocorre desde a década de 90 e mais recentemente a reforma do Código de Processo Penal (CPP).

Um dos pontos mais importantes da crítica às reformas pontuais realizadas no Brasil na legislação processual é sua inadequação ao modelo constitucional de processo. Isto é, o desconhecimento de que a legislação processual não pode se afastar dos direitos e garantias definidos no texto constitucional. Tal questão que poderia se apresentar relevante apenas para a discussão dos constitucionalistas tem grande importância para os estudos de direito processual, pois quando uma decisão jurisdicional desrespeita os princípios constitucionais do processo gera-se, no caso concreto, a necessidade de verificação acerca da existência de uma nulidade processual.

Assim, fica patente a importante relação entre Constituição e Processo, no âmbito das reformas processuais, pois ou se busca uma interpretação conforme a Constituição para as alterações na legislação processual, ou então, como consequência, a aplicação da norma processual em desacordo com os princípios constitucionais do processo ensejará uma nulidade processual.

* Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto a *Università degli studi di Roma TRE*. Professora adjunta da PUC Minas. Professora da UIT. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogada.

O presente estudo pretende revisitar a teoria das nulidades para adequá-la à compreensão do modelo constitucional de processo. Para tanto, a discussão utilizará como pano de fundo as implicações constitucionais da Lei n.º 11.900/2009, que autorizou a realização do interrogatório por meio de videoconferência, frente aos princípios constitucionais do processo, verificando os reflexos em termos de nulidades no processo.

1. A COMPREENSÃO DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO A PARTIR DA NOÇÃO DE MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A Constituição estabelece as bases principiológicas do processo, ou como ressalta Andolina e Vignera, um esquema geral de processo (1997, p. 9). Andolina e Vignera (1997) analisam a nova perspectiva dada pelo projeto constitucional italiano de 1948¹ ao processo e à noção de modelo constitucional de processo:

Tutto ciò permette di dire che dopo il 1948 il processo in Italia è diventato un'entità "a modello unico e da tipologia plurima": espressione che (nella sua apparente contraddittorietà) esprime efficacemente – ci sembra – l'idea che, se esiste un solo paradigma costituzionale di processo, esiste (recte: può esistere) altresì nell'ordinamento una pluralità di procedimenti giurisdizionali. (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 11).²

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, entendido como um modelo único e de tipologia plúrima, se adéqua à noção de que na Constituição encontra-se uma base uníssona de princípios que define o processo como garantia. Mas tal modelo vai além de uma matriz uniforme, ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias de cada microsistema processual.

Contudo, não se trata, apenas, de diferença entre procedimentos, no sentido de uma sucessão de atos e fases processuais, como especificado acima por Andolina e Vignera (1997, p. 11). Mais do que isto, é preciso perceber que por mais que todo processo tenha como base os princípios constitucionais – do contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e a existência de terceiro imparcial –, há diferenças entre os processos, seja em razão do provimento pretendido ou dos direitos fundamentais a serem garantidos.

1. É importante verificar que a apropriação do tema processo como uma garantia constitucional é marco dos processos de redemocratização dos Estados, tendo sido introduzida e consolidada nos textos constitucionais tanto da Constituição italiana de 1948 como também na nossa Constituição da República de 1988.
2. Tudo isto permite dizer que depois de 1948 o processo na Itália se tornou uma entidade “modelo único e tipologia plúrima”: expressão que (na sua aparente contradição) exprime eficazmente – nos parece – a idéia de que há um único paradigma constitucional de processo, e se existe (ou pode existir), isto sim, é uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais. (Tradução livre)

Em uma apropriação da teoria do modelo constitucional de processo que seja coerente com o Estado Democrático de Direito, principalmente, no marco procedimentalista (HABERMAS, 1997), em que se entende que o processo é uma garantia constitutiva de direitos fundamentais, pode-se considerar os princípios bases do modelo constitucional como aplicáveis a qualquer tipo de processo e não somente ao processo civil como preocuparam-se os autores de tal teoria.

A mais, a noção de modelo constitucional do processo não está atrelada apenas ao processo jurisdicional. Permite-se, portanto com tal noção avançar para uma teoria do processo que agregue não somente o processo jurisdicional, mas o processo legislativo, administrativo, arbitral, de mediação. Logo, totalmente adequada ao texto da Constituição da República do Brasil de 1988, que já ressaltava a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa nos processos administrativos (art. 5º, LV da CR/88), e a previsão de participação em contraditório no processo legislativo (art. 64 e segs. da CR/88).

Neste sentido, pode-se afirmar a existência de uma teoria geral do processo, não fundada na noção de Jurisdição como pretende Dinamarco (1998), mas na noção de processo. Processo, este, que é uma garantia constitucional que possui uma base única, fundada nos princípios constitucionais de processo que garante o contraditório, ampla argumentação, o terceiro imparcial e a fundamentação da decisão, ou seja, como estrutura legitimadora dos provimentos sejam eles jurisdicionais, administrativos, legislativos. Toma-se assim, a proposta teórica de Fazzalari (1992), em uma releitura procedimentalista conformadora com o Estado Democrático de Direito, para compreensão da noção de procedimento e processo.

Os princípios que formam a base principiológica – contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação da decisão – são totalmente compatíveis com todo e qualquer processo (legislativo, administrativo, jurisdicional). Mas tais princípios devem ser interpretados de acordo com cada um dos microsistemas processuais, não deixando de lado as características próprias que lhes são inerentes.

O modelo constitucional de processo possui, segundo Andolina e Vignera, três importantes características: expansividade, variabilidade e perfectibilidade. Isto é: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microsistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microsistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 9-10).

Logo, os princípios que constituem a base devem ser interpretados de forma a dar coerência a cada microsistema que possui suas características próprias. Para

tentar demonstrar tal questão tome-se o princípio do contraditório e da ampla argumentação. Há importantes distinções quando se tratar da participação da defesa no processo civil e no processo penal. Pois, no processo penal, em razão do direito fundamental a liberdade do cidadão, a defesa não tem que estar apenas presente a todos os atos, mas deve ela ser eficiente. Assim, a efetiva defesa técnica é uma garantia própria do microsistema do processo penal, tomando como base as características próprias da expansividade, variabilidade e perfectibilidade. Não significa, por outro que no processo civil não há ampla possibilidade de argumentação para o réu, mas sim que em tal microsistema a garantia dos limites da preclusão temporal são muito mais rígidos que no microsistema penal.

Assim, a adequação da ampla argumentação na especificidade do processo penal faz com que o desrespeito, no sentido de deficiência da defesa técnica, possa gerar a anulação dos atos de defesa, quando o tribunal reconhecer a procedência do pedido de reconhecimento da nulidade.

Logo, a argumentação relativa à nulidade deve ser conjugada ao respeito ao modelo constitucional do processo. Portanto, a revisitação da teoria das nulidades é relevante para a compreensão do processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, própria do Estado Democrático de Direito.

2. POR UMA TEORIA DAS NULIDADES ADEQUADA AO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A teoria das nulidades pode ser vista numa perspectiva paradigmática, por meio de uma análise das características das nulidades próprias do processo no Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Em termos de liberalismo processual, o processo é visto como a forma pela forma, o rito pelo rito, é o jogo das partes que rege a dinâmica do processo e a vitória processual depende da esperteza dos advogados. Nesta perspectiva, a nulidade é estruturada pela rigidez das formas, além de seguir a influência do direito privado, que discutia a nulidade e anulabilidade dos atos com o enfoque dos atos jurídicos de direito privado e dos negócios jurídicos, com já criticado por Carnelutti (1938, p.512).

De modo exemplificativo, pode-se verificar no Código de Processo Penal, em sua redação original, resquícios de tal compreensão das nulidades. Para tanto, basta analisar o art. 524, no qual verificar-se-á a enumeração de diversos atos que serão considerados nulos. Assim, o juiz somente teria necessidade de verificar se a norma expressa no referido artigo era aplicável a caso em questão. Tal atuação do juiz é própria do liberalismo processual, como ressaltado por Dierle Nunes (2008). Assim, a nulidade deveria ser preponderantemente argüida pela parte, não podendo o juiz reconhecê-la sem sua provocação .

As mudanças perpetradas na teoria das nulidades iniciam-se com a introdução da noção de prejuízo, como dito pelos teóricos franceses, *pas de nulité sans grief*. Ou

seja, a nulidade somente será reconhecida se verificado o prejuízo para o processo ou para a atuação da parte. Tal medida visa obter a maior eficiência dos atos processuais, no sentido de uma economia processual. Mais do que isto, as nulidades em termos processuais passa a ser reconhecida de ofício pelo juiz, sem a provocação das partes. Ela passa a ser hipótese de não aplicação do princípio dispositivo, por se tratar de questão de ordem pública. Estas características aproximam a teoria das nulidades às influências do socialismo processual, que tem como importante característica a atuação ativa do juiz no processo, ou seja, o protagonismo judicial (NUNES, 2008), inclusive no sentido de suprir as deficiências argumentativas das partes.

Para os instrumentalistas, em que o processo se volta para os escopos metajurídicos, as nulidades absolutas, definidas como de ordem pública, podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Estruturam a teoria das nulidades a partir de quatro princípios; propostos inicialmente por Dinamarco, Grinover e Cintra, que são a instrumentalidade das formas, o interesse, a causalidade e a economia processual (DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 2005, p. 352-353).

Mas no Brasil, ainda não se encontra consenso entre autores sobre vários temas relacionados às nulidades como, por exemplo: se é vício (SILVA, 2006) ou sanção (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2007). Ou ainda, como se distingue as nulidades absolutas e relativas, as primeiras objetivam garantir a ordem pública e as segundas o interesse das partes; ou então, as primeiras desrespeitam normas constitucionais e as segundas normas infraconstitucionais (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2007). Além de manter dogmas como aquele em que apenas as nulidades relativas se convalidam.

Certamente, tais questões já bastam para demonstrar a necessidade de rediscutir a teoria das nulidades, no sentido de garantir uma interpretação adequada ao Estado Democrático de Direito e coerente com a própria noção de processo e de modelo constitucional de processo (BARROS, 2008; 2009).

Para tanto, é preciso afastar algumas incoerências e mesmo erros decorrentes da repetição reiterada de uma teoria das nulidades fundada em heranças romanas, absorvidas pelo Código de Napoleão, como já ressaltava Valle Ferreira (1963). Assim, desmistificar alguns termos; como “nulidade de pleno direito”, ou mesmo afastar determinadas dúvidas, como se nulidade é vício ou sanção.

A nulidade não pode ser vista como um vício intrínseco ao ato (SILVA, GOMES, 2006). A necessidade de que a nulidade processual seja reconhecida e declarada judicialmente já é compreendida por diversos autores, desde Grinover a Gonçalves, mesmo que em determinadas expressões da lei tal noção não seja verificada³.

3. Ou ainda, na doutrina estrangeira: *Ocorre ben distinguire tra il dovere del giudice di garantire il contraddittorio – e la correlativa affermazione di diritti delle parti – dalla conseguenza della sua violazione:*

Nos termos de uma reflexão sobre a teoria das nulidades adequada à noção de processo como garantia, as nulidades devem ser consideradas como forma de controle dos atos processuais, de sua regularidade e conformidade com o modelo constitucional de processo. Assim, somente pode ser considerada a nulidade como uma consequência do reconhecimento pelo órgão julgador da desconformidade do ato frente ao modelo constitucional de processo, gerando, como consequência, a necessidade de se refazer o respectivo ato, declarando-o nulo. Ou seja, a nulidade é uma sanção decorrente da desconformidade com o modelo legal.

Sob tal perspectiva, não é possível compreender que no direito processual jurisdicional existe “nulidade de pleno direito”, pois toda a nulidade é reconhecida no processo jurisdicional por meio de um espaço argumentativo formado no processo para discutir a regularidade do próprio ato processual, de modo que a declaração da nulidade do ato não seja consequência de uma decisão judicial monológica, mas sim uma decisão construída participativamente pelos afetados.

Assim, a nomenclatura utilizada pelos Códigos de Processo Civil ou Penal confundem as noções de vício e sanção (consequência de uma decisão). Logo não se deve apenas arguir a nulidade, mas sim requerer sua declaração como um direito de todas as partes à controlar a regularidade do processo e o respeito ao modelo constitucional de processo.

Portanto, a cognição sobre a nulidade se dá em duas fases: na primeira verifica-se a ocorrência de um ato irregular, ou seja, desconforme o modelo normativo de processo como se refere Gonçalves (2000, p. 62), que significa desconformidade com as normas processuais, ou em uma visão mais adequada à noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, própria do Estado Democrático de Direito, desconforme ao modelo constitucional de processo. Isto é, o ato processual desconforme às normas processuais afetam a garantia do processo e, portanto, é um ato irregular.

Na segunda fase, discute-se argumentativamente se o ato irregular deve ser reconhecido como nulo, quando ficar demonstrado que o ato não cumpriu sua finalidade, gerando prejuízo. Como ressalta Gonçalves (2000, p. 58) ao demonstrar os problemas dos princípios da instrumentalidade das formas, causalidade, interesse e economia processual, os critérios para demonstração da nulidade é a finalidade e o prejuízo. Ou dizendo de outra maneira, se o ato for irregular, mas cumprir sua finalidade e não gerar prejuízo, não haverá razão para anulá-lo.

non si può ridurre il significato della garanzia a quest'ultimo aspetto, poichè la sanzione di nullità non è affatto “inutile”, se opera come sanzione deterrente ossia per indurre il giudice a rispettare il contraddittorio prime di decidere.(FERRI, 1988, p. 782)

Finalidade do ato, no sentido, de “construir o procedimento válido” (GONÇALVES, 2000, p. 61), de o ato processual cumprir seus fins, no sentido de garantir as bases do processo constitucional, ou seja, que respeite o contraditório, a ampla argumentação, a imparcialidade do julgador e a fundamentação racional da decisão (BARROS, 2008, p.17,18).

Ausência de prejuízo significando que a irregularidade do ato não prejudicou as garantias do processo. Isto é, o ato garante a participação dos afetados por meio do contraditório, garante o tempo para que as partes possam apresentar os argumentos e fatos relevantes para a formação do processo. E ainda, que o processo seja dirigido por um juiz imparcial e que a decisão tenha uma fundamentação adequada e apresente aceitabilidade racional, levando em consideração o esforço reconstrutivo e argumentativo das partes.

A cognição sobre a irregularidade de um ato e a demonstração do prejuízo e do não cumprimento de sua finalidade como critério para declaração da nulidade tem que ser entendido como um incidente processual que exige a participação dos afetados pela futura decisão que anulará, garantindo, assim, o contraditório e a ampla argumentação destes.

O controle do ato processual é direito da parte que foi afetada pela sua irregularidade, mas não se pode afastar a(s) parte(s) com interesses contrários no processo da possibilidade argumentativa de demonstrar que o ato cumpriu sua finalidade e não causou prejuízo, respeitando, portanto, o contraditório e a ampla argumentação.

O próprio juiz tem possibilidade, no Estado Democrático de Direito, de controlar a validade dos atos processuais, ou seja, pode de ofício verificar que o ato é irregular. Mas reconhecer a nulidade ele somente poderá após garantir às partes afetadas o direito ao contraditório e à ampla argumentação. Apenas dessa maneira, o julgador garantirá que sua atuação não será discricionária, entregue à sua própria subjetividade, assim proferindo uma decisão com aceitabilidade racional, fundada na compreensão dos princípios do processo.

Em uma proposta para teoria das nulidades adequada ao Estado Democrático de Direito, não cabe, portanto, qualquer distinção entre nulidade absoluta ou relativa. Ou seja, se a nulidade é uma consequência decorrente da irregularidade do ato que gerou prejuízo e não alcançou sua finalidade. Trata-se de ato desconforme ao modelo constitucional de processo. Não é possível existir um ato “relativamente” desconforme aos princípios constitucionais garantidores do processo. Ou o ato irregular atingiu sua finalidade e não gerou prejuízo, ou a única consequência adequada para controlar tal irregularidade é refazê-lo, após sua anulação. O mesmo precisa ser feito com o termo “convalidar”. Em uma releitura adequada, o ato irregular será reconhecido processualmente como convalidado quando desconforme ao modelo normativo, mas mesmo assim atingiu sua finalidade e não gerou

prejuízo processual, ou seja, manteve sua adequação aos princípios constitucionais do processo.

Assim, nulidade e modelo constitucional do processo se fundem na compreensão do processo como garantia. Isto porque os princípios constitucionais que sustentam a base principiológica do processo são base para o processo adequado e para o controle dos atos processuais. Ao mesmo tempo, a decisão que anula o ato processual irregular precisa respeitar o modelo constitucional do processo, isto é, ela tem que ser formada com a garantia do contraditório, da ampla argumentação, do juiz imparcial e a fundamentação racional da decisão.

Neste sentido, toda e qualquer norma processual inserida pelas reformas parciais brasileiras, seja de processo civil ou penal, precisam ser interpretadas conforme ao modelo constitucional de processo, precisam estar adequadas ao contraditório, à ampla argumentação, à garantia do terceiro imparcial, à fundamentação da decisão.

Em tais termos, a Lei n.º 11.900/2009, que trata do interrogatório por videoconferência, deve ser analisada em conformidade com o modelo constitucional do processo e sua atuação não pode desconsiderar os princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação e da imparcialidade do juiz. Assim, pretende-se verificar as implicações constitucionais desta nova modalidade de interrogatório judicial, principalmente quando se conjuga tal mudança com o novo procedimento ordinário previsto pela reforma do CPP.

3. POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA DEFINIDO PELA LEI 11.900/2009

O legislativo federal aprovou o Projeto de Lei n. 7.227/06 mediante a edição da lei n.º 11.900/2009, que, sancionado pelo Presidente da República, entrou em vigor na data de sua publicação, dia 08 de janeiro de 2009. A mudança foi efetivada com alterações na redação do artigo 185 do Código de Processo Penal que antes previa duas possibilidades de interrogatório: (1º) o realizado no ambiente forense e (2º) o realizado na penitenciária. Ambos se davam, obrigatoriamente, com a presença de todos os sujeitos do processo: juiz, serventuário da justiça, membro do Ministério Público, advogado do acusado, do querelante e do assistente (se houver) e do próprio acusado.

Com a alteração legislativa tornou-se possível a realização do interrogatório via videoconferência⁴, em que o juiz e os demais sujeitos processuais encontrar-se-ão nas dependências do fórum, enquanto o acusado permanecerá no estabelecimento

4. Importantes decisões foram tomadas pelos Tribunais Superiores sobre o tema, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, como no HC 88.914-0, e pelo Superior Tribunal de Justiça, como no HC 102.440, ambos originados de casos ocorridos no Estado de São Paulo a respeito do interrogatório por videocon-

prisonal. Assim, nestes casos, a nova redação do § 5º do art. 185 prevê, implicitamente, a necessidade da presença de um defensor no estabelecimento prisional, inclusive com um canal de comunicação reservado entre este e o defensor do acusado, que se encontrará na sala de audiência. A nova lei determina ainda a fiscalização do ambiente de videoconferência nos estabelecimentos prisionais pelo juiz da causa e pelo juiz corregedor, bem como pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Mas, a Lei federal não prevê a presença, no estabelecimento prisional, de um advogado para garantir que o acusado possa ser esclarecido de qualquer dúvida sobre o procedimento judicial ou equipamento, ou mesmo, que assegure o seu direito constitucional de dar sua versão dos fatos, denunciar qualquer abuso de poder ou garantir sua integridade física e psicológica no momento de realização do ato processual.

A mudança poderia ter sido menos desastrosa se não fosse conjugada com a reforma do procedimento comum do processo penal que introduziu a audiência una (BARROS, 2008). Mesmo tendo a Lei n.º 11.719/08 modificado o momento do interrogatório do acusado, que passou a ser o último ato da instrução – e, por consequência, um verdadeiro e efetivo meio de defesa –, a concentração dos atos de instrução e julgamento em uma audiência única fará com que nos casos de interrogatório *on line* todo o processo seja realizado por videoconferência. Pode-se inclusive chegar ao absurdo de um processo em que o acusado preso em flagrante, mas sem condições para constituir defensor, seja defendido por um defensor nomeado, não tendo com ele nenhum contato pessoal.

O próprio direito à entrevista reservada, garantido no § 5º do art. 185, será cumprido pelo mesmo sistema de videoconferência que realizará o interrogatório e toda a audiência. Em verdade, o processo ocorrerá, todo ele, sem a presença do acusado, sem o contato pessoal do acusado com os demais sujeitos do processo.

Logo, a grande implicação constitucional da introdução da videoconferência como meio para realização de atos do processo é o fim do contato presencial do juiz com a parte e, conseqüentemente, com a prova. Isso, além do risco do acusado ser julgado sem nunca ter tido contato pessoal com os seus defensores. É a completa exclusão da presença do acusado, que é colocado como um verdadeiro inimigo do Estado e da sociedade.

Portanto, ante tal lei, apresenta-se alguns importantes encaminhamentos, sendo o primeiro argüir sua inconstitucionalidade, seja por meio da ação direta de inconstitucionalidade, pelos seus legitimados, seja pelo controle difuso, ou por meio *Habeas Corpus* pelos afetados em processos penais. Estas, certamente, são as medidas mais acertadas, embora demandem tempo e muita discussão, já que a questão é posta em

ferência. Tais decisões, anteriores à Lei n.º 11.900/2009 determinaram a anulação do interrogatório por ferir a ampla defesa do acusado.

termos de uma suposta colisão de princípios: de um lado a economia da administração pública conjugada com a realização da política de segurança pública adequada aos presos perigosos e de outro lado o direito à ampla defesa de todo acusado em processo penal.

Enquanto isto, o debate sobre a realização de interrogatório por videoconferência será travado no caso concreto pelos sujeitos do processo. Ou seja, no dia a dia da prática forense de primeira instância, especialmente. Na análise das hipóteses previstas na Lei, verificam-se quatro situações distintas que podem ensejar a realização do interrogatório por videoconferência. A primeira é a participação do acusado em organização criminosa que pretende organizar sua fuga durante o traslado ao estabelecimento forense (art. 185, § 2º, I). Ou então, a doença ou outra circunstância pessoal do preso que inviabilize seu deslocamento (art. 185, § 2º, II). Há também a hipótese da coação ou influência junto às testemunhas e vítimas pelo acusado conjugado com a impossibilidade de realizar a oitiva daquelas pessoas por meio de videoconferência, como prevê a nova redação do art. 217 do CPP (art. 185, § 2º, III). Isto, porque, na nova redação do art. 217 do CPP, se as testemunhas ou vítimas se sentirem constrangidas de prestar depoimento na presença do acusado, elas é que serão inquiridas em local isolado, sendo o depoimento realizado por videoconferência.

Contudo, a mais temerária das hipóteses é a inserida no art. 185, § 2º, IV, do CPP que trata de medida que visa atender “gravíssima questão de ordem pública”. Pois, desse caso trata-se de uma hipótese aberta, que precisa ser interpretada a partir do caso concreto. Assim, na tentativa de uma interpretação conforme a Constituição, como poderia ser entendida a “gravíssima questão de ordem pública”?

Nossa lei processual já utiliza em inúmeros momentos o fundamento da garantia da ordem pública, como, por exemplo, no art. 312 do CPP, para decidir sobre a prisão preventiva. Logo, os argumentos para o interrogatório por videoconferência têm que ter características de absoluta anormalidade, como hipóteses de catástrofes, estado de emergência, estado de sítio, organização de grupos armados que atentem contra o Estado Democrático de Direito. Isto é, diversas daquelas que atualmente ensejam a fundamentação da garantia da ordem pública para o processo penal. Isso, principalmente porque a hipótese que visa à manutenção da segurança pública já se encontra claramente delineada no inciso I, do § 2º do referido artigo, que objetiva evitar a fuga de membros de organizações criminosas.

Outros pontos que precisam ser levados em conta, em uma interpretação a partir do texto constitucional, a respeito do interrogatório por meio de videoconferência devem ser delineados, pois não se pode com tal medida retirar direitos dos acusados. Assim, não se pode admitir dois tipos de processo penal, um com respeito ao contraditório e à ampla defesa e outro sem. Principalmente, quando a distinção se dá em razão da imputação de participação do acusado em organização criminosa. Nesse

caso, o interrogatório *on line* somente deveria ocorrer se ficasse demonstrada a real impossibilidade de realização do interrogatório no estabelecimento prisional com a participação de todos os sujeitos do processo, previsto no § 1º do art. 185 do CPP. Ou seja, o interrogatório por videoconferência é medida excepcionalíssima.

Também, não poderão ser meras ilações da polícia judiciária ou do Ministério Público os fundamentos da decisão de realizar o interrogatório não presencial. É preciso provas, e provas produzidas em contraditório. Ou seja, o pedido de conversão do interrogatório realizado no estabelecimento forense para o realizado por videoconferência, ou mesmo, a decisão de ofício do juiz, deverá originar um incidente processual, em que as partes têm direito de argumentar e provar a existência ou inexistência da hipótese legal prevista no art. 185, § 2º do CPP.

Mais do que isto, deve-se garantir ao acusado preso o contato com seu defensor constituído ou nomeado, tanto no momento anterior a decisão de conversão em interrogatório *on line*, como após a decisão e antes da realização da audiência de instrução e julgamento para a preparação da defesa e esclarecimentos de pontos relevantes. Bem como, deve-se assegurar que no estabelecimento prisional seja garantida a presença de um defensor nomeado ou constituído para que qualquer irregularidade seja imediatamente apresentada ao juiz, ao Ministério Público e ao defensor do acusado que se encontram na sala de audiência.

Cumpra esclarecer que para uma interpretação constitucional será necessário garantir o contato pessoal do acusado com o defensor que realizará os atos processuais, ou seja, aquele que estará na sala de audiência, bem como a presença de outro defensor, constituído ou nomeado, no estabelecimento prisional. Assim, o juiz deve nomear um defensor já na decisão de conversão em interrogatório por vídeo conferência, intimando a parte acusada para se quiser constituir advogado para estar presente no estabelecimento prisional no ato realizado por videoconferência,

Diante da ausência de fundamentação ou sendo esta deficiente, ou até mesmo pela ausência de suporte fático para a decisão, devem as partes, seja a defesa ou a acusação, impugnar a decisão do juiz. O mesmo deve-se fazer quando não for garantido o contraditório e a ampla defesa. Enquanto não sobrevém a reforma da parte recursal do CPP, certamente, o único meio de impugnação hábil a impedir o interrogatório *on line* é o *habeas corpus*, principalmente em razão da necessidade de intimação das partes sobre a decisão com um prazo de mínimo de 10 (dez) dias antes da realização da audiência una, prevista nos arts. 400, 411 e 531 todos do CPP.

Se tal ato for realizado sem seguir tais especificidades ele será, pela teoria das nulidades, um ato irregular, como na primeira fase da cognição da nulidade. Tal ato deve ser declarado nulo se não atingir sua finalidade e gerar prejuízo por desrespeitar o modelo constitucional de processo.

Se no caso concreto, o interrogatório não seguir a especificidades analisadas, tal irregularidade gerará o desrespeito ao princípio da ampla argumentação e do contraditório. Assim, em termos de revisão do ato por meio de recursos, a nulidade do interrogatório por videoconferência poderá ser reconhecida a qualquer tempo no processo, por meio de preliminar na apelação ou como fundamento de recurso especial e extraordinário. Assim, quando ficar demonstrado que o acusado foi julgado sem ter qualquer contato pessoal com seu defensor (aquele que exerce os atos efetivos da defesa em audiência), que não foi assegurado o direito ao contraditório pelas partes, que não se tratou de medida excepcional, haverá como consequência o reconhecimento da nulidade do interrogatório.

O mesmo ocorrerá, se ficar demonstrado a ausência de um defensor no estabelecimento prisional acompanhando o ato, ou se em razão de sua presença, for possível demonstrar o abuso de poder por parte das autoridades penitenciárias e policiais, deve ser declarada a nulidade e refeito o ato, preferencialmente fora do estabelecimento prisional.

A nulidade poderá ser argüida quando demonstrado que o local ou equipamento da videoconferência no estabelecimento prisional não garante ao acusado o direito de se comunicar com seu advogado reservadamente ou mesmo que não lhe garante segurança pessoal mínima para apresentar seus argumentos de autodefesa. Isto porque tal irregularidade acaba impedindo que a finalidade do ato seja alcançada.

Cabe ressaltar que a nulidade não atingirá apenas parte da audiência, ou seja, o interrogatório, mas todos os atos instrutórios e decisórios nela realizados, pois todos estarão interligados. Ademais ela também desrespeitará a ampla defesa que garante a presença e participação do acusado em todos os atos da instrução.

Aos operadores de direito, portanto, cabe exigir o respeito à Constituição e às garantias do processo. Nem mesmo o processo legislativo (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006) pode suprimir direitos e garantias fundamentais do cidadão, somente por ter sido o projeto de lei votado pela maioria do Congresso Nacional. Na aplicação da Lei n.º 11.900/2009, os direitos e garantias dos cidadãos podem e devem ser exigidos por meio do processo jurisdicional. Ou interpreta-se o art. 185 da Lei n.º 11900/09 conforme a Constituição ou todos os interrogatórios *on line* estarão fadados a inúmeros pedidos de reconhecimento de nulidades por desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, ou melhor, ao modelo constitucional de processo.

CONCLUSÃO

A noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais exige novas reflexões a respeito do processo, em razão de seu papel legitimador no Estado Democrático de Direito, que garante a participação do cidadão como sujeitos de direitos, atuando em seu papel de autor e destinatário das normas jurídicas.

Logo, a reflexão sobre teoria do processo não pode se limitar às suas heranças privatistas próprias da relação jurídica, devendo ser revista em termos de estrutura procedimental que garanta a construção participada do provimento, em uma releitura própria da teoria fazzalariana.

Mas como garantia constitucional o processo deve ser visto a partir de seus princípios constitucionais, que definem um esquema geral de processo, o modelo constitucional de processo.

Tal modelo se define por uma base principiológica uníssona que se sustenta pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões. O modelo constitucional de processo permite rever a teoria das nulidades, retirando delas suas interferências liberais como a distinção entre nulidade de ordem pública e relativa a interesse das partes, ou mesmo, uma visão socializadora e utilitarista definida pela preocupação em meramente economizar o tempo do processo e permitir ao juiz uma atuação solitária a fiscalizadora da realização dos escopos metajurídicos do processo.

Assim, pretendeu-se rever a teoria das nulidades, para demonstrar que a nulidade é uma sanção, consequência da garantia do controle dos atos processuais pelos autores do ato, quando a desconformidade com o modelo normativo (ato irregular) gerar prejuízo, entendido este como o desrespeito às garantias constitucionais e a não concretização da finalidade do ato processual.

Neste diapasão não há possibilidade de se estabelecer gradações entre as nulidades, admitindo uma sanção parcial se o ato desrespeita relativamente o modelo constitucional de processo.

Mais que um interesse teórico a revisão da teoria das nulidades no sentido de convergência com o modelo constitucional de processo tem importantes aplicação para o momento legislativo processual brasileiro, em que se vive a mais de décadas sofrendo com intermináveis reformas da legislação processual. Em especial, as últimas mudanças ocorridas no processo penal brasileiro como as relativas ao procedimento ordinário e sua estruturação em uma audiência única e a conjugação de tal medida com a prática do interrogatório por videoconferência.

De modo que se não se levar em conta uma interpretação constitucionalmente adequada do interrogatório *on line*, os afetados poderão discutir argumentativamente a necessidade do reconhecimento da nulidade como consequência da desconformidade com o modelo legal. Isto é, se tal ato se realizar em desconformidade com o modelo normativo processual e, como consequência, não atingir a sua finalidade e gerar prejuízo aos princípios constitucionais do processo e sua adequação ao modelo constitucional de processo o ato será reconhecido nulo, por decisão judicial, garantida a argumentação e participação das partes afetadas por tal decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- BARROS, Flaviane de Magalhães Barros. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição *in Constituição e Processo*. Org. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, tomo II, 1938.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. 2ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 21 ed, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni de diritto processuale*. Padova, CEDAM, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed.; 2006.
- VALLE FERREIRA. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, outubro de 1963, p. 29,38.

CAPÍTULO XI

TEORIA DO PROCESSO E TEORIA DO DIREITO: O NEOPROCESSUALISMO

*Freddie Didier Jr.**

A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. Embora não seja este o local adequado para fazer uma resenha deste processo histórico, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação.

A compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia.

Isso não significa que devam ser desprezadas as “velhas” construções da ciência jurídica, tão ou mais imprescindíveis para a correta compreensão do fenômeno processual. Os institutos da Teoria do Direito (situações jurídicas, fatos jurídicos, norma jurídica etc.) e a História do Direito e do pensamento jurídico, tradicionais objetos das investigações científicas, não podem ser ignorados. *A Teoria do Processo*, aliás, é composta exatamente desses conceitos jurídicos fundamentais aplicáveis ao processo: competência, invalidades, relação jurídica processual, atos processuais etc. Afinal, como afirma SOUTO MAIOR BORGES¹:

“não há marco zero para o pensamento humano. Característica de uma cultura é o ser transmissível e efetivamente transmitida de geração a geração” “por isso a ruptura pressupõe o conhecimento anterior contra o qual ela se insurge, pela introdução de um novo paradigma do conhecimento científico. [...] No campo jurídico, a consigna de Cossio muito bem o anteviu: ‘para além de Kelsen sem sair de Kelsen’ [...] Pensar, no fundo abissal de onde brota o pensamento, é rememorar: um ato de reconhecimento pelo que de grandioso antes de nós foi pensado. Mas esse reconhecimento não é um mero conhecimento que se restaura e renova; sequer apenas uma comemoração pensante. E isso é algo mais. A essência do reconhecimento é o agradecimento. Por isso proclama a velha divisa, que em tudo e por nós concerne: Denken ist Danken (pensar é agradecer), onde o pensar e o agradecer se coimplicam. [...] A hostilidade ao passado é um ato de destruição do presente. Do passado, enquanto nos seus desdobramentos até o tempo presente e suas projeções para o

* Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor-coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Professor dos cursos JusPODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

1. BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 09-11.

futuro, não é lícito dizer-se que passou ou que ainda não passou. Ele simplesmente não passa: ‘é o que fica do que passou’. Enquanto depositário da grandeza dos primeiros passos, ele secretamente nos governa: nada de novo sob o sol. Mas o presente prepara e antecede todo o futuro. A história das idéias – e pois a história do pensamento jurídico – pode ser representada por uma sucessão de camadas de tradição superpostas umas às outras. A longo prazo será também tradição o que nós – os modernos – pensamos, mas se e somente se digno, esse pensar, de questionamento profundo. Como poderemos esperar reconhecimento das gerações futuras se não somos, nós mesmos, digno do legado de nossos antepassados?”

O que se busca realçar neste ensaio é a necessidade de um *aggiornamento* do repertório teórico do operador do Direito.

É preciso, então, apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo e examinar de que modo elas vêm interferindo no Direito processual civil e na Teoria do Processo.

Sem qualquer pretensão de exaurir a investigação sobre o tema e dando relevo apenas àquelas que mais se relacionam à aplicação do Direito processual, eis o rol das mais importantes características do momento atual do pensamento jurídico².

- a) Reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa.

A afirmação atualmente parece ser um truísmo. Mas nem sempre foi assim. Após a Constituição de 1988, a doutrina passou a defender a tese de que a Constituição, como norma jurídica, deveria ser aplicada pelo órgão jurisdicional. Como explica DANIEL SARMENTO³:

“O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade”.

Passa-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)⁴.

2. Para uma sistematização mais exaustiva, o excelente texto (leitura obrigatória) SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 31-32.
3. SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, cit., p. 31-32.
4. Sobre o tema, de um modo geral, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. Sobre o tema e a sua relação com o processo, MITIDIERO, Daniel. *Proceso civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

- b) Desenvolvimento da *teoria dos princípios*, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa⁵: o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica.
- c) Transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto* e *norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele⁶. Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da *concretização* dos textos normativos, que passa a conviver com o método da *subsunção*⁷. Expandese, ainda, a técnica legislativa das *cláusulas gerais*, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.
- d) Expansão e consagração dos *direitos fundamentais*, que impõem ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana e cuja teoria jurídica se vem desenvolvendo a passos largos.

Examinadas isoladamente, essas características podem parecer não ser grande novidade: em países diversos, em momentos históricos diversos, uma ou outra aparecia no pensamento jurídico e na prática jurídica⁸. Talvez o que marque *este* momento histórico seja a conjunção de todas elas, que vêm inspirando doutrinadores em inúmeros países.

-
5. A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Além do livro de Humberto Ávila, citado ao longo do texto, com muito proveito podem ser consultadas as seguintes obras, apenas como exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed. Lisboa: Almedina, 2002; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-172; *Teoria dos direitos fundamentais*. Virgílio Gomes da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros Ed., 2008; BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-102.
6. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.
7. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: “muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2009, item 2.2, p. 37.)
8. Demonstrando que a força normativa da constituição e a interpretação flexível dos textos normativos não são novidades históricas, DIMOULIS, Dimitri. “Uma visão crítica do neoconstitucionalismo”. *Constituição e efetividade constitucional*. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 43-53.

A essa fase atual fase do pensamento jurídico deu-se o nome de *Neoconstitucionalismo*⁹.

A designação não é das melhores, em razão da sua vagueza¹⁰, mas indiscutivelmente tem apelo, razão pela qual se tem difundido com muita facilidade, principalmente nos países latinos. Há quem denomine esta fase de “pós-positivismo”, o que também não quer dizer muita coisa, a não ser o fato de que é um estágio posterior ao “positivismo” característico da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX. Talvez fosse mais adequado referir a um “*positivismo jurídico reconstruído*” ou *neopositivismo*¹¹.

Há muitas críticas ao *Neoconstitucionalismo*. Fugiria às pretensões deste *ensaio* fazer uma resenha de todo pensamento sobre o tema.

Pode-se afirmar que *não há* dissenso em torno das características gerais desta atual fase da metodologia jurídica, apontadas acima¹².

9. Termo cunhado por POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, v. 210II, 1998, p. 339, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf, acesso em 21.10.2009, 15h30. A bibliografia sobre o assunto é muito vasta. Apenas para exemplificar, além dos textos citados ao longo deste capítulo: CARBONNEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; _____. (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007; DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006; MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009; QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula, OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008; BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 dez. 2007; _____. “Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008.
10. Não é por outra razão que os autores falam que há vários “neoconstitucionalismos”. É como afirma Daniel Sarmento: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”. (SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, cit., p. 33-34.)
11. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010, p. 78 e segs.
12. Sobre esse consenso, SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, cit., p. 49.

As discussões têm por alvo a terminologia¹³, aspecto que reputamos secundário, e os *abusos e incompreensões* que o “oba-oba”¹⁴ em torno dessas transformações tem causado.

Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas “novidades”: a) supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; b) supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação de poderes; c) supervaloriza-se a *ponderação* em detrimento da *subsunção*, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra¹⁵, de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema.

As críticas são indispensáveis. A história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro; no final do “cabo de guerra”, chega-se ao equilíbrio.

Pois bem.

A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) *praxismo* ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) *processualismo*, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) *instrumentalismo*, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido (sobre a instrumentalidade, ver item anterior).

13. Sobre a crítica à terminologia, DIMOULIS, Dimitri. “Uma visão crítica do neoconstitucionalismo”, cit., p. 53. O autor entende que o chamado “neoconstitucionalismo” é apenas uma “designação alternativa da corrente da teoria do direito conhecida como *moralismo jurídico* em razão de sua adesão à tese da vinculação (ou junção) entre direito e moral” (p. 56). Assim, entende que a nova designação é “inútil”, pois ou se trata do *moralismo jurídico* ou é sinônimo do bicentenário movimento *constitucionalista* (p. 57).
14. SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, cit., p. 60.
15. Recomenda-se a leitura do excelente texto de Humberto Ávila, em que essas críticas foram muito bem desenvolvidas; reputa-se texto cuja leitura é indispensável: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível na internet: <http://www.direito-doestado.com.br/rede.asp>, acesso em 21.10.2009, 14h02. Também a propósito o excelente ensaio SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, cit., p. 52 e segs.

Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma *quarta* fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do *processualismo* e do *instrumentalismo*, a ciência teve de avançar, e avançou.

Fala-se, então, de um *Neoprocessualismo*¹⁶: o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Já há significativa bibliografia nacional que adota essa linha¹⁷.

O termo *Neoprocessualismo* tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao *Neoconstitucionalismo*, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida.

Demais disso, o termo *Neoprocessualismo* também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do *processualismo* do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo “neo”¹⁸.

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta *fase* do desenvolvi-

16. CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, cit.; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “El ‘neoprocessualismo’”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244.
17. No Brasil, podem ser citados, apenas como exemplos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006; CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, cit.; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2002, n. 26, p. 653-664; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003; ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009; ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. Salvador: Editora JUS Podivm, 2006; DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e (em face da) Constituição – princípios constitucionais do processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SAMPAIO Jr., José Herval. *Processo constitucional - nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.
18. Um dos livros-símbolo desta nova fase é MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. O autor, embora não use o termo “neoprocessualismo”, propõe-se a repensar as categorias fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo) a partir das premissas do Estado Constitucional, dedicando, inclusive, um capítulo à exposição do “Neoconstitucionalismo” e outro à “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

mento do direito processual de *formalismo-valorativo*¹⁹, exatamente para destacar a importância que se deve dar *aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual*. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado *Neoprocessualismo*, que, aliás, já foi considerado um *formalismo ético*, na feliz expressão de RODRÍGUEZ URIBES²⁰. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do *Neoconstitucionalismo*, o *formalismo-valorativo* pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado no capítulo sobre os princípios do processo), que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores “neoconstitucionalistas”.

Brigas terminológicas à parte, o certo é que não se pode ignorar o fato de estarmos vivenciando uma nova fase metodológica da ciência processual. Este ensaio tem o propósito de prosseguir o debate sobre esse assunto.

19. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137, também publicado em DIDIER Jr., Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.) *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 125-150. A propósito do tema, ver, ainda, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009..
20. URIBES, José Manuel Rodríguez. *Formalismo ético y constitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 101 e segs.

CAPÍTULO XII

**EFICÁCIA SOBREPRINCIPIAL DO DEVIDO
PROCESSO JURÍDICO PROCEDIMENTAL
(PERSPECTIVA ANALÍTICO-FUNCIONAL)**

*Gabriel Pintaúde**

Sumário • Introdução – I. *Substantive due process* e *procedural due process* – II. Subprincípios constitucionais (in)formadores do *due process of law* – III. Devido processo jurídico procedimental como sobreprincípio constitucional e a rearticulação eficaz – IV. Casos do Supremo Tribunal Federal – Conclusões.

INTRODUÇÃO

A nomenclatura “devido processo legal” tem recebido críticas do Professor e publicista Cezar Saldanha, que a acusa de ser resultado de indevida tradução de expressão proveniente da *Common Law*, cuja formulação consagrada é *due process of law*. Assim, a designação significaria devido processo de Direito e não só da lei (legal); por isso, seria mais adequado “devido processo jurídico”, como significante mais consentâneo com os moldes do Estado Democrático e Social de Direito, delineado na Constituição do Brasil. Como a procedimentalidade é intrinsecamente correlacionada com o conceito de processo, sendo inerente ao seu núcleo definicional, opta-se, ao assentar as bases teóricas da estrutura e função do conhecido e tradicional princípio - para buscar aumento no seu grau de eficacização -, pela expressão “devido processo jurídico procedimental”, sem receio de pleonasma, para ressaltar a importância do elemento configurado nas “garantias mínimas de procedibilidade”, como necessário para definir o sentido e alcance da norma.

Constata-se que a origem histórica¹ do *due process of law* seria a Magna Carta inglesa de 1215, quando se escreveu, prescritivamente, que o julgamento dos cidadãos seria feito “pelos seus pares” e de acordo com a “Lei da Terra (*law of the land*)”. A expressão foi consagrada também no direito norte-americano, o que fez o mesmo Professor Saldanha concluir que o postulado diretivo da *Common Law* seria

* Doutorando em Direito (UFRGS).

1. Sobre a origem histórica do “devido processo legal” e sua “transmigração” do processo penal para o processo civil, consultar Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, RT, 1993..

o da *processualidade*, enquanto na família romano-germânica (*Civil Law*) seria o da *legalidade*². Certamente que as diferenças entre as grandes famílias dos sistemas de Direito não se resumem a questões estritamente jurídicas; encerram, além disso, diversas estruturas sociológicas e culturais³. De qualquer maneira, não precisamos adentrar na questão de até que ponto a distinção radica na força dos precedentes numa família e na força da lei noutra⁴, pois nos interessa, neste ensaio, discorrer sobre o devido processo, e o Direito Comparado pode fornecer uma base útil para sabermos a real significação do princípio em nosso sistema, verificando como a Constituição Federal configurou sua estrutura e sua funcionalidade.

A estrutura sintética da Constituição dos Estados Unidos fornece a esse país apenas e unicamente a cláusula do *due process of law*; o Brasil, com sua Carta Magna analítica, possui a cláusula, expressa em seu Texto Constitucional, mais seus conectários (os denominados princípios decorrentes), também estes dispostos textualmente na Lei Maior. Essa constatação não é isenta de conseqüências práticas, porquanto evidencia as diferenças existentes na aplicação do princípio na práxis forense dos dois países, especialmente nos Tribunais Superiores. O Direito norte-americano precisa manejar a cláusula em toda sua plurissignificação eficaz, extraíndo sentidos que cubram todas as situações fáticas carentes de tutela⁵; o Direito brasileiro maneja com as formulações lingüísticas dos subprincípios do devido processo, que configuram os suportes físicos (presentes na literalidade textual da Constituição) de significações jurídicas, para enfrentamento dos problemas práticos (a construção da norma a partir do texto e do contexto). É o manejo do princípio a partir de suas partes integrantes. Ainda, a norma constitucional do devido processo pode ser manejada diretamente, partindo do todo para as partes. A relação entre os subprincípios e o aqui denominado sobreprincípio do devido processo jurídico procedimental constitui, em última análise, um dos tópicos desse ensaio, ressaltando sua estatura/hierarquia constitucional.

2. Cabe lembrar a preocupação do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau em relação às tentativas de substituição da “Ética da Legalidade” pela “Ética da Moralidade”, em homenagem (ou superestimação) do princípio da moralidade, expresso na Constituição Federal e na Lei do Processo Administrativo Federal.
3. Nos Estados Unidos ganha força o interesse pela análise dos *statutes*, enquanto na Europa Continental e no Brasil os precedentes vão ganhando cada vez mais espaço na teorização jurídica, na dogmática e na solução de problemas na práxis judicial. Entretanto, Saldanha critica a idéia da suposta existência de um sistema “misto” ou da existência de uma tendência à “fusão” de características das famílias de Direito. Sobre a configuração do Estado de Direito nas diversas famílias, ver Cezar Saldanha Souza Junior, *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*, Porto Alegre, Fabris, 2002.
4. Oportuno lembrar que a noção de regularidade procedimental, previamente estipulada em prescrições normativas, insita à cláusula do devido processo legal, guarda relação com a noção clássica de legalidade (previsibilidade pela “reserva de lei”).
5. No Direito norte-americano a cláusula do devido processo, além de significar o direito a um processo ordenado (*orderly proceeding*) - ordem serial (*serial ordering*) -, possui simetria axiológica com a razoabilidade (*reasonable*).

O devido processo é “devido processo constitucional”, que abarca (“processos estatais”) o “devido processo legislativo”, o “devido processo administrativo” e o “devido processo judicial”, em todas as suas espécies. Esse devido processo constitucional, que equaciona a efetividade (e a instrumentalidade) e a segurança jurídica, é o “devido processo proporcional”, entrelaçando o princípio em tela com o postulado da proporcionalidade (norma metódica estrutural).⁶ Assim, o devido processo é (in) formado por diversos princípios que, por sua vez, são compostos por várias regras. O postulado da proporcionalidade rege a relação horizontal entre esses princípios (in)formadores. O postulado da eficiência rege a *performance* de um dos princípios vislumbrado por um ângulo isolado⁷. O postulado da razoabilidade, por sua vez, rege a relação vertical entre princípio sobrejacente e regra subjacente. Desta maneira, a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência, que são normas de aplicação de outras normas - normas de segundo grau -, relacionam-se com o devido processo jurídico, cuja estrutura é a de sobreprincípio; portanto, norma aplicanda (otimizável ou objeto de otimização - norma de primeiro grau), situando-se em plano distinto das normas estruturantes metódicas.

Carlos Ari Sundfeld, que enquadra o devido processo nos princípios gerais do Direito Público (ou Direito do Estado), diz que “o processo legislativo vem detalhadamente regulado pela Constituição. A produção de atos legislativos é conferida (salvo situações excepcionais) ao Poder Legislativo, formado por representantes eleitos do povo, com alguma dose de colaboração do Executivo. A garantia do devido processo na esfera legislativa está ligada, em primeiro lugar, à determinação da autoridade competente para editar leis; o devido processo legislativo é o realizado, em maior parte, pelo Poder Legislativo (o que assegura a participação dos destinatários da norma, através de seus representantes, na sua produção). Em segundo lugar, a garantia do devido processo legislativo implica a necessidade de se observar trâmites, prazos e quóruns especificados para a emanção da lei⁸.” Ainda, “na esfera administrativa, o princípio do devido processo também se realiza, nos termos do citado art. 5º, LIV, da Constituição, através da garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e acusados em geral. Em decorrência dela, a aplicação de sanções administrativas deve ser precedida de procedimento onde se assegure a oportunidade para manifestação do interessado e para produção das provas por ele requeridas, bem como o direito ao recurso etc⁹.”

6. Sobre proporcionalidade, consultar o imprescindível livro de Humberto Ávila, *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2004.

7. A expressão “otimização ou realização ótima de princípios” remete ao conceito “ótimo de Pareto”; portanto, correlaciona-se com a noção de eficiência. A teorização pioneira, realizada em outro contexto e âmbito científico, foi realizada pelo economista italiano Vilfredo Pareto.

8. Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 174.

9. Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, São Paulo, Malheiros, 2005, p.176.

As regras são normas imediatamente comportamentais e mediatamente finalísticas, com pretensão de abarcância e decidibilidade, e menor necessidade de complementaridade com outras normas; os princípios¹⁰ são normas mediatamente comportamentais e imediatamente finalísticas, sem pretensão de abarcância, com imprescindível estabelecimento de relação de complementaridade com outras normas, para definição dos contornos fático-hipotéticos e das margens de decidibilidade e conseqüente construções de soluções tópicas (sistematicamente orientadas). Eles representam, ao traduzir valores mediante formulação lingüística deôntica, um estado ideal de coisas a ser buscado/promovido¹¹. Os postulados, por seu turno, são normas que estruturam a aplicação de outras normas (prescrições normativas metódicas otimizantes - estruturas formais normativas para aplicação das normas objeto de aplicação/otimização). Há ainda os sobreprincípios, que são princípios cujo conteúdo abarca mais de um princípio; são (sobre)princípios que agregam um conjunto de (sub)princípios (in)formadores, configurando-se num todo holístico que não significa a mera soma de suas partes integrantes. O sobreprincípio denota um estado ideal de coisas que necessita de mais de uma estrutura normativa deôntica (cada qual com sua axiologia/teleologia inerente e com seu estado ideal de coisas) para sua promoção na realidade fenomênica, mediante um (com)plexo de atos/conduitas exteriores aferíveis que levem ao(s) fim(ns) propugnado(s).

É lição do irrepreensível Ávila: “o estado ideal de coisas cuja busca ou preservação é imposta pelos princípios pode ser mais ou menos amplo e, em razão disso, abranger uma extensão maior de bens jurídicos que compõe seu âmbito. Há princípios que se caracterizam justamente por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos. Esses princípios podem ser denominados de sobreprincípios. Por exemplo, o princípio do Estado de Direito impõe a busca de um ideal de juridicidade, de responsabilidade e de previsibilidade da atuação estatal, ao mesmo tempo que exige segurança, protetividade e estabilidade para os direitos individuais. Esse fim maior engloba outros fins mais restritos, já estabelecidos por outros princípios, como pelos princípios da segurança jurídica, da separação dos poderes, da legalidade, da irretroatividade e da boa-fé. Exatamente por isso, o princípio mais amplo exerce influência na interpretação e aplicação do princípio mais restrito. Daí denominar-se o princípio, cujo ideal é mais amplo, de sobreprincípio e o princípio, cujo ideal unidirecional é mais restrito, de subprincípio¹².”

O presente ensaio analisa a distinção feita entre *substantive due process* e *procedural due process* (discurso assimilado pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo

10. Robert Alexy ressaltou a estrutura principal das normas (constitucionais) de direitos fundamentais.

11. Da gramática do sistema jurídico resulta a inderivabilidade dos modos deônticos a partir de modos apofânticos.

12. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 40.

Tribunal Federal); analisa os subprincípios constitucionais (in)formadores do *due process of law*, discorre sobre a categorização do devido processo jurídico procedimental como sobreprincípio constitucional e a rearticulação eficaz (interatividade entre os elementos: re-significação pela rearticulação semântica e axiológica), analisando, também, as eficácias integrativa, definitiva, interpretativa/explicativa e bloqueadora; por fim, alude a alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, para verificação de como a Corte das questões constitucionais vislumbra a operatividade do devido processo. Fundamentalmente, discorre-se sobre a eficácia sobreprincipal do devido processo jurídico procedimental, em perspectiva analítico-funcional: mediante a análise dissociativa da estrutura do princípio, busca-se sua função/funcionalidade, para aferir seu grau de eficacização na resolução/solução de problemas práticos da práxis jurídica (“da estrutura à função”). Prioriza-se o enfoque eficaz (plano dos efeitos práticos) - e a correlata efetividade/eficiência - do devido processo, por meio da análise de sua categorização estrutural e de sua funcionalidade. Importa, em suma, contribuir para o aumento de eficácia¹³ da norma jusfundamental. Isso significa buscar *como*¹⁴ se efetivam as normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. A teoria ou o discurso jurídico deve servir à práxis, oferecendo soluções, diante da problematidade inerente ao fenômeno jurídico (prisma aporético). A teoria normativa é uma teoria instrumental para a ciência e a práxis dos juristas.

13. O termo eficácia, em Direito, pode apresentar três acepções: (a) *eficácia normativa*, expressão sinônima de incidência da norma jurídica, define o efeito que tem a norma jurídica de juridicizar o seu suporte fático quando concretizado no mundo das realidades, gerando o fato jurídico. É, portanto, *prius* em relação ao fato jurídico, uma vez que constitui pressuposto essencial condicionante de sua existência. A eficácia normativa se realiza, portanto, na criação do fato jurídico; (b) *eficácia jurídica*, diferentemente, designa o conjunto das conseqüências (efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, das quais se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações, sendo, destarte, *posterius* em relação ao fato jurídico. Eficácia jurídica constitui decorrência específica e exclusiva de fato jurídico. Essas duas expressões definem situações que se passam na dimensão normativa do direito, portanto, em plano (lógico) de valência, no campo da dogmática jurídica. Dizem respeito ao fato jurídico quanto à sua criação e às conseqüências que lhe são imputadas e que poderá produzir no mundo jurídico (eficácia intra-sistêmica). (c) *Eficácia do direito*, por sua vez, designa a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se tornarem realidades aquelas conseqüências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico. A locução *direito eficaz* define o dado de ser a norma jurídica obedecida, ao menos em um mínimo, pela comunidade jurídica respectiva, que se comporta segundo seus ditames. Trata-se, assim, de conceito peculiar à dimensão sociológica do fenômeno jurídico. Alguns autores empregam, nesse último sentido, a expressão *efetividade do direito*. Sobre essa temática, Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia, 1ª Parte, São Paulo, Saraiva, 2004*.
Em Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, validade, eficácia, São Paulo, Saraiva, 2002*, desenvolvendo a teoria dos três planos, consolidada por Pontes de Miranda, a eficácia é eficácia jurídica (própria ou típica) ou, como ele denomina, “fatores de eficácia”, diferenciando-se dos “elementos de existência” e dos “requisitos de validade”.
14. Ou *como fazer para efetivar* as normas jusfundamentais e não apenas *dizer que devem ser efetivadas*.

I. *SUBSTANTIVE DUE PROCESS E PROCEDURAL DUE PROCESS*

O denominado *substantive due process* identifica-se, basicamente, com a noção de razoabilidade das leis (limitação constitucional ao Poder Legislativo, segundo o clássico San Tiago Dantas). Possui, assim, simetria com aquilo que o Professor Humberto Ávila chama de razoabilidade como congruência, em que há conexão com o princípio constitucional da igualdade/isonomia, servindo a razoabilidade como parâmetro interno de aferição do tratamento paritário entre situações, pessoas ou coisas.

A razoabilidade-congruência define-se pela necessidade de existência de correlação lógica entre critério e finalidade (Ávila) ou aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina de correlação lógica entre critério de discrimen e desequiparação procedida, quando este administrativista discorre sobre o conteúdo jurídico do princípio constitucional da igualdade.¹⁵ Além da congruência, o postulado da razoabilidade, segundo Ávila, possui outras três significações (refletindo diversos raciocínios práticos subjacentes): razoabilidade como equidade, razoabilidade como equivalência e razoabilidade como coerência. Isso confirma que entre proporcionalidade e razoabilidade não há apenas diferença terminológica; são diferentes significantes para diversos significados.

Um dos maiores jusfilósofos brasileiros, Lourival Vilanova, discorre que “como todo sistema de significações, o sistema de normas jurídicas só é viável (concretizando-se, realizando-se) se o sistema causal, a ele subjacente, é, por ele, modificável. Se o dever-ser do normativo não conta com o *poder-ser* da realidade, se defrontar-se com o *impossível-de-ser* ou com o que é *necessário-de-ser*, o sistema normativo é supérfluo, ou *meaningless* (observa Kelsen, *General theory of law and state*, p. 41-44). Descabe querer impor uma causalidade normativa contrária à causalidade natural, ou contra a causalidade social¹⁶.” Vilanova afirma ser necessária a existência de uma dialeticidade entre a realidade social e as estruturas normativas do direito positivo - donde a normatividade do fático e a factualidade do normativo (compondo a “textura” do real). Ainda, “abstratamente, a norma estatui que deve ser a relação causal entre o pressuposto ou suporte fático e a eficácia ou entre o fato jurídico e seus efeitos. Especificamente, no uso dos modais específicos, estatuirá que a relação C/E ‘é permitida’, ou ‘é obrigatória’, ou ‘é proibida’, ou, finalmente (adotando a especificação modal a quatro valores), ‘é facultada’. Esses modos, prefixos aos enunciados de relação causal, são incompatíveis com a necessidade e com a impossibilidade, *como modais lógicos*. Outro tema é o da relação entre os modos normativos e as modalidades empíricas ou objetais (ontológicas). As normas realizam-se

15. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, Malheiros, 2004.

16. Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no Direito*, São Paulo, RT, 2000, p. 11.

porque valem-se das possibilidades factuais do mundo físico e social.¹⁷” Aclarando seu pensamento, o Professor de Recife diz que “a hipótese não implica a consequência, seja possivelmente, seja necessariamente. O *modus* que afeta o enunciado jurídico é deôntico: *estatuí que deve ser a implicação do conseqüente pela hipótese*. Se a implicação fosse necessária, ou impossível, seria supérfluo prepor-lhe um dever-ser. Não tem sentido, quer dizer, não é exequível, realizável, dever-ser (obrigatório, permitido, proibido) anteposto a um enunciado descritivo de necessidade ou de impossibilidade factuais. O *modus* descritivo (alético) afeta um *dictum* com valor veritativo, não um *dictum* meramente observável, executável, susceptível de cumprimento ou descumprimento, mas cujo cumprimento ou descumprimento não mudam a valência do enunciado em verdade ou falsidade. Mesmo a validade (a valência) da norma não é afetada pela conduta que a cumpre ou a descumpre. É válida enquanto mantém relação-de-pertinência com o sistema. É válida enquanto a validade *total* do sistema se mantém¹⁸. (...) Entre a causalidade natural sociológica e a causalidade construída pela norma jurídica há relações. Sabemos que uma norma jurídica que estabeleça uma relação impossível, ou disponha contra uma relação necessária, *carece de sentido operativo*. O sentido operativo, a viabilidade de sua realização, representa o análogo da verificação empírica para que uma proposição das ciências empíricas tenha sentido¹⁹”. O “legislador”, no interior do sistema, é, em tese, livre para estatuir relações de causalidade normativa; essa “liberdade”, entretanto, sofre “pressões” dos dados efetivos. Esse o sentido do juízo “o ‘legislador’ deve ter em conta a realidade social para a qual legisla”, como pauta normativa e axiológica, simétrica com a razoabilidade como congruência do *substantive due process*. A identificação da substancialidade do devido processo com a razoabilidade realiza uma função transcendente: a vinculabilidade entre o ser e o dever-ser. “Com efeito, embora a norma seja válida, ela poderá não ser aplicada porque incompatível com as particularidades do caso individual. Embora a norma seja válida, ela será declarada inconstitucional porque não possui suporte real ou porque é intrinsecamente contraditória. Enfim, a validade mesma da norma é afetada por elementos inicialmente havidos como exteriores ao sistema jurídico. Uma bela lição para quem entende que o *dever ser* é independente do *ser*. Mais ainda: um valioso ensinamento para quem pensa que *ter direito* não tem relação com *ter razão*²⁰”. Paulo de Barros Carvalho, ao discorrer sobre a trajetória do dever-ser até o ser da conduta, escreve que “ao captar a mensagem normativa,

17. Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no Direito*, São Paulo, RT, 2000, p. 64. Para Vilanova, a hipótese normativa é incidente e não coincidente com a realidade.

18. Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no direito*, São Paulo, RT, 2000, p. 92-93.

19. Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no direito*, São Paulo, RT, 2000, p. 100. Na obra *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo, RT, 1977, p. 106, o Professor Vilanova, na esteira de Eduardo Garcia Maynez, afirma que as normas estão vinculadas a condições ontológicas: a aplicação delas pressupõe possibilidades fáticas sem as quais as prescrições normativas terão significado apenas sintático, mas sem nenhum sentido semântico (relação com coisas possíveis) e/ou pragmático.

20. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 423.

o destinatário da norma terá, em sua mente, uma representação: se ocorrer o fato F, no plano da realidade tangível, deve-ser a conduta C, do sujeito S” perante o sujeito S’. O ‘dever-ser’ encerra aí seu percurso, porque diante dessa representação o destinatário vai orientar-se de acordo com as determinações de sua vontade, que poderá manifestar-se tanto no sentido da conduta prescrita, como no de seu descumprimento. Rompe-se o fio do *dever-ser* e passamos a lidar com as contingências do *ser*. O vetor que orienta o comportamento do receptor da mensagem será uma função dos valores que entram em jogo quando ele pensa na representação mental provocada pela norma. Por isso que legislar é uma arte. Ao produzir a regra, o legislador deverá mobilizar, ao máximo, as estimativas, crenças e sentimentos do destinatário, de tal modo que o faça inclinar-se ao cumprimento da conduta prescrita, pois nesse empenho se resolverá a eficácia social da norma jurídica. É aqui que ingressa a sensibilidade de quem legisla, conhecendo a ideologia e os dados culturais daqueles de quem se espera os procedimentos desejados. É bem verdade que a sanção cumpre papel relevantíssimo, participando como forte instrumento condicionador da vontade, mas é preciso dizer que o próprio tamanho da sanção com que será apenado o infrator é algo também delicado, para ser decidido pelo emissor do comando, além do que, em muitas oportunidades, não basta a ameaça sancionadora, por mais gravosa que seja. Espera-se do legislador, nesses casos, uma grande acuidade, imitando-se na circunstância de vida do destinatário para movimentar-se entre os valores que lhe são mais caros e preciosos. Sem esse autêntico ‘dom de legislar’, sem esse cuidado de caráter psicossocial, sem essa habilidade específica, o comando normativo, cairá, certamente, em solo estéril, e a regra não atingirá os objetivos ordinatórios que persegue²¹”. Em suma, a aplicação de comandos normativos sempre depende de condições ontológicas de aplicabilidade: prescrições comportamentais instituídas por normas jurídicas pressupõe possibilidades fáticas de aplicação.

Com Ávila, “a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir”. Também, a razoabilidade é “utilizada como diretriz que exige a consistência entre os elementos constantes de uma regra jurídica, especialmente proibindo a validade de normas que instituem deveres contraditórios ou sem qualquer sentido prático.²²” Assim, o denominado doutrinação e jurisprudencialmente devido processo substancial exige a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação, requerendo, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente. O devido processo, em sua versão substantiva, atua como decisivo obstá-

21. Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 14-15.

22. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 409.

culo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou desarrazoado. Não pode “o legislador eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade. A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí falar-se em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (*Natur der Sache*). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão aos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal²³”. O devido processo substancial exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Somente razões plausíveis e com cunho de aceitabilidade racional justificam distinções entre pessoas. A instituição de discriminações arbitrárias ou sem causas concretas violam os princípios da igualdade e do devido processo (substantivo). Nesta hipótese, a substancialidade do devido processo enfeixa a razoabilidade como parâmetro interno de controle da aplicação do princípio da igualdade. A diferenciação só é válida se fundada em uma diferenciação factual existente entre os sujeitos envolvidos e estiver suportada por uma finalidade constitucional. Desta forma, a distinção só se legitima se o Poder Público tiver uma justificação razoável para fazê-la (ônus de argumentação/fundamentação). A legitimidade da diferenciação deve ser aferida, também, de acordo com a (não) vedação constitucional da utilização do critério de distinção. O devido processo impõe, ainda, uma relação de coerência interna entre os elementos das regras jurídicas, proibindo a edição de norma contraditória em si mesma, ou inapta para ser aplicada. Impõe a ausência de contrariedade interna entre os elementos normativos, da própria norma ou de outras normas constantes do ordenamento jurídico.

A expressão devido processo substantivo ou substancial pode parecer *contradictio in terminis*; busca conciliar noções ontologicamente distintas: processualidade com substancialidade²⁴. Por isso, acaba assemelhando-se com a razoabilidade que

23. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 414.

24. Essas noções encerram uma distinção jusfilosófica mais ampla: o debate acerca do procedimentalismo e do substancialismo, o primeiro com enfoque na teorização sobre o procedimento e suas condições, potencialidades e limites na realização da justiça e de seus resultados concretos e o segundo com enfoque na teorização sobre a substância axiológica da construção político-jurídica do justo. Essa dissociação está presente na teoria da Constituição. Sobre isso, Lenio Streck, *Hermenêutica e(m) crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004. A dicotomia assenta-se no modelo da legitimidade procedimental (a justeza dos resultados depende apenas do procedimento/processo, entendendo-se que se o procedimento é justo, justo, necessariamente, será o resultado) e no modelo da justiça material (o procedimento é um meio para se alcançarem resultados justos, mas os direitos fundamentais compreendem-se como dimensões subjetivas autônomas separadas dos instrumentos procedimentais). A superação dessa rígida dicotomia consolida-se na afirmação de que a dimensão jurídico-procedimental/processual não constitui um mero instrumento ancilar da realização do direito material; ela é uma parte integrante do mesmo (rejeição do modelo material). Também, considera-se falsa a afirmação segundo a qual direito é apenas o que se obtém mediante um esquema processual/procedimental (rejeição do modelo procedimental).

deve existir na produção normativa (“devido processo legislativo” e as limitações materiais/conteudísticas ao poder de ditar/emitir leis) ou com a necessária correspondência que deve estar presente entre norma e realidade fenomênica, ou entre norma e suporte empírico da estrutura do real (circunstancialidade ou situacionalidade fática existencial) - congruência comumente designada por “natureza das coisas”. Devido processo substancial enfeixa as limitações de conteúdo ao poder competente (poder-função) de produção do Direito, que deve, necessariamente, resultar em normatividade razoável, congruente, correspondente à natureza das coisas e apta a apresentar operatividade no âmbito da regulação comportamental, para a atributividade dos objetos/bens jurídicos, com plenas potencialidades de soluções tópicosistemáticas dos problemas (configuração das margens de decidibilidade).

O *procedural due process* engloba um (com)plexo de garantias mínimas de procedibilidade, significando, em síntese, regularidade procedimental (prévia regulação legal dos ritos). O conjunto dessas garantias configura, segundo linguagem do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo (*lato sensu*) processual. Denota, outrossim, aquilo que o processualista José Frederico Marques chama de regularidade normativa, economia de meios e formas e adequação à realidade fática. Esse jurista entende equivalente a noção de devido processo com “devida atualização do Direito” - normas procedimentais previamente estipuladas em lei. O jusfilósofo Miguel Reale aplaudiu as idéias de Frederico Marques, ao propugnar pela aplicação do devido processo como norma delimitadora do direito da Administração Pública de anular os atos administrativos por ela realizados.

O devido processo procedimental identifica-se, basicamente, com a noção tradicional do devido processo legal que foi incorporada na Constituição; trata-se de norma jusfundamental que garante a procedimentalidade do agir estatal, impondo/prescrevendo um arsenal de ritos procedimentais mínimos para conter o arbítrio e objetivar o máximo de justiça das decisões do Poder Público que afetem, direta ou indiretamente, os cidadãos. Por isso sua indissociabilidade com o Estado Democrático de Direito. O resultado justo só pode ser alcançado mediante um processo justo; por isso a processualização da atuação estatal na positivação de normas, realização de atos e imposição de decisões está em conexão com a jusfundamentalidade normativa em toda sua multifuncionalidade: subjetiva e objetiva, vertical, horizontal e lateral, defensiva e prestacional. Os publicistas vêm buscando a teorização mais consistente a conectar direitos fundamentais e procedimento; a noção genérica de “direito fundamental à organização” é um dos enfoques, escolhido, por exemplo, por Robert Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet.

O direito fundamental à organização envolve a noção de *status activus processualis*, que se identifica com aquilo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chama de “cidadania processual”. Significa que a organização e o procedimento, nas suas repercussões sobre o direito material, devem ser perspectivados à luz dos direitos

fundamentais e que o direito material, na sua irradiação sobre a organização e procedimento, não deve divorciar-se da importância do *due process of law* para a garantia ou proteção jurídica dos direitos fundamentais. Essa tese fez alguns constitucionalistas dissociarem “direitos fundamentais processuais” de “direitos fundamentais materiais”. O conceito constitucional de organização abrange as instituições ou unidades organizatórias de qualquer espécie; o conceito procedimental de organização envolve a forma e procedimento do “organizar”; o conceito conformativo interno de organização, por seu turno, refere-se à ordenação e conformação interna das unidades organizatórias²⁵. Existem direitos fundamentais que são procedimentalmente dependentes e também o procedimento, por vezes, atua como pré-efeito da garantia do direito fundamental. Assim, a organização e o procedimento refletem instrumentos funcionais da realização das normas jusfundamentais. O *status activus processualis* funciona como garantia dos direitos através da participação no procedimento e o *status interactivus socialis* mostra a importância do procedimento nas relações horizontais. O componente jurídico-procedimental também se encontra na dimensão prestacional dos direitos fundamentais (“procedimento de prestações”). A ideia de procedimento intrinsecamente justo (devido) abarca a “garantia de instituto”, inserida na ordenação objetiva revelada pelas normas de direitos fundamentais (correlacionando-se com a complexa problemática da chamada “liberdade de conformação do legislador”).

Em Alexy, os direitos procedimentais estão conectados com a teoria do *status*. O jusfilósofo alemão chama de procedimentos em sentido estrito os procedimentos judiciais e os administrativos. O conceito de organização, por seu turno, também abarca um sentido amplo e um estrito (ambos sendo espécies do gênero “direitos a ações positivas do Estado” - prestações *lato sensu*). A organização envolve o direito fundamental à participação na formação da “vontade estatal”. A síntese espectral entre normas jusfundamentais e organização está na fórmula “realização e asseguuração dos direitos fundamentais através da organização e do procedimento (direitos a proteção jurídica efetiva, direitos a procedimentos e direitos a medidas estatais de tipo organizativo)²⁶”.

25. Nesse contexto, vale ressaltar o conceito de procedimento que alguns publicistas utilizam. Em Alexy, procedimentos são “sistemas de regras e/ou princípios destinados à produção de um determinado resultado”. Em Goerlich, “procedimento é uma ordenação proporcional de direitos materiais e interesses jurídicos, face aos poderes públicos.” Por fim, em Canotilho, “procedimento é um complexo de atos juridicamente ordenados de tratamento e obtenção de informação que se estrutura e desenvolve sob a responsabilidade de titulares dos poderes públicos e serve para a preparação da tomada de decisões (legislativas, jurisdicionais e administrativas). Os procedimentos constituem, assim, sistemas de interação entre os poderes públicos e os cidadãos ou entre unidades organizatórias públicas. Nestes sistemas de interação, os procedimentos atuam basicamente como modelos de ordenação”.

26. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 454-482.

A atuação estatal que interfira na esfera jurídica dos cidadãos deve, para operar legitimamente, ser realizada mediante um processo (existência). Além disso, este processo deve ser adjetivado e qualificado; deve ser um processo *devido* (validade). Devido jurídica e proporcionalmente, ou seja, de acordo com o Direito e a ordem constitucional em geral, e com o sobreprincípio do Estado de Direito em especial, enfeixando deferências às diretrizes da razoabilidade e da isonomia, e concretizando-se por meio da procedimentalidade e de seu *iter*, previamente regulada consoante as prescrições normativas (eficácia). Por fim, precisa ser um processo com estrutura equânime e proporcionador de resultados justos (carga axiológica), possuindo “pretensão de correção”, conforme expressão de Alexy. “As exigências decorrentes da razoabilidade, conjugadas com as advindas de outros postulados, evidencia o afastamento daquela compreensão formal e tradicional de lei, bem expressa na afirmação de Montagne, no sentido de que as leis devem ser obedecidas não porque são justas mas porque são leis. Hoje, lei não é apenas forma, mas conteúdo, sem cuja razoabilidade ela perde - veja-se - a validade.”²⁷

II. SUBPRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS (IN)FORMADORES DO *DUE PROCESS OF LAW*

Seguir-se-á a decomposição analítica realizada pelo Professor Daniel Mitidiero²⁸: o devido processo jurídico procedimental enfeixa, como garantias mínimas, a inafastabilidade da jurisdição, o juiz natural, a igualdade, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação decisional e a duração razoável do processo.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição traduz um estado ideal de controlabilidade, pelo Poder Judiciário, de lesões ou ameaças de lesões a direitos, a ser buscado por ações concretas que promovam esse fim. Encontra-se no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Entre os processualistas, essa temática polariza-se na efetividade e na instrumentalidade do processo ou àquilo que Luiz Guilherme Marinoni vem chamando de “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva” (e não o mero acesso ou ingresso em juízo). Várias e complexas medidas precisam ser tomadas para a concretização da axiologia subjacente à controlabilidade; correspondem, basicamente, às gerações de “ondas” do Direito Processual, celebrizadas por Mauro Cappelletti, como a assistência judiciária gratuita e instituições destinadas à defesa em juízo dos necessitados e a tutela dos direitos coletivos e difusos²⁹. A universalidade da jurisdição ou da tutela jurisdicional estabelece o

27. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 423.

28. Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 45-66.

29. O acesso à justiça não pode ser vislumbrado sem a *tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos - 'devido processo judicial social'*. Sobre o tema, Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo, RT, 2006.

dever de buscar um ideal de acessibilidade e de oportunidade para a defesa e exercício dos direitos dos cidadãos, por meio do encontro de regras comportamentais havidas como necessárias à concretização daquele ideal. A controlabilidade, em sua formulação deontica, constitui norma objeto de aplicação e, principiológicamente, atua semântica e axiologicamente sobre outras normas do sistema, fundamentando a construção e conexão de sentidos. Exige uma atuação do Poder Público (ações de composição) que proporcione acesso e condições efetivas de defesa dos interesses dos cidadãos. Impõe, também, o dever ao Estado de implementação da tarefa de compor litígios de maneira isenta, imparcial e objetiva por meio de instrumentos garantidores de defesa e proteção efetiva, estabelecendo procedimentos a serem observados pelo Poder Público. Para Marinoni, o direito à prestação jurisdicional efetiva engloba o direito à técnica processual adequada, o direito de participar por meio de procedimento adequado (“instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação”, como nas ações coletivas) e o direito à resposta do juiz. A universalidade da jurisdição exerce eficácia direta integrativa, garantindo acessibilidade à prestação jurisdicional, agregando elementos não previstos em prescrições normativas. Exerce, também, eficácia bloqueadora, afastando elementos, expressamente previstos, que sejam incompatíveis com o estado ideal de oportunidade a ser promovido. Tem função eficaz definitiva (de concretização), delimitando (com maior especificação), para situações mais concretas, a abrangência do devido processo jurídico procedimental. Por fim, exerce função eficaz interpretativa (explicativa) pois, como princípio, caracteriza-se como “decisão valorativa objetiva com função explicativa”, orientando a hermenêutica de normas constitucionais e legais³⁰.

A garantia do juiz natural possui razão de ser na imparcialidade que deve estar presente, necessariamente, no exercício da jurisdição. Esse juiz é o competente (“pré-determinação de critérios específicos para a fixação da competência jurisdicional”) e independente, estabelecido constitucional e legalmente antes da ocorrência do fato que compõe o objeto do processo e do julgamento; portanto, com vedação de funcionamento de tribunais de exceção (art. 5º, LIII, da Constituição: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”). Também o art. 95, que dispõe sobre as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio, assegurando a independência dos juízes: “Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em

30. Interessante construção acerca da universalidade da jurisdição está em Hermes Zaneti Junior, *Teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*, p. 193-195, In: *Polêmica sobre ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo* (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Ovídio Baptista da Silva; Daniel Mitidiero; Fabio Cardoso Machado; Luiz Guilherme Marinoni; Gabriel Pintaúde; Hermes Zaneti Junior e Guilherme Rizzo Amaral), *Porto Alegre, Livraria do Advogado*, 2006.

ulgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I)”. Infraconstitucionalmente, os arts. 137, 304 e 485, II, do Código de Processo Civil, refletem, em disposições legais, a garantia de atuação judicial isenta e objetiva. A imparcialidade, como estado ideal de coisas a ser buscado, requer a integração de fatores que o promova (eficácia integrativa) e o afastamento de elementos impeditores de sua configuração (eficácia bloqueadora). Esse estado finalístico (e sua especificidade), concretiza a plurivetorialidade do devido processo para um determinado sentido (eficácia definitiva) e oferece orientações hermenêuticas (e conexões de significados) de normas (eficácia interpretativa)³¹.

O princípio da igualdade processual engloba três maneiras (dimensões) de visualizar a *telos* normativo: igualdade de oportunidades (“paridade de armas”), igualdade de tratamento e igualdade de “riscos” (igualdade de possibilidades de êxito na demanda ou igualdade de possibilidades de acolhimento das razões). Esse princípio deve preservar/promover a isonomia ou a paridade na apresentação de argumentos e provas e proporcionar tratamento igualitário na participação da formação do convencimento judicial. A igualdade deve ser estabelecida entre todos os sujeitos processuais, inclusive do juiz e é, fundamentalmente, igualdade material/substancial. A regulação do ônus da prova tem como substrato o equilíbrio isonômico ao longo do *iter* procedimental; as técnicas de inversão da carga probatória e a teoria das “cargas probatórias dinâmicas” visam, justamente, à parificação efetiva, concreta, real e substancial em todas as etapas/fases processuais. A isonomia constitucional encontra-se no *caput* do art. 5º da Constituição: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...).*” No Código de Processo Civil, o dever, ao juiz, de tratar as partes igualmente encontra-se no art. 125, I. Celso Antônio Bandeira de Mello assentou as bases contedísticas da isonomia constitucional,

31. Humberto Ávila enquadra a garantia do juiz natural como regra (categorização estrutural-normativa). De acordo com sua obra *Sistema Constitucional Tributário, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 51-55*, a eficácia das regras divide-se em eficácia interna e externa. Na interna, há a eficácia direta, composta pela função eficaz decisiva (eficácia preliminarmente decisiva, com pretensão de oferecimento de solução provisória para determinado conflito de interesses) e há a eficácia indireta, composta pela função eficaz definitiva (especificação de normas mais amplas, com delimitação do comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas por princípios) e pela função eficaz de trincheira (forte rigidez - *defeasability of rules* - superável apenas por razões suficientemente fortes, extraíveis da finalidade subjacente ou dos princípios sobrejacentes às regras. É a pretensão de solução, abarcância e decidibilidade das regras, seu caráter *prima facie* forte e superabilidade mais rígida, ao contrário dos princípios, com sua pretensão de complementaridade, caráter *prima facie* fraco e superabilidade mais flexível). A eficácia externa das regras é, preponderantemente, a de estabelecer condutas (regras de conduta, *behavioral rules*) e a de atribuir a um determinado sujeito a competência para realizar determinado ato jurídico sobre uma matéria dada (regras de competência, *competence norms* ou *power conferring rules*).

estipulando cinco preceitos para sua concretização: I - a norma deve abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada, e não singularizar atual e definitivamente um destinatário determinado; II - a norma não pode adotar como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial; III - a norma atributiva de tratamentos jurídicos diferentes - em atenção ao fator de *discrímen* adotado - deve guardar relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV - a norma, além de resguardar relação de pertinência lógica em abstrato, deve estabelecer *discrímen* que conduza a efeitos não contrapostos ou de qualquer modo não dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente e V - a hermenêutica da norma não pode extrair dela distinções, *discrimens* e desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro e inequívoco, ainda que por via implícita³². A igualdade estabelece o dever de buscar um ideal de paridade, equidade, generalidade, impessoalidade, objetividade, legitimidade, pluralidade, representatividade e participatividade. Ela limita os poderes dos órgãos legiferantes, administrativos e jurisdicionais, determinando a paridade de tratamento para situações equivalentes. A diretriz isonômica exige do aplicador a consideração e avaliação dos sujeitos envolvidos, dos critérios de diferenciação e das finalidades justificadoras da diferenciação. O juízo de igualdade depende necessariamente do critério e da finalidade que estruturam a comparação. A isonomia, assim, não se restringe a um controle formal, aplicativo e limitado à evidência de arbitrariedade; implica também um controle material, integral e justificativo do princípio da igualdade. O Professor Ávila afirma quando se amplia o âmbito de controle material da igualdade pelo Poder Judiciário (ampliando a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental)³³: (1) quando existam condições para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) quando se mostrar evidente o equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental; (3) quanto maiores forem as restrições a bens jurídicos constitucionalmente protegidos e (4) quanto maior for a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional. Por outro lado, o âmbito de controle material da igualdade pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser tanto menor, quanto mais: (1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria e (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição. O princípio da igualdade exerce eficácia

32. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 47-48.

33. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 353-354.

direta integrativa, mediante a ponência efectual de elemento - não previsto - inerente ao fim paritário que deve ser buscado. Exerce eficácia bloqueadora, afastando elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de equanimidade a ser promovido. Trata-se de não criar desigualdades, distinções, discrimens, desequiparações ou discriminações injustificadas e de neutralizar as porventura existentes, consoante a axiologia constitucional. Possui função eficaz de definibilidade concretizadora e especificadora do devido processo legal. Também atua eficazmente no âmbito hermenêutico, com função explicativa de normas (infra) constitucionais. Por fim, a igualdade envolve termos de comparação (com necessária correlação lógica entre critério e finalidade ou entre critério e desequiparação procedida), cujo parâmetro interno é a razoabilidade (congruência), que corresponde àquilo que, tradicionalmente, vem sendo apontado como a substancialidade do devido processo.

O princípio do contraditório já foi encarado como requisito formal de cientificação bilateral dos atos processuais; hodiernamente, ele representa uma garantia substancial de participação na formação do convencimento do juízo e na tomada das decisões judiciais. O contraditório é, essencialmente, material-constitutivo, abrangendo os juízos de fato e os juízos de direito; é elemento nuclear da estrutura dialógica do processo judicial, configurado como “procedimento em contraditório”. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é ele que dá os contornos da cooperatividade processual (incluindo a lealdade), recuperando a lógica dialética e a tópica-retórica para o interior do *iter* procedimental e para a processualística, como mecanismos de resolução efetiva de problemas práticos. Inclui em seu âmbito o direito à prova - que deve ser obtida mediante meios lícitos, diante do proibitivo constitucional (Constituição Federal, art. 5º, LVI: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”). Para a preservação/promoção de outras finalidades, legitimadas constitucionalmente, o Direito Processual apresenta técnicas diferenciadas de contraditoriedade, como o contraditório prévio, o diferido, o postecipado e o eventual. Importante é que a constitutividade processual representada pelo princípio esteja assegurada em suas plenas possibilidades de realização concreta; as técnicas refletem a necessidade de existência de equilíbrio com a efetividade dos direitos, quando a configuração destes *in casu* estiver a reclamar satisfatividade imediata, pela urgência da situação. O contraditório (e a ampla defesa) está no art. 5º, LV, da Carta Magna: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. O princípio do contraditório, em sua constitutividade substancial, atua diretamente, por meio da eficácia integrativa, garantindo a efetivação prática de elementos - não previstos - que promovam o fim da participatividade nos resultados decisórios. A sua eficácia de bloqueio, por seu turno, afasta elementos, expressamente previstos, incompatíveis com essa finalidade. A concretização especificadora que promove na prática delimita os contornos do devido processo jurídico procedimental (função eficaz definitiva). Também possui importante função eficaz interpretativa e

explicativa na hermenêutica tópico-sistemática de normas processuais, jusfundamentais (constitucionais) ou ordinárias (codificadas ou extravagantes).

A ampla defesa, juntamente com o contraditório, traduz, em estrutura principiológica, o estado ideal de defensabilidade dos cidadãos, a ser preservado/promovido por ações concretas (atos que efetivamente levem ao fim, evitando o “cerceamento de defesa”). Os processualistas entendem que essa defesa protetiva compõe a axiologia do princípio da segurança jurídica, em sua manifestação dentro do processo. Fácil perceber, portanto, o *trade-off* inerente a toda conformação concreta procedimental: a realizabilidade efetiva dos direitos substanciais, viabilizada pela instrumentalidade do processo, “mede forças” com a necessidade de segurança/protetividade dos cidadãos, nas intromissões estatais em suas esferas jurídicas. Aqui está a importância em conceber o devido processo como “devido processo proporcional”. Ovídio Baptista da Silva lembra que a ampla defesa justifica-se plenamente no processo penal, tendo em vista os bens jurídicos que a decisão estatal dele resultante visa a afetar; entretanto, a extensão feita, pela Constituição, desse princípio para o processo civil e para os administrativos em geral traz complexos problemas práticos, pois diversos os bens jurídicos envolvidos e diferentes seus escopos e suas teleologias. Para fins ilustrativos, os direitos materiais, conforme sua natureza, para realizarem-se de forma efetiva em juízo, necessitam de técnicas de sumarização material (diversa da sumarização formal, que se caracteriza pela concentração/condensação de atos processuais e redução de prazos). Essa materialidade sumária na configuração objetiva do processo, impositiva ao sujeito cognoscente (jugador), consubstancia-se na redução do campo/âmbito do litígio e utiliza-se dos “cortes” que são possíveis efetuar na cognoscibilidade do juízo - regulação da relação sujeito-objeto. Pelo ângulo da profundidade, a cognição pode ser sumária (como exemplo, as tutelas de urgência, que dão primazia circunstancial a um direito provável, segundo juízos de verossimilhança) ou exauriente (a ordinariade, por exemplo). Pelo aspecto da extensão, a cognição pode ser plena (cognição *secundum eventum probationis*, tal o mandado de segurança, que exige direito líquido e certo e prova documental) ou parcial (na desapropriação, por exemplo). Há ainda a cognição *secundum eventum defensionis*, que utiliza a inversão da iniciativa do contraditório, como na ação monitoria. Pode haver entrecruzamento entre essas espécies de cortes cognitivos; a sumariedade substancial visa a compatibilizar as estruturas esquemáticas do processo com as vicissitudes do direito material que ingressa em juízo. De qualquer modo, isso está a evidenciar o quão problemática é a “plenitude da defesa” no âmbito do processo civil; por isso que sua significação deve refletir uma relação de interdependência com os princípios integrantes do devido processo e com a própria diretriz redimensionada, com sua eficácia sobreprincipal, além da atuação conjunta com o postulado da proporcionalidade. A ampla defesa integra todos os elementos que são necessários para promover a defensabilidade (eficácia integrativa) e bloqueia todos elementos incompatíveis com a promoção desta finalidade (eficácia bloqueadora). Também define, concretiza

e especifica quando um determinado processo jurídico é devido (eficácia definitiva), além de orientar a interpretação de outras normas de processo/procedimento (eficácia interpretativa/explicativa).

A publicidade é consequência da necessidade de transparência da ação estatal e é fator de legitimação no exercício das funções e competências das autoridades públicas. Os cidadãos em geral precisam conhecer os conteúdos dos provimentos/pronunciamentos e a participatividade nas atividades estatais depende do caráter público das normas, atos e decisões do Poder Público; o grau de participação é diretamente proporcional ao grau de informação da sociedade acerca daquilo que é realizado pela e na “máquina” estatal - seja no âmbito legiferante, no administrativo ou no jurisdicional. A “vontade” funcional deve ser cognoscível e inteligível (ideais de cognoscibilidade, inteligibilidade e compreensibilidade conteudística); disso decorre a viabilidade da atividade avaliativa, crítica, opinativa e julgadora (decisões reflexivas) dos cidadãos, para o imprescindível controle social (da legalidade, da qualidade, da eficiência e de todas as exigências constitucionais e infraconstitucionais em relação às atividades estatais). No processo civil em especial, resguardam-se da publicidade os processos que devem tramitar em segredo de Justiça, por suas peculiaridades, para preservação do núcleo essencial de outros direitos fundamentais, inseridos em constelação axiológica de diverso sentido vetorial. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, a fórmula sintética dessa axiologia está na “preservação da intimidade”. Na Carta Magna, encontra-se o princípio no art. 5º, LX: “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”. No Estatuto Processual, os arts. 155 e 444 garantem a publicidade no processo civil. A publicidade, como estado ideal de coisas a ser buscado, requer a integração de elementos que o promova (função eficaz integrativa) e o afastamento de normas que impeçam a sua configuração (função eficaz bloqueadora). Esse estado finalístico ainda especifica a constelação axiológica plurivetorial do devido processo (função eficaz definitiva) e oferece direcionamento hermenêutico de normas relativas à organização e procedimento (função eficaz interpretativa).

A motivação traduz um estado ideal de legitimidade e confiabilidade; conecta a ela está a exigência de fundamentação nas decisões do Poder Público. Esse princípio representa, essencialmente, um fator de legitimação, proporcionando o controle formal e material das decisões, pelas partes envolvidas no processo e pela comunidade em geral (Ávila: “tornar o subjetivo intersubjetivo” - controle intersubjetivo). Disso depende o grau de confiança dos destinatários das leis, dos administrados, dos jurisdicionados e da sociedade civil nas atividades estatais. A motivação/fundamentação decisória deve refletir o enfrentamento, pelo órgão apreciador/julgador (emissor da decisão), de todas as razões de fato, razões de direito, provas e argumentos apresentados pelas partes envolvidas, possibilitando a interposição das impugnações recursais (de forma e de conteúdo) e viabilizando o conhecimento da matéria do *decisum* pelos órgãos hierarquicamente superiores (Tribunais Superiores, por exemplo), para

novo julgamento do caso. Michele Taruffo sintetizou o conteúdo mínimo do dever de motivação: a) individualização dos dados-de-fato, das normas jurídicas incidentes e aplicáveis ao caso concreto, juridicização dos suportes fáticos e explicitação de suas conseqüências jurídicas; b) contextualização dos nexos de implicação, congruência, coerência e concreção entre os enunciados fático-legais e c) justificação racional dos enunciados, reportando-se ao ordenamento jurídico³⁴. No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à ordem jurídica. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso, justificar-se, caracterizando o Estado de Direito como “Estado que se justifica”. Essa justificação deve ser material e formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela existe fundamento; é formalmente justificada, quando se expõe, se declara e se demonstra o fundamento. A motivação obrigatória e pública resulta da necessidade de controle não só endoprocessual, mas também extraprocessual. Assim, a motivação das decisões judiciais, como expressão de justificação formal e material dos atos emanados do Poder a quem compete a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito. O princípio de que as decisões judiciais devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau de jurisdição, sem exclusão dos que possuam índole discricionária ou se fundem em juízos de valor livremente formulados. A Lei Maior, no art. 93, IX, assegura a obrigatoriedade de motivação e fundamentação: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”. Também, no mesmo art. 93, X: “*as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.*” Os arts. 131, 165 e 458 do Código de Processo Civil, por seu turno, exigem a motivação e a fundamentação (lógica, adequada e escrita) das decisões. A fundamentação motivacional integra todos os elementos necessários para a concretização da justificabilidade das decisões e sua controlabilidade intersubjetiva, por meio da integração efectual (inclusão de fatores). O bloqueio efectual, por sua vez, afasta os elementos desnecessários e incompatíveis com a valiosidade do fim justificativo (exclusão de fatores). A motivação, como norma constitucional, também delimita a margem de definibilidade e decidibilidade do devido processo (efectualidade definitiva) e polariza a atividade hermenêutica, conferindo direcionamento finalístico (função interpretativa).

A duração razoável do processo propugna pela concretização de ações que promovam a finalidade representada pela celeridade, como estado ideal de coisas em que não ocorram dilações indevidas na tramitação dos feitos. É o fator temporal que

34. Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, p.467.

impõe a economicidade de meios e de formas processuais; o tempo excessivo de duração dos processos é identificado como antinômico com o espectro axiológico da justiça das decisões. A Constituição Federal consagra a diretriz no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” O Código de Processo Civil impõe ao juiz, como dever, velar pela rápida solução do litígio no art. 125, II. A razoabilidade da duração do processo exige critérios de aferição: por exemplo, a complexidade da causa, o comportamento das partes durante o procedimento e o comportamento das autoridades judiciária, administrativa e legislativa. O ordenamento jurídico deve predispor meios que garantam a celeridade na tramitação dos feitos, para evitar os danos provenientes da passagem do tempo. Só as medidas que promovam a celeridade podem caracterizar a duração do processo como razoável, e a norma constitucional agrega elementos aptos a concretizar o fim da tempestividade, como estado ideal de coisas a ser buscado (eficácia integrativa). No sentido inverso, afasta elementos, expressamente previstos, incompatíveis com a finalidade, ou cuja inaptidão para promoção do fim os tornem inadequados ou insuficientes, ficando fora do espectro axiológico do estado ideal (eficácia bloqueadora). Também delimitam e especificam, em situações concretas, a abrangência sobreprincipal do devido processo e sua finalidade mais ampla (eficácia definitiva de concretização). Por fim, contribuem na restrição e ampliação de significados, orientando a interpretação de normas processuais, constitucionais ou legais (eficácia hermenêutica-explicativa).

III. DEVIDO PROCESSO JURÍDICO PROCEDIMENTAL COMO SOBREPRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E A REARTICULAÇÃO EFICACIAL

O devido processo jurídico procedimental possui a categorização de sobreprincípio constitucional, cuja formulação lingüística encontra-se no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que prescreve: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O dispositivo acolhe o binômio³⁵ liberdade-propriedade (bens) para abarcar todas as possibilidades de indevida/ilegal/ilegítima invasão estatal na esfera jurídica³⁶ dos cidadãos. O estado ideal de coisas que propugna é o da

35. Alguns autores afirmar estar incluída na cláusula o resguardo da “vida”.

36. Constitui a esfera jurídica individual o conjunto de todos os bens da vida que tocam a um sujeito de direito, nesse conceito abrangidas todas as relações jurídicas em que esteja inserido, bem assim os direitos, pretensões, ações e exceções, os deveres e obrigações que integram seu conteúdo, inclusive direitos públicos que não se subjetivam, e ainda as qualidades e qualificações relativas ao *status* das pessoas. Considerando as várias classes de objetos de direito: coisas, bens, direitos de crédito *lato sensu* (direitos pessoais economicamente mensuráveis) e direitos pessoais sem estimação econômica, e as espécies dos direitos que podem recair sobre cada uma delas, é possível conceber os objetos de direito em círculos concêntricos superpostos, em que: o primeiro círculo (o mais interno, nuclear) é integrado pelas coisas (bens materiais, corpóreos), que podem ser objeto do direito real de domínio (direito de propriedade sobre coisas); o segundo círculo é integrado pelos bens, conceito que abrange, além das coisas (primeiro círculo),

protetividade efetiva dos direitos ou o da protetividade processual da incolumidade da esfera jurídica dos cidadãos (estado ideal com vetor pluridirecional, com pretensão de abarcância dos estados ideais vetoriais unidirecionais da controlabilidade, da imparcialidade, da igualdade, da defensabilidade, da publicidade, da legitimidade, da confiabilidade e da celeridade), mesmo que as regras procedimentais não estejam previstas expressamente pelo ordenamento jurídico. Se há regra procedimental expressa, incapaz de garantir proteção, deve ser reinterpretada ou afastada; se não há, deve ser criada diante do caso concreto. O procedimento deve assegurar a garantia dos direitos fundamentais envolvidos e, mesmo havendo uma regra específica ou uma regra que preveja uma competência discricionária, deve ser criado um procedimento que garanta a proteção processual efetiva. Desta forma, o devido processo consubstancia a “diretriz-matriz” processual, inserida na dogmática dos direitos fundamentais, fundamentando a formulação de juízos de constitucionalidade acerca de atos normativos.

As regras, os princípios e os postulados são espécies de prescrições normativas; os princípios possuem divisão em subprincípios e sobreprincípios. O devido processo enquadra-se nessa última categoria, como conjunto de elementos (in)formadores, cujo significado resulta mais amplo que a agregação dos significantes, na intersecção entre referente e relatos (componência pela plurimembridade, com relação de condicionalidade recíproca e de coordenação).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entende que a Constituição Federal, em decorrência de sua textualidade, institui, além da regularidade procedimental, a “garantia de processo justo” (acesso à “ordem jurídica justa”, conforme expressão de Kazuo Watanabe) no seu art. 5º, incisos XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV e LVI. Cândido Dinamarco usa o termo “processo équo”, para designar a constelação de normas jusfundamentais definientes da diretriz da processualidade devida.

É a relação todo-parte que determina a conexão de sentido e a eficácia do devido processo. A hermenêutica conjunta é diversa da interpretação isolada: os

os bens imateriais (coisas incorpóreas), que são objeto do direito real de propriedade; adicionando ao conteúdo do segundo círculo os direitos de crédito (direitos pessoais mensuráveis economicamente), tem-se o terceiro círculo, que constitui o patrimônio ativo; finalmente, a esfera jurídica (quarto círculo), que é constituída pela adição ao conteúdo do patrimônio (terceiro círculo) das situações jurídicas simples (*status*) e dos direitos sem estimação econômica.

O conceito de esfera jurídica tem como elemento essencial a referência específica: (a) a sujeito de direito, não a pessoa, particularmente, porque diz respeito à titularidade de situação jurídica, o que não é exclusivo das pessoas, pois há mais sujeitos de direito do que pessoas e (b) à universalidade de bens da vida que lhe tocam.

A esfera jurídica está juridicamente protegida como decorrência do princípio da incolumidade das esferas jurídicas alheias, segundo o qual a ninguém é dado interferir na esfera jurídica de outrem sem o seu consentimento ou autorização de lei. A violação da esfera jurídica por atos ilícitos ou lícitos (porém danosos) acarreta para o agente responsabilização pelos danos que causar. Sobre a matéria, Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia, 1ª parte*, São Paulo, Saraiva, 2004.

elementos (partes integrantes) vão definindo-se a partir dos outros e a partir do todo e este se define a partir daqueles. É uma espécie de “círculo hermenêutico” internormativo, entre sobreprincípio e subprincípio. Metaforicamente, podemos comparar o devido processo como uma “nave-mãe” e seus elementos como “naves-filhas”: a primeira “lança” as segundas em direção aos problemas, para sua adequada e eficaz resolução; se os problemas “passam” pelas naves-filhas, a nave-mãe estará na “retaguarda” para “enfrentá-los”. Ainda para ilustrar, há uma relação de subsidiariedade todo-partes: primeiro, as partes tentam dar solução jurídica satisfatória no enfrentamento das situações práticas; caso isso não seja possível ou de qualquer forma não ocorra, o todo, subsidiariamente, objetivará transformar a problematidade do fenômeno jurídico concreto em atributividade objetual - disponibilização de bens jurídicos aos agentes -, pela sua justa medida jurídico-qualificadora (segundo a configuração posicional/relacional, anexando os predicados aos sujeitos), tendo em vista o arsenal de solubilidades integrantes da sua lingüisticidade. Essa é a razão pela qual o devido processo convive conjuntamente com seus subprincípios na Lei Maior, justificando-se a existência simultânea deles no Texto Constitucional³⁷.

A função eficaz de sobreprincípio da diretriz processual responde a possíveis perplexidades ou dissensos doutrinários acerca de quais são (seriam) seus elementos integrantes. Para ilustrar, cite-se o duplo grau de jurisdição. Ele não se encontra de forma explícita na Constituição; alguns autores entendem que decorre, logicamente, da organização do Poder Judiciário e de sua distribuição de competências³⁸. Outros entendem estar incluído no contraditório e/ou na ampla defesa (direito ao recurso) ou constituir consectário normativo de outras normas jusfundamentais processuais. A estrutura e a funcionalidade da diretriz sobreprincípial soluciona essa problemática, e aí reside sua força e capacidade de rearticulação e integração. O devido processo legal, como exigência constitucional, atua para criar meios de efetividade aos cidadãos, de forma ainda mais intensa quando inexistam regras jurídicas específicas.

Em outro contexto científico, mas que serve aos propósitos de elucidação da especificidade do *modus operandi* da eficácia sobreprincípial aqui estudada, o físico Fritjof Capra, ao falar das diferenças entre a Física Clássica e a Física Moderna (representada, de forma mais significativa, pela Teoria da Relatividade e pela Física Quântica) - ressaltando o mecanicismo cartesiano-newtoniano da primeira e o holismo-sistêmico da segunda (com sua abordagem *bootstrap*) -, ressalta que as

37. O sobreprincípio e os subprincípios encontram-se acolhidos na Carta Magna. O questionamento que poderia ser feito, “porque o acolhimento textual de um se existem os outros, ou porque a positivação destes se há a ‘diretriz-matriz’?”, responde-se, justamente, pela proposição de que “o todo representa/significa mais do que a soma de suas partes”.

38. O duplo grau de jurisdição sofre mitigações; por exemplo, nos Juizados Especiais ele não é suprimido, mas tem características peculiares.

totalidades são integradas, cujas propriedades não podem ser reduzidas às de unidades menores (o todo não é a mera soma de suas partes)³⁹. Essas totalidades definem-se em termos de relações e de integração; a interação mútua e a interdependência de suas partes configuram suas estruturas específicas. Existe uma espécie de holonomia: o total contido, de algum modo, em cada uma de suas partes. Os componentes seriam os *holons* e a totalidade o holograma: o todo está codificado em cada parte. A concepção holográfica serve para mostrar a ênfase do deslocamento conceitual da estrutura para a função, sem que a importância de uma abordagem anule a de outra. Esses *insights* foram também utilizados pela Escola de Psicologia da *Gestalt* que, mediante uma perspectiva holística e dinâmica, sustenta que as propriedades objetivas não podem ser compreendidas se reduzidas a elementos isolados e a totalidade não pode ser entendida somente em termos de suas partes. Tal qual a necessária integração corpo-mente, afirma essa corrente de pensamento que só a compreensão dos padrões interdependentes evita a fragmentação e a distorção do real⁴⁰.

Humberto Ávila enquadra o devido processo legal como limitação formal procedimental (limitação de 1º grau), ao tratar das “limitações constitucionais ao poder de tributar na Constituição Brasileira”. É este autor que estabelece a modalização da efetualidade do devido processo⁴¹. Na sua eficácia direta (sem interposição de regra expressa prevendo determinadas garantias), o devido processo legal exerce a função integrativa, consistente em criar procedimentos necessários (ou desconsiderar os desnecessários) à defesa do patrimônio (*lato sensu*) e dos interesses jurídicos dos cidadãos. A concretização desta função consiste em criar procedimentos não previstos em lei ou não expressos em regras constitucionais específicas. Na sua eficácia indireta (como qualificador de outras normas), a diretriz da processualidade exerce várias funções. A função definitiva da finalidade mais ampla da protetividade da esfera jurídica dos cidadãos em bens jurídicos mais restritos (controlabilidade, imparcialidade, igualdade, defensabilidade, publicidade, legitimidade, confiabilidade, celeridade e regularidade procedimental). A função interpretativa consistente em requalificar, ampliando ou restringindo, as garantias já existentes (como as regras atinentes ao juiz natural, à proibição de provas ilícitas, ao duplo grau de jurisdição, à citação, à intimação, à manifestação, à consideração de razões, à produção de provas, à motivação, à fundamentação, à publicação, à suspeição e ao impedimento). Também a função bloqueadora, por seu turno, consistente no bloqueio da validade das regras previstas, mas cujo conteúdo mostra-se incompatível com a protetividade da esfera jurídica dos cidadãos (incolumidade). A concretização desta função consiste na declaração da insuficiência dos procedimentos estabelecidos em lei: devido

39. Fritjof Capra, *O ponto de mutação*, São Paulo, Cultrix, 1982, p. 260.

40. Fritjof Capra, *O ponto de mutação*, São Paulo, Cultrix, 1982, p. 359. Também desse autor, sobre a matéria, *A teia da vida*, São Paulo, Cultrix, 1996..

41. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 118-119.

processo não significa simples observância de meros ritos formais. A procedimentalidade prevista em lei (e seu *iter* formalista) não pode inviabilizar a implementação da finalidade normativa imediatamente subjacente à diretriz da processualidade, tampouco impedir a efetivação dos dados-de-fato comportamentais mediatamente abarcados pelo sobreprincípio, como suportes necessários para a promoção do fim. Em sua especificidade categorial, o devido processo jurídico procedimental, como sobreprincípio constitucional e como determinante do atingimento da finalidade mais ampla da protetividade da esfera jurídica dos cidadãos, exerce função rearticuladora dos subprincípios que o concretizam, com suas finalidades subjacentes específicas.

Assim, a eficácia do devido processo compõe-se de uma eficácia interna e uma externa. A primeira é internormativa; viabiliza a compreensão das normas (conexões de sentido). Dentro dela está a eficácia integrativa (que promove um “processo de inclusão” de elementos), cuja característica é atuar diretamente, sem interposição de outras normas. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou que garanta a abertura de prazo para manifestação, a agregação de elementos não previstos - inerentes ao fim a ser buscado - irá garanti-los na prática. Com atuação indireta (com intermediação de outras normas), há a eficácia definitória (concretizadora/especificadora de sentidos), a eficácia interpretativa (explicativa, restritiva ou ampliativa de significados; por exemplo, o devido processo impõe interpretação das regras que garantem a citação e a defesa, de modo a assegurar protetividade efetiva. Mesmo com previsão constitucional ou infraconstitucional dos elementos componentes da norma, esta ganha em importância e especificidade, ao viabilizar a “releitura” ou a “interpretação conforme” suas diretrizes), a eficácia bloqueadora (que promove um “processo de exclusão” de elementos previstos, incompatíveis com a finalidade; por exemplo, o devido processo bloqueará uma regra expressa que preveja uma abertura de prazo insuficiente para garantir protetividade, garantindo, por conseguinte, um prazo adequado) e a eficácia rearticuladora, especificamente sobreprincípial (que promove a interação dos elementos, resultando em novas significações destes, pela rearticulação semântica e axiológica de uns a partir de outros). Por exemplo, o devido processo permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras de citação, de intimação, do juiz natural e da apresentação de provas, de tal sorte que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria, caso fosse interpretado isoladamente. A segunda eficácia (externa) é intranormativa; viabiliza a compreensão de fatos e provas, em correlação com as normas. Essa modalidade de eficácia subdivide-se em objetiva e subjetiva. Na objetiva, há outra subdivisão em eficácia seletiva (atuante no exame e no estabelecimento da pertinência de fatos e provas), eficácia valorativa (atuante no exame da valoração/avaliação de fatos e provas) e eficácia argumentativa (atuante no exame da justificabilidade crescente; quanto maior as restrições na proteção/realização de bens jurídicos, mais intensas devem ser as razões justificativas). Na subjetiva, há a

subdivisão em eficácia de defesa (resistência em relação às intervenções do Poder Público nos direitos subjetivos de liberdade) e eficácia protetora (dever estatal de promoção - da melhor forma e com a máxima realização possível - dos direitos subjetivos de liberdade, com imposição de medidas protetivas).

IV. CASOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 424.808-5, relatora Ellen Gracie, decidiu-se caso referente a policial militar não-estável do Estado de Santa Catarina, cujo licenciamento (“a bem da disciplina”, diz a ementa) fora feito com infringência do princípio do contraditório e da ampla defesa (formadores da defensabilidade). A jurisprudência da Suprema Corte assentou que o desligamento de militar, ainda que não-estável, pressupõe defesa e contraditório prévio, consoante precedente do Recurso Extraordinário 3339.989, relator Ministro Carlos Velloso. A Corte entendeu que a licença do militar foi, entretanto, precedida do devido processo legal, no qual lhe foi concedida oportunidade para arrolar testemunhas e apresentar razões de defesa.

Em outro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 328.232-8, relator Carlos Velloso, decidiu-se caso de remuneração (gratificação) concedida a servidor público com base em lei declarada inconstitucional, com manutenção dos efeitos (convalidação) decorrentes da prescrição normativa, com base no princípio da boa-fé e da proteção da confiança (subprincípios - dimensão subjetiva - do sobreprincípio da segurança jurídica). O acórdão decidiu que em matéria de anulação de atos administrativos também deve ser respeitada a diretriz do devido processo legal. Assim, o anulamento/revisão dos atos administrativos, cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais ou privados, não prescinde da observância do devido processo. As relações jurídicas consolidadas são avessas às modificações por decisões unilaterais da Administração divorciadas da cláusula da processualidade. A Corte Suprema já assentou a necessidade de procedimento previamente estabelecido por lei quando, de qualquer forma, o patrimônio jurídico do particular seja objeto de restrição pelo Poder Público. A atividade da Administração Pública é procedimentalmente vinculada, importando quem pratica o ato, como e dentro de que limites o faz.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 282.230-2, relator Eros Grau, decidiu-se caso de não-admissão de Recurso Especial, pela doutrina da “ofensa constitucional indireta”. A Turma Julgadora do Superior Tribunal de Justiça não conheceu de recurso por entender que a matéria nele versada seria de índole constitucional e, além disso, o exame da matéria implicaria reexame de provas. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, asseverou que as alegações de desrespeito às diretrizes do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, da ampla defesa e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. Assim, segundo a Corte Suprema, improcede a alegação de

negativa de prestação jurisdicional na não-admissão de Recurso Especial, tendo em vista alteração jurisprudencial ou existência de divergência de entendimento sobre a controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A mais alta Corte brasileira decidiu, com base na “doutrina da eficácia reflexa”, nestes termos: “o recorrente alegou violação aos princípios processuais constitucionais da inafastabilidade da prestação jurisdicional, da necessidade da fundamentação, da ampla defesa e do contraditório. Esse Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, em casos semelhantes. Recurso Extraordinário voltado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu a controvérsia à luz da legislação infraconstitucional pertinente. Negativa de prestação jurisdicional inexistente. Hipótese em que a ofensa ao texto constitucional, se existente, somente adviria de forma reflexa e indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. A garantia da prestação jurisdicional assegura a apreciação e o julgamento da demanda, não se prestando, todavia, para amparar inconformismo quanto ao resultado que se lhe atribuiu.”

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 534.054-3, relator Celso de Mello, o Tribunal também utilizou a jurisprudência restritiva, acolhedora da tese da ofensa indireta e reflexa, nestes termos: “quanto à alegação de transgressão aos postulados do *due process of law* e da garantia de defesa, cabe ter presente a orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte que, ao analisar esse aspecto do recurso ora em exame, tem reiteradamente enfatizado que, em princípio, a alegação de desrespeito ao postulado do devido processo legal pode traduzir, quando muito, hipótese de conflito indireto com o ordenamento constitucional (AI 185.669-AgR/RJ, relator Sydney Sanches, AI 263.118-AgR/SP, relator Ellen Gracie, AI 338.090-AgR/RS, relator Celso de Mello, AI 366.317-AgR/MG, relator Moreira Alves), o que não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Demais disso, cumpre não desconhecer - sempre na linha do entendimento jurisprudencial consagrado pelo Supremo Tribunal Federal - que o *devido processo legal* exerce-se de conformidade com a lei (AI 192.995-AgR/PE, relator Carlos Velloso), razão pela qual a alegação de desrespeito à cláusula do devido processo legal, por traduzir transgressão indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais (AI 215.885-AgR/SP, relator Moreira Alves, RE 257.533-AgR/RS, relator Carlos Velloso), não autoriza o acesso à via recursal extraordinária. A garantia do *due process of law* exerce-se em conformidade com o que dispõe a lei, de tal modo que eventual desvio do ato decisório configurará, quando muito, situação tipificadora de conflito de mera legalidade, apto a desautorizar a utilização do recurso extraordinário (AI 338.090-AgR/RS, relator Celso de Mello).”

O paradoxo dessas decisões está em que a Corte Suprema afirma, reiteradamente em suas decisões, que os princípios são as normas mais importantes do sistema jurídico. Entretanto, a “doutrina da eficácia reflexa” praticamente anula a eficácia protetiva do devido processo no âmbito da sindicabilidade constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal, por configurar uma tese que se opõe à garantia

de eficácia dos princípios. Se a mais alta Corte nacional não pode controlar violações “indiretas e reflexas” à Constituição, decorre, logicamente, a inviabilidade da maximização de eficácia daquelas prescrições normativas que são, justamente, as declaradas - pelo próprio Supremo Tribunal Federal - como as mais importantes do ordenamento jurídico.

Essa omissão na sindicância do devido processo limita a concreção comensurável da principiologia jusfundamental (procedimental e materialmente, tendo em vista as conexões/relações entre as normas formais e substanciais no que tange à efetivação dos direitos fundamentais). Resta insindicável a concretização legislativa dos princípios constitucionais, uma vez que a tese da “ofensa reflexa” impossibilita o acesso à Corte Suprema por meio da impugnação extraordinária. Os princípios jurídicos - como categorias normativas imediatamente teleológicas - instituem uma irrenunciável tarefa de concretização. Essa tarefa, muitas vezes, só é satisfatoriamente cumprida, consoante requer as diretrizes da ordem constitucional, em decorrência da hermenêutica tópico-sistemática das disposições legislativas infraconstitucionais.

Se o devido processo jurídico, que compõe um núcleo de irradiação/vinculação teleológica, em sua especificidade como diretriz formal procedimental, no âmago da dogmática dos direitos fundamentais (complexo de normas de ordenação objetiva e proteção subjetiva) - caracteriza-se, perante o Tribunal “guardião” da Constituição, pela insuscetibilidade de auferir aplicabilidade e eficácia direta e imediata, inviabilizada resta a concreção do estado ideal de protetividade das esferas jurídicas dos cidadãos. O plexo eficaz do sobreprincípio só realizará suas finalidades constitucionais correspectivas quando, enfim, for caracterizada a verificabilidade objetiva da ocorrência da ofensa “frontal” à Constituição, conferindo determinabilidade, na máxima medida possível, a essa violação “direta”.

Essa tese do Supremo Tribunal Federal suscita um problema de repercussões práticas: o da existência de um código binário na violação da Constituição - ofensa direta/indireta ou frontal/reflexa - ou da existência de “gradação” nessa violação e, conseqüentemente, o de saber em que ponto da gradação abrir-se-á a possibilidade do controle constitucional do devido processo jurídico, pela via extraordinária. Essa questão correlaciona-se com a da própria estrutura normativa dos princípios jurídicos, em cuja formulação deontica, imediatamente finalística, subjaz um substrato axiológico de natureza essencialmente graduável. Além disso, a densificação dos princípios é uma decorrência necessária de sua adequada aplicação: quanto mais densificado o princípio, melhor especificado seu fim; conseqüentemente, mais controlável será sua realização e maior efetividade terá⁴² (maior projeção na realidade).

42. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 73.

CONCLUSÕES

Do máximo entrelaçamento possível dos princípios processuais da Constituição Federal decorre a “garantia constitucional de processo jurídico, devido, justo e proporcional”, tanto em seus meios (procedimentais), quanto em seus fins (resultados). A iteratividade procedimental (e seus ritos), necessária à atuação do Poder Público, tem nas diretrizes do Estado de Direito sua justificativa (*logos/ratio e telos* - vinculação teleológica) e o marco referencial de sua operacionalidade concreta. Cada um dos subprincípios do devido processo possui a eficácia integradora, a definitiva, a hermenêutica e a bloqueadora; o sobreprincípio, além destas, ainda possui a eficácia rearticuladora, que dá os contornos de sua abrangência, sindicância e funcionalidade. Do conjunto global dessas eficácias e da especificidade de sua *com-ponência*, exsurge a eficácia sobreprincípial do devido processo jurídico procedimental.

O devido processo constitui sobreprincípio constitucional (norma *jusfundamental*), que enfeixa todos os demais subprincípios constitucionais do processo, mantendo-os em relação de complementaridade, interação, integração e articulação (entrelaçamento). A perspectiva analítico-funcional proporciona melhor sindicabilidade pelo Poder Judiciário de atividades estatais que não promovam/proporcionam o estado ideal de protetividade efetiva subjacente à diretriz da processualidade, pois funda-se no enfoque e na verificação do seu grau de eficacização e na eficácia de suas diretrizes componentes (e suas relações e rearticulações). A eficacidade do devido processo é resultante da rearticulação sistemática entre sobreprincípio e subprincípios (densificação); estes se encontram em relação-depertinencialidade com aquele: a interatividade (dialética) e a reciprocidade semântica, axio-teleológica e definicional estabelecem seu(s) respectivo(s) âmbito(s) de valência. Do *telos* espectral holístico da processualidade devida resultam os nexos implicacionais entre os elementos, em dialética relacionalidade; e dessas partes com o todo (mutualidade parte-parte/parte-todo). A diretriz da processualidade (como *meaningful statement*⁴³) tece as implicações, deonticamente verificáveis, entre os fatos-causas e os fatos-efeitos. Por isso não se guia por valores veritativos (*truth-values*), como os enunciados descritivos ou aléticos/apofânticos, mas segundo observâncias e inobservâncias - por valores de cumprimento (*fulfillment-values*)⁴⁴. O devido processo dá os contornos do âmbito de valência dos seus elementos (interdefinibilidade); ele próprio, por sua vez, encontra seu fundamento na dogmática dos direitos fundamentais em especial e na ordem constitucional em geral, configuradora do Estado de Direito. A prescritividade do sobreprincípio

43. Como enunciado diretivo (prescritivo), o devido processo é um *act of aiming at producing a state of affairs (productive meaning)*. Por isso ele opera mediante funtores/modais deonticos, que são *non-truth-functional compounds*.

44. Otta Weinberger afirma que o descritor da norma (a hipótese fáctica) toma o seu conteúdo do real, físico e social e lhe confere valência jurídica. Verificado ou não-verificado, não obtém, por isso, valor veritativo.

o faz *a priori* ante os fatos (apriorismo em relação à experiência, de acordo com sua índole *purposive, productive e prospective* em face dos *states-of-affairs*). O universo juridicamente qualificado por ele “recorta” a experiência; a diretriz funcionaliza-se como mecanismo transcendental de avaliação de relações concretas (com seus enunciados protocolares, saturados do existencial), fixando-se como critério de seleção de soluções jurídicas, dentro desse subdomínio fenomênico (visão concrecional do fenômeno jurídico). A sindicabilidade situacional, viabilizada pelo sobreprincípio, guarda relação com sua capacidade de ponência efectual (implicacional) e sua múltipla efectualização, que promova a transposição do estado ideal para o estado real conformador da finalidade (do estado de latência/potência ao estado atual concreto). O devido processo consubstancia-se como critério axiológico de referência, diretivo (mediato) de condutas para implemento (imediate) de finalidades. Essa conexão de meios e fins é causal: sem causalidade, entre fim e meio, seria inexplicável como o meio M levaria ao fim F, e não ao F', F'' ou ao F'''. O meio é um dos fatores causais, selecionados pela valiosidade do fim. A tecnologia jurídica, para impor suas alterações no mundo exterior, funda-se na conexidade de meios e fins, e nas opções valorativas ante possíveis fins a atingir⁴⁵.

A metodologia funcional requer o enfoque nas funções eficaciais da processualidade devida (e de sua múltipla componencialidade). A importância da perspectiva jurídico-funcional (ao lado da estrutural) é ressaltada por José Souto Maior Borges: “a Teoria Geral do Direito tende formalmente a determinar não apenas o estrutural, mas também o funcional, nas constantes normativas do ordenamento jurídico-positivo. Não se aplica só ao estrutural no Direito, assim entendido o estudo da estrutura jurídica da norma jurídica, como a hipótese e a sua relação com a consequência da norma. Comprova-o a teoria funcional, hoje em plena ascensão, e sem a qual não é possível explicar a distinção entre a indagação sobre o que é a norma (estrutural) e para que serve ela (funcional). São, como se vê, ópticas distintas mas que, por isso mesmo, não se preexcluem. A isenção extrafiscal, p. ex., é tema que cabe numa teoria funcional e descabe numa teoria estrutural geral do Direito Tributário. O problema é pois de demarcação do âmbito de estudo. Sem embargo de considerar-se a Teoria Geral do Direito uma teoria formal do direito positivo, há quem pretenda estar incluída no seu âmbito a concepção funcional do Direito (função protetora-repressiva, promocional, de estímulo ou desestímulo do ordenamento jurídico etc.⁴⁶).”

45. Em G. H. Von Wright a relação meio-fim é causal. Para ele, o conhecimento causal - crença fundamentada sobre uma relação de causa e efeito - constitui-se em pressuposto para a ponderação racional. Otta Weinberger, também, entende que sem causalidade torna-se impossível a relação meio/fim. Para este filósofo austríaco, a ponência do fim (*Zwecksetzung*) é ato de vontade, fundado em valoração (*Wertung*); a escolha dos meios, um ato de pensamento, fundado na experiência e no conhecimento da causalidade.

46. José Souto Maior Borges, *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 34-35. Sobre a teoria funcional do Direito, Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione (nuovi studi di teoria del diritto)*, Milano, Edizione de Comunità, 1977; e *Contribución a la teoria general del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980. Sob o ponto de vista funcional, é de sublinhar o que diz

O devido processo - com seu complexo de características fundamentais - configura cláusula de irradiação vetorial axiológica e teleológica: procedimento justo e resultado justo (meios e fins) na protetividade efetiva da vida-liberdade-propriedade (bens) dos cidadãos perante a “máquina” estatal (disciplina jurídico-processual da atuação do Estado - poder extroverso - e o respectivo exercício das competências e funções pelas autoridades públicas). O procedimento não pode ser ilimitado (deve respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido), nem desestruturado (deve seguir determinados requisitos). A exigência de procedimento é diretamente proporcional à quantidade de relações jurídicas envolvidas e à intensidade de restrições decorrentes dos atos do Poder Público.

Além da função de garantia de proteção processual (“garantia de procedimento vinculado às diretrizes do Estado de Direito”), o sobreprincípio atua, fundamentalmente, como fator de legitimação das funções do Estado Democrático e Constitucional (legislativa, administrativa e jurisdicional) e como garantia de participação dos cidadãos na formação de normas, atos e decisões do Poder Público - participatividade nas atividades estatais, seja nas que empregam modelos controversiais, seja nas que adotam outros módulos para produção de atos normativos em geral. Como instrumento formal procedimental de eficácia dos direitos fundamentais, o devido processo legal (e seus elementos), fundamenta a formulação de juízos de constitucionalidade das leis.

A diretriz da processualidade possui uma congruidade estruturante⁴⁷ (“une enquanto distingue”): a controlabilidade de seu (des)cumprimento e a sindicabilidade promovida por ela é tanto maior quanto mais coerente for a superação equilibrada entre os elementos opostos e inter-relacionados que a compõe (parte-todo). Só a concretização conciliadora do arsenal contencioso do devido processo - saturação do seu conjunto jurídico - evidencia a sua real dimensão como solução jurídica (pela qualidade da eleição das premissas), orientada para a prática. A modalização de sua efetualidade sintetiza sua funcionalidade, e sua eficiência (*efficiency*) e efetividade (*effectiveness*) na realização da protetividade da esfera jurídica (intangibilidade) dos cidadãos depende da contínua potencialização de todas as suas funções eficaciais (“aptidão para produzir efeitos em diferentes níveis e funções”). Assim, a vitalidade na sua atualização deve primar pela obtenção da máxima carga eficaz. O *quantum* da eficácia protetiva da processualidade está relacionado com o *continuum* de

Kelsen: “the function of every social order is to bring about a certain mutual behavior of individuals - to induce them to certain positive or negative behavior, to certain action or abstention from action. According to the manner in which the socially desired behavior is brought about, various types of social order can be distinguished”. *The Law as a specific social technique, What is justice, 1957, p. 231*. A realização dessa função é a eficácia, segundo a teoria egológica de Carlos Cossio, recuperando a autêntica teoria pura kelseniana pela via fenomenológica.

47. Expressão de Humberto Ávila.

conexão entre as normas processuais imediatamente finalísticas e entre o sobreprincípio do Estado de Direito⁴⁸.

As normas jusfundamentais processuais têm seu substrato nas normas e bens materiais. Humberto Ávila⁴⁹ afirma que as normas materiais e as normas formais mantêm uma específica relação de eficácia recíproca, uma vez que as primeiras são o substrato material das segundas. As categorias normativas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das categorias normativas materiais. Deste modo, os princípios procedimentais constituem instrumentos para a eficácia dos direitos fundamentais (realização dos direitos fundamentais por meio da organização e do procedimento). Os princípios formais procedimentais são também meios para alcançar um equilíbrio entre os bens jurídicos que se entrecruzam pela intermediação de postulados aplicativos (ponderação e estabelecimento processual de concordância prática entre direitos fundamentais). Por fim, os princípios materiais atuam sobre os princípios formais procedimentais (aplicação do direito processual conforme os direitos fundamentais⁵⁰).

48. Para Cezar Saldanha (ressalvando-se a diferença de abordagem deste Professor, especialmente no que tange à razoabilidade e à proporcionalidade), o Estado de Direito é formado pela prospectividade/segurança jurídica, controlabilidade/inafastabilidade do controle jurisdicional, isonomia/igualdade, legalidade devida (legalidade qualificada pela constitucionalidade), devido processo jurídico, razoabilidade e proporcionalidade. Em Ávila, o Estado de Direito abarca uma finalidade ampla de garantia de juridicidade, responsabilidade e previsibilidade à atuação estatal e tem como subelementos a separação de poderes, a legalidade, os direitos e garantias individuais, a segurança jurídica, a determinabilidade fática, a moralidade e a proteção da confiança e da boa-fé.

49. Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 563.

50. Sobre isso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, In: *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2004.

CAPÍTULO XIII

**BASES PARA UMA ATUAL TEORIA GERAL
DO PROCESSO: AS TÉCNICAS PROCESSUAIS
A SERVIÇO DO ACESSO À JUSTIÇA
COMO TUTELA JURISIDICIONAL ADEQUADA**

*Gisele Santos Fernandes Góes**

Três são os modelos da Ciência do Direito: o da teoria da norma (analítico); teoria da interpretação (hermenêutico); e teoria da decisão (empírico).¹

O estudo da Teoria Geral do Processo deve necessariamente avaliar os três paradigmas, pois pela perspectiva filosófica, típica da Zetética², busca-se a disciplina, no rumo de ser compreendida para qualquer ramo do processo, num primeiro plano, pelo que desponta sua importância axiológica no sistema jurídico.

No núcleo hermenêutico, indaga-se o sentido de uma teorização geral e os eixos principiológicos norteadores de regras e os verdadeiros postulados normativos em prol da estruturação do processo brasileiro. Deve-se ter em mira que a perspectiva desse arcabouço é o alcance da unidade, harmonização e unificação dos vetores essenciais do processo.³

Como professa o Jurista português Jorge Miranda, “a acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há-de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente. Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios. Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da sua maior generalidade ou indeterminação e da força expansiva que possuem (e de que se acham

* Doutora (PUC/SP) e Mestre (UFPA). Professora da UFPA e de Cursos de Pós-Graduação. Procuradora do Trabalho. Membro do IBDP e Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal.

1. Com base no pensamento de FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 91-92.
2. *Idem ibidem*. p. 44-51.
3. Nesse rumo, SOARES, Ricardo Maurício Freire. Fundamentos epistemológicos para uma teoria geral do processo. In *Teoria do processo. Panorama Doutrinário mundial*. Coord. Fredie Didier Jr e Eduardo Jordão. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 841-853.

desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais). Daí, o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximem da ideia de Direito inspiradora da Constituição (sobretudo, quando se trate de Constituição programática)”⁴.

Pela seqüência por nós apresentada, resta apenas o modelo empírico, de condições para a relação entre conflito e decisão. É o parâmetro da funcionalidade no procedimento decisório.

A imposição de sedimentação das bases de uma Teoria Geral do Processo encontra razão de ser, quando se observa que a decisão judicial nada mais é que a aplicação dos valores extraídos do Texto Constitucional e traduzidos em postulados normativos e/ou regras e princípios do sistema jurídico.

Com efeito, sob esse raciocínio, alcança-se a tutela jurisdicional como um exercício de concretização de direitos, onde prevaleça sempre a adequação e realização deles sobre a ritualística procedimental e que, mostrada como mero instrumento, não tem o condão de avançar em prol de uma visão macro do fenómeno jurídico em que a Teoria Geral do Processo gravita no seio interdisciplinar e não só no isolacionismo e caracteres necessários, mas meramente “ocos” do procedimento, como prazos, fases etc.

Como sustenta Manuel Atienza, é “a visão eminentemente instrumental, pragmática e dinâmica do Direito que pressupõe, utiliza e, em certo modo, dá sentido às anteriores perspectivas teóricas e que conduz, em definitivo a considerar o Direito como argumentação.”⁵

É evidente que o desenvolvimento de uma moderna Teoria Geral do Processo sobre as razões analítica, hermenêutica e empírica tem o firme propósito de unir duas pontas de pensamento, quais sejam, a do sistemático com a do problemático. O processo e os institutos jurídicos afetos da jurisdição, ação – defesa – prova e procedimento extravasam valores, numa tensão do sistema dado, previamente assentado via codificação, nas suas macro bases, contudo, de trato cognitivo incompleto, porque se precisa do problema no enfrentamento de que sua definição é a de um *topos* de argumentação.⁶

A cognição da Teoria Geral do Processo nos patamares analítico + interpretativo + empírico integra duas formas de pensamento: a que parte do problema para o sistema⁷ e a que parte do sistema para o problema.

4. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Constituição e Inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 226-227).

5. *Derecho y argumentación*. Colombia: Universidad Externado, 1998. p. 23 (tradução nossa).

6. Visão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior op. cit. *passim*.

7. O “pai” do pensamento tópico é Theodor Viehweg, para quem o problema busca uma única resposta como solução. As séries de deduções realizadas sobre o problema estão inseridas no sistema. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. 1ª reimp. Madrid: Taurus, 1986. p. 53 e ss.

A articulação é fundamental, visto que a Teoria Geral do Processo pretende estabelecer para qualquer modalidade de processo, seja civil, penal, trabalhista, administrativo, uma gama de institutos, nos quais a postura do legislador foi e é a de um pretenso esgotamento, emergindo regras de porte de clausura normativa, porém, noutras circunstâncias, deixou o operador do direito mais livre com termos indeterminados, cláusulas gerais, medidas de coerção etc, aguardando, por isso, os problemas para definir o sistema.

Seja num ou no outro caso, os dois se interpenetram. Canaris concluiu que “não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes, - assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito Constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito Internacional Privado do que, por exemplo, no Direito Imobiliário ou no Direito dos Títulos de Crédito.”⁸

Nesse diapasão, a Teoria Geral do Processo deve ter como proposta a síntese de todos os elementos já delineados, para que se visualize o sistema jurídico “como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”⁹

Os magistrados, acima de tudo, e operadores do Direito devem fazer o emprego constante das técnicas de pensamento sistemático e tópico, pois nesse caminho absorvem o rol de valores que permeia a Ciência Jurídica e conseguem atingir os interesses gerais da sociedade crucialmente por meio dos princípios/postulados constitucionais. E o aspecto vital é que a função judicial se desenvolverá sem o apego à rigidez do padrão formal, posto que sua maior preocupação é a realização dos direitos.¹⁰ Nesse quadro, a técnica processual desempenha seu mister teleológico.¹¹

8. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996. p. 277.
9. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61.
10. Luiz Guilherme Marinoni sintetiza magistralmente a visão que se deve ter da (s) técnica (s) processual (s), no rumo de que “se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, não são neutros às tutelas (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância.” *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 148.
11. Como doutrina José Roberto dos Santos Bedaque, “é preciso, portanto, eliminar do processo os formalismos inúteis, desconsiderando-se-os sempre que os objetivos almejados possam ser conseguidos independentemente deles. Na mesma medida em que o processo é instrumento de realização do direito material, a forma constitui instrumento destinado a que o processo alcance os objetivos dele esperados e que constituem sua razão de ser. A forma não é fim, é meio. E como tal deve ser tratada. Esta visão

Inquestionavelmente que a Teoria Geral do Processo deve firmar institutos e estabelecer suas premissas metodológicas, pois é inarredável a técnica advinda do processo, entretanto ela deve sempre seguir lição do Mestre Barbosa Moreira, para quem “tecnicismo exacerbado, aprendemos à custa de muitos erros, esteriliza o Direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata.”¹²

A Teoria Geral do Processo, hodiernamente, resta centralizada no acesso à justiça de feição constitucional. No Brasil, trata-se do art. 5º, inciso XXXV da Carta Maior de 1988, enquanto que, à guisa de exemplo, em Portugal, é o art. 20, assim como preveem os Textos Constitucionais da Espanha,¹³ Alemanha,¹⁴ Itália¹⁵ e Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁶

Recentemente Portugal editou a Lei 52 de 28 de agosto de 2008, instituindo o regime aplicável à organização e funcionamento dos tribunais judiciais, enfatizando

teleológica, finalista, é essencial à compreensão e correta aplicação da técnica processual.” *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 91.

12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O transitório e o permanente no direito. *Temas de Direito Processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva: 1994. p. 227.
13. Art. 24, 1. “Todas las personas tienen derecho a obter la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”
14. Artikel 1 [Menschenwürde, Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt]
 - (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. ²Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt
 - Artikel 103 [Rechtliches Gehör, Verbot rückwirkender Strafgesetze und der Doppelbestrafung]
 - Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.
 - Nossa tradução: Art.1 – dignidade da pessoa humana, característica obrigatória dos direitos fundamentais pelo Poder Público. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. (2) Todos os Poderes Públicos são obrigados a respeitá-la e protegê-la.
 - Art. 103 – Direito de ser ouvido (...). (1) Diante dos Tribunais, cada um tem o direito de ser ouvido.
15. Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con apposite istituzioni, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.
 - Art. 111. (1) La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. (...). Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati [132, 142, 152, 213]. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale [13], pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge [1373]. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra [1033, VI2].
16. Art. 25. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

no sistema processual como um todo o acesso à justiça, tanto é que fez previsão nos arts. 3º e 8º acerca da tutela jurisdicional sob esse perfil.¹⁷

Candido Rangel Dinamarco sintetiza com excelência que “acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa (ainda, Kazuo Watanabe), ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.”¹⁸

O acesso à justiça não se esgota somente com a propositura da ação no Poder Judiciário, porque, se a tutela jurisdicional não tiver meios para assegurar e realizar suas decisões, não adiantará o ingresso, tendo em vista a inefetividade do acesso à justiça e, como resultante, ao direito, pela ausência de suas conseqüências.

Com efeito, Mauro Cappelletti, em obra marco acerca da temática do acesso à justiça assevera que “de fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretendia garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹⁹

Nessa esteira, José Carlos Barbosa Moreira assim se pronuncia “em trabalho que já conta mais de dez anos, mas em cuja substância, no particular, não nos pareceria necessário introduzir hoje alterações de monta, procuramos sintetizar em cinco itens algo que, sem excessiva pretensão de rigor, se poderia considerar como uma espécie de ‘programa básico’ da campanha em prol da efetividade. Escrevíamos então: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir

17. Artigo 3.º Função jurisdicional

Incumbe aos tribunais judiciais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.

Artigo 8.º Tutela jurisdicional

1 – A todos é assegurado o acesso aos tribunais judiciais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2 – A lei regula o acesso aos tribunais judiciais em caso de insuficiência de meios económicos.

18. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume I*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114-115.

19. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 11-12.

do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impen- de assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos rele- vantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.”²⁰

Nessa ordem de idéias, verifica-se que o acesso à justiça está umbilicalmente vinculado à tutela jurisdicional adequada e deve constituir a raiz da Teoria Geral do Processo, eis que representa um dos pilares do Estado Constitucional.

A Teoria Geral do Processo, no Brasil, deve incorporar cada vez mais o aprofun- damento da cognição do acesso à justiça, para se alargar a dimensão interpretativa das categorias procedimentais à luz dos postulados que compõem o acesso à justiça: a acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade, com esteio no trabalho profícuo de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.²¹

A acessibilidade é traduzida pelo direito à informação, legitimação adequada e preocupação com as despesas processuais.

A operosidade é desvendada pela atuação ética dos advogados e Juízes e pela utilização correta dos instrumentos e meios processuais.

A utilidade é verificada pelo binômio segurança-celeridade, tendo-se em vista o menor sacrifício para o vencido e o mais proveitoso resultado ao vencedor.

Depreende-se acerca dessa matriz do acesso à justiça de fundamento constitu- cional, nos núcleos da acessibilidade, operosidade, utilidade como mola propulsora da proporcionalidade, que o processo se assenta como um genuíno instrumento ético e não somente técnico, o qual deve ser o fio condutor da Teoria Geral do Processo.

Os interesses em jogo na tutela jurisdicional devem constantemente ser contra- balançados no Poder Judiciário, para que o acesso à justiça e ao direito represente o que Amini Haddad Campos denomina de nova vertente da Teoria Geral do Direito Processual: o devido processo proporcional.²²

20. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In *Revista de Processo*. N. 77. São Paulo: RT, 1995. p. 168.

21. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

22. CAMPOS, Amini Haddad. *O Devido Processo Proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001. p. 180-190.

Esse devido processo proporcional traduz a idéia de que o Juiz cria direito e não lei.

O papel de criatividade judicial está inserido na solução jurídica construída no caso concreto, a partir dos *hard cases*,²³ cujos elementos de força são os princípios constitucionais, notadamente por intermédio da *ratio* do acesso à justiça e razoabilidade e proporcionalidade, os quais agem como núcleos que exercem uma propagação norteadora para as garantias processuais constitucionais, como direito de ação, defesa, contraditório, direito à prova, processo sem dilações indevidas (razoável duração do processo),²⁴ cooperação (deveres de consultar, esclarecer e prevenir), boa fé objetiva (*supressio, surrectio, venire contra factum proprium*)²⁵ e direito à tutela executiva e infraconstitucionais, à título de ilustração, livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), princípio inquisitivo no direito probatório (art. 130 do CPC) e adequação, adaptabilidade ou aproveitamento do procedimento²⁶ (arts. 154, 244, 248, 249 e 250, todos do CPC).

O acesso, portanto, patenteia a teoria dos direitos fundamentais, fixando-se os reais papéis do Direito Material e Processual no epicentro das discussões da Teoria Geral do Processo.

-
23. Diz com toda propriedade Teresa Arruda Alvim Wambier: “Hoje se entende que o juiz ‘cria’ direito. Pensamos que o juiz ‘cria’ direito no sentido de poder engendrar soluções para casos que não sejam rotineiros, que não estejam ‘prontas’ no sistema (para que a situação fática se encaixe automaticamente nelas). Mas essas soluções, sob pena de se deixar definitivamente de lado o valor segurança, devem ser ‘criadas’ a partir de elementos constantes do sistema jurídico, somados, combinados, engrenados, etc. e não com base em elementos que o sistema não tenha encampado (‘juridicizado’). O repertório com que conta o juiz para ‘criar’ soluções normativas é, portanto, conhecido previamente e limitado. A base dessa ‘criatividade’ está nos elementos do sistema e naqueles que o sistema tenha ‘assumido’, embora, em sua gênese, possam ser estranhos no direito. Esse é o moderno sentido do princípio da legalidade: o juiz se vincula à lei, ‘filtrada’ pela doutrina, pela jurisprudência e pelos princípios que se ligam aos direitos fundamentais. Quanto mais o caso que há de ser decidido pelo juiz se aproxima de um *hard case*, mais ‘livre’ será o processo de ‘criatividade’ do juiz. Quanto mais rotineiro for o caso, mais próximo do esquema subsuntivo tradicional o juiz estará” *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é decisão contrária à lei?*. São Paulo: RT, 2001. p. 393-394, conclusões 54 a 58 e capítulo 2 – p. 99-125.
24. *art. 8, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica* e inciso LXXVIII do art. 5.º da CF/88 que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.
25. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 168; SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001; MIRANDA, Jorge Miranda. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, *Revista de Direito Público*, v. 82. p. 5 e ss.
26. Princípio sempre estudado por OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 116-120; CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 298-303) e DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005. v. 1. p. 50-54.

Como explicita Luiz Guilherme Marinoni, “o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. De modo que, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação.”²⁷

Por conseguinte, a Teoria Geral do Processo aliada aos direitos fundamentais possui dimensão multifuncional, clamando por um processo equitativo.

Como ensinam Canotilho e Vital Moreira, “o significado básico da exigência de um processo equitativo é o da conformação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva.”²⁸

Doravante, o Estado Constitucional deve ter consciência do seu papel no direcionamento dos direitos fundamentais e a responsabilidade que se coloca para o Poder Judiciário é diante da omissão do Estado-legislador, devendo agir o Estado-Juiz, com a incidência direta do direito fundamental sobre o particular.²⁹

No Brasil, a partir das reformas constitucionais, primordialmente com a Emenda 45 de 2004 e mudanças infraconstitucionais, tanto no processo civil, quanto processo penal desde 1994, emerge um renovado contorno da Teoria Geral do Processo.

O Supremo Tribunal Federal hoje, no padrão de julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e diretas de constitucionalidade (Lei 9868/99), arguições de descumprimento de preceito fundamental (lei 9882/99) no exercício das interpretações conforme e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto aliadas aos novéis institutos da repercussão geral no controle incidental de inconstitucionalidade no seio do recurso extraordinário (lei 11.418/06) (denominado de objetivação do recurso extraordinário) mais as súmulas vinculantes (lei 11.417/06) verticalizou a tutela jurisdicional, para que se condense no tempo mais razoável possível a solução para os envolvidos, nas demandas de massa e, além disso, horizontalizou a tutela, pois o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro está jungido aos seus julgamentos, não podendo modificar ou instaurar divergência nas suas posturas interpretativas de teses jurídicas, sem que haja nova causa de pedir que ampare tal pretensão.

27. MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um renovado direito procesual. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Vol.1. orgs. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Brasília: IBDP, 2008. P.125.

28. CANOTILHO, JJ. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007. P. 415.

29. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003; CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002; ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A configuração do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional (visão retrospectiva e prospectiva dos conflitos) e não mais como Corte de revisão, sem desempenhar adequadamente o seu mister e o Superior Tribunal de Justiça com os julgamentos dos processos por amostragem perante causas repetitivas (lei 11.672/08) demonstram a força da Teoria Geral do Processo, quando aproxima a questão do acesso à justiça ao campo do “formalismo valorativo”,³⁰ onde as técnicas processuais não podem suplantar a necessidade de uma tutela jurisdicional eficaz, porque realizada ou, no mínimo, projetada para realizar...

30. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. op. cit. *passim*.

CAPÍTULO XV
SIR EDWARD COKE
E O JUDICIAL REVIEW INGLÊS: BREVE HISTÓRIA

*Gustavo Santana Nogueira**

Sumário • 1. Introdução – 2. *Sir Edward Coke* e o *Bonham's Case* – 3. *Judicial Review* no direito inglês e norte-americano – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, com essa denominação, foi criado pelo Decreto 510, de 22 de junho de 1890, e repetido posteriormente no Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal. Já na Exposição de Motivos do Decreto 848 falava-se em controle de constitucionalidade das leis, cuja inspiração no direito comparado era declaradamente a experiência norte-americana. Rui Barbosa foi o grande idealizador desse modelo de controle de constitucionalidade que se importava dos Estados Unidos.¹

Eis a exposição de motivos do Decreto 848:

“A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não a Constituição, e neste último caso, cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação do juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não extinguiu as doutrinas do arbítrio do soberano do poder executivo. A função do liberalismo no passado (...) foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao poder judiciário,

* Promotor de Justiça (MP/RJ). Mestrando em Direito (UERJ).

1. Lêda Boechat Rodrigues, *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.²²

O Decreto 848, como visto, faz menção à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, bem como ao *Chief Justice* John Marshall, que teria sido o criador do controle de constitucionalidade a partir da decisão proferida em 1803 no caso *Marbury v. Madison*. Portanto se buscarmos a origem histórica do nosso controle de constitucionalidade difuso, a conclusão a que chegaríamos é a de que foi a decisão de John Marshall que inaugurou, pelo menos no mundo ocidental, essa forma de controle.

Ao contrário do que possa parecer, a idéia de um *judicial review* não nasceu nos Estados Unidos da América, muito menos na célebre decisão de 1803. Mauro Cappelletti, após indagar acerca do precedente que inspirou o direito norte-americano responde que a pesquisa da resposta é uma das mais fascinantes com que um estudioso pode se defrontar.³ E a resposta encontrada por diversos estudiosos e pesquisadores é a de que coube a um juiz inglês, *Sir* Edward Coke, em 1610 a elaboração da teoria segundo a qual cabia ao Poder Judiciário controlar a validade das leis e dos atos administrativos que fossem contrários a uma suposta lei superior.

2. SIR EDWARD COKE E O *BONHAM'S CASE*

Edward Coke nasceu na Inglaterra, em 1552, durante o reinado de Eduardo VI Tudor e formou-se em Direito na Universidade de Cambridge. Atuou como Promotor (*prosecutor*) e um caso em especial lhe deu notoriedade, o caso *Gunpowder Plot*, uma tentativa frustrada de assassinato do Rei James I em 1605. Os mentores do assassinato, marcado para 05 de novembro daquele ano, foram descobertos, presos, julgados e condenados à morte. O promotor do caso foi *Sir* Edward Coke, que recebeu como “prêmio” do Rei James I uma indicação como *Chief Justice of the Court of Common Pleas*, Tribunal que julgava os casos cíveis mais importantes da época.⁴

Foram nessas circunstâncias, como *Chief Justice*, que *Sir* Edward Coke julgou o caso Thomas Bonham (*Bonham's Case*). Tratava-se de um médico que estudou medicina por 11 anos na Universidade de Cambridge, incluindo especializações, e que ao final de seus estudos resolveu se estabelecer como médico em Londres, em meados de 1600. Ocorre que na época cabia ao *Royal College of Physicians of London* a incumbência de licenciar aquele que quisesse exercer a medicina, por força de um decreto do Rei Henrique VIII (*Royal Decree*), de 1518, confirmado por uma lei

2. Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica* – uma nova crítica do direito, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 423.
3. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª edição – reimpressão, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 57.
4. Jeffrey White, Dr. Bonham and due process for doctors: *lessons from long ago*. *Journal of American Physicians and Surgeons*, vol. 12, n. 1, 2007. Disponível em: <http://www.jpands.org/vol12no1/white.pdf>. Acesso em 02.11.2008. *Sir* Edward Coke foi ainda membro do Parlamento, *solicitor general*, *attorney general*, e *chief justice of King's Bench*.

do Parlamento (*Parliament Act*).⁵ Autorizado pelo decreto o *Royal College* multou o Dr. Bonham e o obrigou a prometer que não continuaria exercendo a profissão, o que acabou não ocorrendo. Como continuou clinicando o *Royal College* aumentou o valor da multa e ainda prendeu o médico, ignorando seus apelos, feitos através de seu advogado, *Mr. Smith*. Por influência do Arcebispo de Canterbury, Dr. Bonham foi solto depois de 7 dias, mas demandou em face do *Royal College* por prisão indevida, argumentando que eles não tinham autoridade para lhe prender, o que somente um Tribunal poderia fazer.⁶

A decisão é de 1610⁷, e nela *Sir Edward Coke* expõe outro argumento levantado por Thomas Bonham, para questionar a autoridade do *Royal College* sobre ele: como ele se formou em medicina regularmente em uma Universidade (Cambridge), não precisava da autorização do *Royal College*, que alegou em defesa que estava apenas dando cumprimento a um Decreto de Henrique VIII, posteriormente ratificado por sua sucessora, Rainha Maria I, em 1554.

A decisão final foi pela “procedência do pedido”, estatuindo que o *Royal College* não tem autoridade sobre Thomas Bonham porque ele não foi punido pela má prática da medicina, e apenas esses atos é que podem ser punidos pelo *Royal College*, e não o mero exercício da medicina.⁸ Continuando em seus fundamentos, *Sir Edward Coke* chega a algumas conclusões *obiter dicta*, que são considerações lançadas na decisão que não são essenciais para a resolução da controvérsia, sem efeito vinculante mas como forte persuasão. *Coke* admite, hipoteticamente, que o *Royal College* tenha poderes para punir Thomas Bonham, mas mesmo assim conclui que não poderia fazê-lo no caso concreto porque alguns abusos foram cometidos, tais como a prisão de Bonham pelo não pagamento da multa anteriormente imposta de 5 Libras, pelo destinatário da multa ser o próprio *Royal College*, e, principalmente, porque o ato de prisão deve ser imediatamente levado ao Presidente e aos Censores do *Royal College*, sob pena da liberdade de alguém sujeitar-se ao prazer dos referidos membros.⁹

5. O decreto real estatuiu que o *Royal College* deveria coibir a audácia dos homens ímpios (observação do autor: desumanos, cruéis) que exerciam a medicina mais pela sua avaréza do que pelo bem das suas consciências, o que poderia trazer muitos inconvenientes para a população. Em 1523 um *Parliament Act* estendeu a prerrogativa do *Royal College* de Londres para toda a Inglaterra. Disponível em: <http://www.rcplondon.ac.uk/heritage-centre/College-History/Pages/College-History.aspx>. Acesso em 02.11.2008.
6. Jeffrey White, *idem*.
7. O inteiro teor encontra-se na obra *The Reports of Sir Edward Coke, vol. IV, London: Joseph Butterworth and son, 1826, pp. 355-383*. Disponível em: <http://books.google.co.uk/books?id=PIYDAAAQAAJ>. Acesso em 01.11.2008.
8. “... their power is limited to the ill and not to the good use and practice.” *The Reports of Sir Edward Coke*, p. 367.
9. *Sir Edward Coke* foi ainda um dos autores do *Petition of Rights*, de 1628, documento que assegurava uma série de direitos aos ingleses. A *Petition of Rights* foi elaborada pelo Parlamento e imposta ao Rei por causa da prisão, ordenada pelo Rei Carlos I, de 5 cidadãos que se recusaram a contribuir com a Coroa com um tipo de “empréstimo compulsório”, e uma das cláusulas do referido documento é a que impede a taxaçoão sem o consentimento do Parlamento. Na época *Coke* discursou nos seguintes termos

Um trecho da paradigmática decisão tornou-se notório, pelo fato de estar ali esboçado o início do controle de constitucionalidade das leis e de atos administrativos, pois havia sido questionada a autoridade do *Royal College* de julgar, intimar e ainda receber o dinheiro proveniente da aplicação das multas. Pela importância do trecho, que até os dias de hoje é interpretado e os resultados a que se chegam são controversos, optamos por fazer as transcrições como constam dos originais, em inglês, pois qualquer tradução poderia modificar o significado das palavras empregadas e o próprio contexto:

“The censors cannot be (b) judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; ministers to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture (...) and one cannot be judge and attorney for any of the parties (...). And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul [sic] acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void.”¹⁰⁻¹¹

É claro que na referida decisão não consta a expressão *judicial review*, que é o poder que o Tribunal tem de rever os atos do Executivo e do Legislativo para determinar se eles são compatíveis com a lei, tratados ou a Constituição, ou ainda, nas críticas palavras de David Cobb, é a autoridade de um Tribunal não eleito democraticamente para declarar inconstitucionais atos do Congresso e do Presidente, eleitos democraticamente.¹² E a expressão *judicial review* não consta da decisão por um motivo muito simples: segundo Mary Sarah Bilder essa expressão surgiu apenas em 1909, em um artigo escrito por Edward Corwin. Ainda segundo a Professora de Direito da *Boston College Law School*, “before judicial review had a name, the practice was understood in terms of review under a repugnancy standard.”¹³ De fato

acerca de uma tentativa frustrada de diminuir a autoridade da *Petition* em nome da soberania Real: “*It is repugnant to our petition of right, grounded on acts of parliament.*” Cuthbert William Johnson, *The life of Sir Edward Coke V2: Lord Chief Justice of England in the Regim of James I.* London: Henry Colburn Publisher, 1845.

10. *The Reports of Sir Edward Coke*, p. 375.

11. Segundo René David “falseia-se o seu sentido, na maioria das vezes, quando se pretende a todo custo traduzi-los, e a dificuldade não é menor quando a tradução parece não oferecer dúvidas: o *contrat* do direito francês não é o equivalente do *contract* do direito inglês, tal como a *equity* inglesa não é a *équité* francesa; *administrative law* não quer dizer *droit administratif*, *civil law* não significa *droit civil* e *common law* não tem por sinônimo *droit commun*.” *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 383.

12. David Cobb. The case against judicial review. *By what authority – Program on Corporations, Law and Democracy*, vol. 09, n. 02 – Fall, 2007. Disponível em: <http://www.poclad.org/JudicialReview.cfm>. Acesso em 01.11.2008. Os limites estreitos desse trabalho não nos permitem discutir se é ou não democrática a possibilidade do Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos. Trata-se de uma discussão intensa, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos. Aqui no Brasil, por todos, consulte-se a excelente obra do Prof. Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia*, São Paulo: Campus, 2008.

13. Mary Sarah Bilder, The corporate origins of judicial review, *The Yale Law Journal*, 116:502, 2006, p. 505. Disponível em: http://www.yalelawjournal.org/116/3/502_mary_sarah_bilder.html. Acesso em 04.11.2008.

Coke parece querer colocar a *common law* como lei suprema, tal qual a Constituição nos dias de hoje, e ainda a coloca como um limite ao poder do Parlamento, que não poderia editar leis contrárias à *common law* ou à razão. O controle dos atos do Parlamento pelo juiz é notado ainda como característica da vida profissional de Coke por outros autores que se dedicaram a estudar essa figura fantástica.¹⁴

Antes é bom lembrarmos que a origem do *judicial review* na decisão de Coke não é pacífica. Lawrence Joseph Perrone sustenta que Coke parece ter apelado para alguma forma de lei fundamental ou natural, mas conclui que não se trata de uma tentativa de limitação da soberania do Parlamento, mas sim de um simples exercício de interpretação legal. Para ele a construção de Coke em nada lembra o *judicial review* feito por John Marshall no caso *Marbury v Madison*.¹⁵ Já Allen D. Boyer entende o contrário. Para o jurista norte-americano:

“Coke so trusted the wisdom of the judges that he ranked it above the wisdom of the legislature, and sealed His faith with the witness of His career. The modern doctrine of judicial review traces its origins to the opinion Coke rendered in Bonham’s Case (1610). Much of the vitality of this doctrine relates to the circumstances in which it was reached. Acting as chief justice, Coke struck down a law he found insupportable, and held to his decision against forceful opposition.

From this history emerged Marbury v. Madison and two central principles of constitutional law. The first of these is that the judges are the ultimate arbiters of what is constitutional. The second, perhaps a necessary corollary of the first, is that judges are independent of other branches of government. Coke formulated the principle of judicial review, and his defense of this proposition provided the paradigm of the independent judge.”¹⁶

Edward Corwin compartilha desse entendimento, concluindo que foi Coke quem veio com a doutrina de uma lei fundamental que vinculava o Parlamento, desde sua versão para a Magna Carta até o *Bill of Rights*¹⁷, enquanto que Daniel J. Hulsebosch diz que foi Coke quem lançou as sementes do *judicial review*.¹⁸

14. É atribuído ainda a Sir Edward Coke a luta pelo fim do monopólio no exercício de atividades profissionais. Em 1614, julgando o caso *Allen v. Tooley e The Case of the Tailors*, Coke defendeu a liberdade econômica para proteger não o rico, mas sim o pobre através da anulação das restrições à liberdade que dessem a ele uma chance de trabalhar para sair da pobreza. Timothy Sandefur, The common Law right to earn a living. *The Independent Review*, v. 3, n. 1, Summer 2002. Disponível em <http://www.independent.org/publications/tir/article.asp?a=119>. Acesso em 23.11.2008.
15. Lawrence Joseph Perrone. The fundamental and natural law “repugnant review”. *Origins of judicial review: a synergy of early English corporate law with notions of fundamental and natural law*, p. 05. Disponível em http://works.bepress.com/lawrence_perrone/1/. Acesso em 11.10.2008.
16. Allen D. Boyer. Sir Edward Coke and the Elizabethan Age. *California: Stanford University Press*, 2003, pp. 84-85
17. Edward S. Corwin. The “Higher Law” background of American constitutional law. *Ithaca: Cornell University Press*, 1955.
18. Daniel J. Hulsebosch, The ancient constitution and the expandig empire: *Sir Edward Coke’s british jurisprudence. Law and History Review*, Fall 2003, vol. 21, n. 3, p. 480.

No Brasil a real intenção de Coke também é controvertida. Lênio Streck entende que foi a decisão do caso Bonham que inaugurou essa “proposta constitucional inovadora”¹⁹, enquanto que Raphael Peixoto de Paula Marques diz que “não há um nexo de causalidade específico entre a decisão de Coke e o *Marbury vs. Madison*. Os contextos históricos, os fundamentos teóricos e a semântica dos conceitos são totalmente diversos.”²⁰

É muito difícil chegarmos, aqui do Brasil, a uma conclusão sobre o que a decisão de Coke realmente representa, se inaugurou ou não um modelo de controle de constitucionalidade das leis. A decisão é de 1610 (!) e para que nós possamos concluir algo é preciso remontar a história e percorrê-la até os dias atuais para saber se realmente houve essa influência. E nada mais apropriada do que a doutrina estrangeira para fornecer-nos os subsídios necessários para que nós possamos tirar nossas próprias conclusões, razão pela qual prosseguimos na análise histórica.

Ressalte-se apenas que, após a decisão do *Bonham's Case* Sir Edward Coke foi chamado pelo Rei James I para explicar sua decisão, que colocava um limite à autoridade Real. O Rei havia sido pressionado a agir dessa forma por influência de um inimigo de Coke, Francis Bacon. O Rei pediu a Coke que mudasse sua decisão. Ele atendeu apenas em parte, mantendo a parte que “afrontava” a autoridade Real, razão pela qual foi demitido.²¹ Era uma época em que os juízes não tinham garantias, mas mesmo assim Sir Edward Coke preferiu perder o emprego a mudar sua convicção de que o Rei e o Parlamento deviam respeitar a uma Lei Maior. Inicialmente Sir Edward Coke não se deu conta da importância histórica de sua decisão, de modo que ficou profundamente abalado com a perda da condição de juiz. Como anota um historiador de sua vida, para se reerguer tentou, e conseguiu, casar sua filha de 14 anos com John Villiers, da influente família Buckingham. Esse tipo de casamento era normal naquela época, e “*Coke considered only one darling object – how to recover his interest at court; and for this he was evidently willing to make any sacrifice.*”²²

Sir Edward Coke ainda foi o responsável pelo início do uso da língua inglesa na prática judiciária, pois publicava seus escritos em inglês, em uma época em que o latim era a língua mais usada na Inglaterra. Seus *Institutes of the Laws of England* e

19. Lênio Streck, ob. cit., p. 305. No mesmo sentido: Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, tomo 1. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

20. Raphael Peixoto de Paula Marques. *História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como Paramount Law*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10, jul/dez 2007, p. 367. Disponível em: http://www.escolasuperiordireito.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-357-Raphael_Peixoto_de_Paula_Marques.pdf. Acesso em: 02.12.2008.

21. Allen D. Boyer definiu esse encontro, após a decisão do *Bonham's Case* como “*his explosive face-to-face confrontations with King James I.*” Ob. cit., p. 83.

22. Cuthbert William Johnson, ob. cit., p. 3.

seus *Reports* eram todo em inglês, e o prefácio deste último, pelo menos, era escrito em latim e em inglês, prática incomum na época.²³ William Shakespeare, considerado por muitos o maior escritor em língua inglesa de todos os tempos, era contemporâneo de Sir Edward Coke, que viveu entre 1552 e 1633 (*Sir Edward Coke* faleceu no dia 3 de setembro de 1633²⁴). Shakespeare viveu entre 1564 e 1616 mas não constam registros de que os dois tenham se encontrado em algum momento, porém uma excelente forma de se visualizar como era a Inglaterra na época de Coke é através da leitura de uma biografia de alguém que viveu naquele mesmo período e no mesmo local (Londres), então é na biografia de Shakespeare que consta a passagem segundo a qual não se escrevia em inglês naquela época.²⁵

Com a Revolução Gloriosa de 1688 abandonou-se de vez a teoria lançada por Coke em prol da soberania parlamentar, de modo que a doutrina do *judicial review* não vingou na Inglaterra, pois “Coke elaboro una teoria que, si bien basada en precedentes medievales (principalmente del siglo XIV), implicaba una nueva formulación jurídica que Inglaterra y su Constitución no estaban preparados para recibir. Tal la causa de su rechazo. En cambio, si lo estaban los colonos norteamericanos.”²⁶ Anotam Gilmar Mendes, Inocência Coelho e Paulo Branco que, pela Revolução Gloriosa “o Parlamento marca o caminho para a posição de supremacia, em contrapeso à Coroa. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas o *Bill of Rights* restringe os poderes reais [lembramos que Sir Edward Coke ajudou a criar o *Bill of Rights*], na medida em que recusa ao monarca legislar automaticamente e se lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem a autorização do Parlamento.”²⁷

O modelo de colonização feito pela Inglaterra nos Estados Unidos contribuiu para a divulgação da idéia de uma lei superior que servia de limite para o poder “estatal”. Como anota um historiador, a Coroa inglesa entrega a particulares (não a indivíduos, mas sim às companhias) a tarefa de colonizar o Mundo Novo. “As companhias foram organizadas por comerciantes e apresentavam todas as características de empresas capitalistas. Aqui, ao contrário da América ibérica, define-se

23. Daniel J. Hulsebosch, ob. cit., p. 443.

24. “His characteristic love of order, equity and religion attended him to the last; and in this frame of mind, on the 3rd of September, 1633, died the great Coke, the glory of the English common law, whose name will probably be held in reverence, as long as courts of justice exist, or lawyers have any regard to precedents.” Johnson, Cuthbert William, ob. cit., p.319.

25. Bill Bryson. *Shakespeare – o mundo é um palco, uma biografia*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

26. Alberto B. Bianchi, ob. cit., p. 71.

27. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 183. Jorge Miranda entretanto diz que a Revolução Gloriosa não implementou esse novo modelo imediatamente. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79. No mesmo sentido: E. L. Woodward, *Uma história da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964, p. 145.

uma colonização de empresas, não de Estado.”²⁸ As chamadas *corporations* recebiam autorização Real para explorar determinados territórios nos Estados Unidos, podendo inclusive legislar, mas a atividade legislativa delas era limitada às *charters* e à *common law*.

Um excelente levantamento histórico é feito por Sarah Mary Bilder, que faz um *link* entre a decisão de Coke, as *corporations*, a prática judiciária nas Colônias americanas pós-independência e o *judicial review* norte-americano, que segundo ela não foi inventado por John Marshall na decisão do caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

As *corporations* eram como corpos políticos, que recebiam do Rei liberdades, direitos, poderes, privilégios, imunidades e propriedades através de *letters patent*, e essas cartas costumavam conter uma cláusula determinando que as leis elaboradas por elas não podiam ser *repugnant* (contrárias) às leis da Nação. Entretanto as *corporations*, quando estabelecidas nas colônias norte-americanas, já eram conhecidas na Inglaterra, visto que havia uma tradição, pelo menos desde os anos 1400, em se estabelecer *corporations* para regulamentar profissões e muitas delas tinham poder político porque os oficiais mais importantes das cidades eram associados a elas. As *corporations* tinham poderes para elaborar as suas próprias leis²⁹, mas foi Henrique VII quem estabeleceu limites a essas leis através das *letters patent* e através de revisões das leis por oficiais do Rei, e de acordo com Sarah Mary Bilder essa revisão era levada a sério, mencionando ela pelo menos 7 casos, entre 1509 e 1712, em que os oficiais do Rei alteraram as leis dessas *corporations*, e mais 7 casos, entre 1505 e 1612, em que as *charters* (autorização Real dada às *corporations*) mencionavam expressamente a existência de um limite à elaboração das leis. “*Repugnancy to the laws of the realm, the kingdom, eventually the nation, had become the standard.*”^{30 31}

Estabelecido o princípio segundo o qual as leis das *corporations* não podiam ser contrárias às leis da nação, criou-se um limite à prerrogativa de legislar, que obviamente não se parece com o nosso atual controle de constitucionalidade, mas não custa lembrar que estamos analisando o direito inglês do final do século XVI e início do século XVII.

Há na verdade registros de uma certa forma de controle das leis antes do *Bonham's Case*. Em 1590 foi julgado o *The Chamberlain of London's Case*, pelo

28. Leandro Karnal *et al.* *História dos Estados Unidos – das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 42. No mesmo sentido consulte-se: Samuel Eliot Morison e Henry Steele Commager. *História dos Estados Unidos da América*, tomo I, trad. de Agenor Soares de Moura. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1950, pp. 50-99.

29. Mary Sarah Bilder, *ob. cit.*. Segundo a autora no século XVI cerca de 100 *corporations* regulamentavam todas as profissões de Londres.

30. Mary Sarah Bilder, *ob. cit.*.

31. Não custa lembrarmos que o *Bonham's Case* está inserido nesse contexto, pois foi contra os poderes do *Royal College* que *Sir Edward Coke* se insurgiu em sua famosa decisão, e esses poderes foram concedidos a essa *corporation* através de Decreto Real, com aprovação do Parlamento.

próprio Coke, onde se contestava uma lei de Londres, que foi declarada nula por ser *repugnant to the laws or statutes of the realm*. No *Clark's Case*, de 1596, Sir Edward Coke declarou a nulidade de uma lei de St. Albans, uma cidade criada sob a patente Real. Clark foi preso por não ter se recusado a pagar um imposto, e Coke decidiu que a lei violava a Magna Carta de 1225, lei escrita que é considerada parte da Constituição do Reino Unido. Outros casos são citados por Sarah Mary Bilder, onde se fez um tipo de controle das leis, confortando-as com uma “lei” maior: *Doggerell v. Pokes* (1595), *Bab v. Clerk* (1595), *Wilford v. Mashan* (1595) e *Davenant v. Hurdis* (1599).³² A diferença do *Bonham's Case* (1610) para esses anteriores, é que Sir Edward Coke declarou nulo um Decreto do Rei que havia sido aprovado pelo Parlamento, e não uma lei de *corporation*, sob o argumento de que até mesmo o Rei estava submisso à uma lei natural superior, algo que hoje a doutrina constitucional moderna chama de Constituição. É como se Coke tivesse dito que os atos do Executivo, bem como do Legislativo, não poderiam ser inconstitucionais, só que isso foi dito em 1610!

Como afirmado acima, as *corporations* foram o modelo de colonização dos Estados Unidos pela Inglaterra, e isso repercutiu na formação do sistema jurídico americano. A decisão de 1803, da Suprema Corte norte-americana, cita o termo *repugnant* 6 vezes. Em uma dessas passagens, esclarecedora, John Marshall diz: “*Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void.*”³³ E mesmo nos Estados Unidos há quem entenda que não foi John Marshall quem inaugurou o *judicial review* em terras norte-americanas, mas sim casos julgados antes de 1803. Lawrence Joseph Perrone, um dos defensores dessa tese, anota que o fato dos Estados Unidos possuírem uma Constituição escrita provavelmente catalisou uma forma de *judicial review* mais robusta do que aquela encontrada na Inglaterra, no período Coke.³⁴

As *letters patent* (autorização Real para que as colônias fossem governadas na nova terra, os Estados Unidos) das *corporations* continham a expressão limitadora da autoridade legislativa que elas possuíam, com expressões semelhantes àquelas conhecidas na prática judiciária inglesa: “*in drafting the letters patent, a requirement surfaced within the letter patent that corporate by-laws not to be repugnant or contrary to English law.*”³⁵ Com essa limitação às leis que se estabeleceram nas

32. Mary Sarah Bilder, ob. cit.. Decisões semelhantes ainda foram proferidas nos anos de 1610 (*The Case of the City of London*), 1612 (*The Case of Sutton's Hospital*), 1614 (*The Case of Tailors*) e 1616 (*Norris v. Staps*).

33. Inteiro teor disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=5&page=137>. Acesso em: 02.12.2008.

34. Lawrence Perrone, ob. cit., p. 08.

35. Lawrence Perrone, ob. cit..

colônias, o *Privy Council*, (é a corte final, que existe até hoje, dos países fora da Grã-Bretanha “subordinados” à Coroa, tais como Bahamas, Barbados, Jamaica, Ilhas Cayman, Ilhas Falkland, Turks and Caicos, Nova Zelândia, etc.)³⁶ analisou, ao longo da ocupação inglesa nas terras norte-americanas, aproximadamente 8.500 leis das colônias, o que demonstra, segundo Lawrence Perrone, a influência que as *corporations* e suas *repugnant acts to the laws of England* exerceram nos Estados Unidos.

Em 04 de julho de 1776 os Estados Unidos conquistaram sua independência, e era necessário criar uma Constituição para unir as 13 colônias, inicialmente “reunidas” sob a forma de uma Confederação. Um *lobby* pela Federação, pela criação dos Estados Unidos foi o que se fez em obras como O Federalista, escrito por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Hamilton escreveu o artigo n. 78, onde se encontra a seguinte passagem:

“Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem.”³⁷

Dois são os casos concretos considerados paradigmáticos, que revelam um *judicial review* antes de *Marbury v. Madison: The Case of Prisoners* (1782) e *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance* (1795).

John Caton, James Lamb e Joshua Hopkins foram condenados à morte sob a acusação de traição aos Estados Unidos por um Tribunal do estado da Virgínia em 1782. Eles pediram um perdão para não serem executados, mas lhes foi negado pelo Senado, enquanto que a *Virginia House of Delegates* concedeu-lhes o perdão, mas a lei da época (*Virginia’s Treason Act*) exigia que o perdão fosse dado pelas duas casas legislativas. Eles alegaram junto ao *Virginia General Court* que o perdão era válido porque o *Virginia’s Treason Act* era contrário à Constituição. Uma das questões debatidas pela Corte era: pode um Tribunal declarar que uma lei do Legislativo é nula porque é *repugnant* à Constituição? Conta-nos Lawrence Perrone que a decisão foi no sentido de que o Tribunal pode sim declarar nula (inconstitucional) uma lei contrária à Constituição, mas que naquele caso específico nada havia de errado com o *Virginia’s Treason Act*. Esse o *The Case of Prisoners*.

Já no caso *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance o Pennsylvania’s Quieting and Confirming Act* foi efetivamente declarado inconstitucional. Isso em 1795.

36. Fonte: <http://www.privacy-council.org.uk/output/page5.asp>.

37. Alexander Hamilton; James Madison e John Jay. *O Federalista*. Trad. De Ricardo Rodrigues Gama, 2ª edição. Campinas: Russel, 2005, p. 470.

Suzanna Sherry, entretanto, diz que mesmo antes da “criação” dos Estados Unidos, juízes estaduais faziam um *judicial review* invalidando leis, o que faziam não apenas com base em uma constituição escrita, mas também com fundamento em uma lei natural. Entre 1780 e 1787 ela diz que pelo menos 5 Tribunais, em 5 estados diferentes, protegeram direitos não escritos – direito de propriedade e direito de ser julgado por um júri – contra a vontade do legislador, apesar da ausência de qualquer previsão constitucional.³⁸

Logo após, em 1803, John Marshall teve a oportunidade de julgar o caso *Marbury v. Madison*, e partir de então ele é reconhecido como pai do controle de constitucionalidade. Juristas norte-americanos afirmam que o nome de Marshall está relacionado com o Direito Constitucional dos Estados Unidos. Ele não só “*laid the foundation, but raised the superstructure of our splendid system of constitutional law.*”³⁹

Em 1800 foram realizadas nos Estados Unidos as eleições presidenciais, onde concorriam John Adams (Partido Federalista e candidato à reeleição) e Thomas Jefferson (Partido Republicano). A eleição foi ganha por Jefferson, e Adams ficou em terceiro lugar.

Em janeiro de 1801 Adams, ainda Presidente, nomeia seu Secretário de Estado, John Marshall, como *Chief Justice*. Até o final do mandato de Adams, Marshall acumulou as duas funções. No dia 27 de fevereiro de 1801, faltando menos de uma semana para o fim do mandato de Adams o Congresso americano criou a Lei Orgânica do Distrito de Columbia, que autorizava o Presidente a nomear 42 juízes de paz, cujas funções são distintas daquelas exercidas por um juiz de paz aqui no Brasil. No dia 2 de março daquele mesmo ano Adams anuncia a nomeação dos juízes, o que é confirmado no dia seguinte pelo Congresso, sendo que imediatamente o Secretário de Estado, John Marshall, assina as nomeações.

No dia 4 de março de 1801 Thomas Jefferson toma posse como terceiro presidente da história dos Estados Unidos da América.

Algumas nomeações não foram entregues por falta de tempo, incluindo a de William Marbury, e Thomas Jefferson instruiu seu Secretário de Estado, James Madison, a reter as nomeações que não foram entregues. Em dezembro de 1801 Marbury, em litisconsórcio com outras pessoas na mesma situação, vai até a Suprema Corte com um *writ of mandamus*, pedindo que ela ordene Madison a entregar a nomeação. O pedido é fundado no *Judiciary Act* de 1789 (Lei de Organização

38. Suzanna Sherry. Independent judges and independent justice. *Law and Contemporary Problems*, vol. 61, n. 3, p. 16, 1998. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/journals/61LCPSherry>. Acesso em: 01.12.2008.

39. T.M. Cooley et al. Constitutional history of The United States. *New York & London: The Knickerbocker Press*, 1889, p. 14.

Judiciária Federal, de 27 de setembro, aprovado na primeira sessão do Congresso americano), que outorgava à Suprema Corte competência originária para conhecer da causa.

John Marshall, como *Chief Justice*, encontrava-se numa situação delicada, pois ele havia sido o Secretário de Estado responsável pelas nomeações que não foram feitas por Jefferson e impugnadas por Marbury, e agora tinha que julgar a validade da omissão do Executivo. Hoje em dia é fácil perceber que John Marshall estava impedido para julgar a causa, mas os fatos se deram em 1803. “O Presidente Jefferson entendeu que a Suprema Corte não poderia obrigar o Executivo à prática do ato desejado por Marbury. O Secretário Madison esnobou o tribunal, não apresentando nenhuma defesa. A Corte, então, marcou o início do julgamento do writ para 1802. Em resposta, o Congresso, agora dominado pelos republicanos, alterou o calendário de funcionamento da Suprema Corte, suprimindo dele o período que havia sido designado para o julgamento do caso.”⁴⁰ A situação política naquele momento era extremamente delicada.

John Marshall, entretanto, foi genial, pois a Suprema Corte declara inconstitucional a parte da *Judiciary Act* que lhe dá competência, e não julga o mérito da causa. Como *obiter dicta* Marshall disse que a não nomeação era um absurdo, e que Marbury teria direito a ela, e que a via eleita era a adequada. Naquele contexto Marshall corria risco de sofrer o *impeachment*, pois havia uma acirrada disputa política em jogo, de modo que a saída de Marshall é considerada por muitos como genial. Ao mesmo tempo em que reconhece que a nomeação era um direito de Marbury, ele não concede esse direito a ele, por entender que a Suprema Corte era incompetente para apreciar o pleito.

Como *obiter dictum*, eis alguns trechos da decisão:

“... quando um despacho é assinado pelo Presidente a nomeação está feita, e ela se completa quando o selo dos Estados Unidos é fixado pelo Secretário de Estado.”

“... a própria essência da liberdade civil consiste certamente em um direito de cada indivíduo de reclamar a proteção das leis em qualquer lugar onde receba um agravo.”

“... o governo dos Estados Unidos foi enfaticamente chamado de governo de leis e não de homens.”

Juan Vicente Sola, constitucionalista argentino, anota que:

“A norma declarada inconstitucional era uma que havia ampliado a competência do Poder Judiciário e que a administração Jefferson não apoiava nem havia aprovado e que por isso preferia ver declarada nula.”⁴¹

40. Nowark e Rotunda, citados por Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, ob. cit., p. 194.

41. *Control Judicial de Constitucionalidad*, Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2006, p. 181.

Marshall foi genial porque ao mesmo tempo em que fez o controle de constitucionalidade de uma lei, institucionalizando o *judicial review* na Suprema Corte norte-americana e no direito norte-americano, reconheceu o direito de Marbury, derivado de um ato seu praticado enquanto Secretário de Estado, e não desagradou ao então Presidente Thomas Jefferson, escapando assim de uma situação política complicada e evitando assim um provável *impeachment* a que estaria sujeito se no mérito ordenasse a posse de Marbury como juiz de paz. Por outro lado nota-se que enquanto Sir Edward Coke não teve receio algum em enfrentar a autoridade real em 1610, Marshall teve receio de enfrentar o Presidente em 1803.

3. *JUDICIAL REVIEW* NO DIREITO INGLÊS E NORTE-AMERICANO

Como vimos, o *judicial review* não vingou na Inglaterra, mas somente nos Estados Unidos. A idéia de um controle de constitucionalidade em um país onde a Constituição não é dotada de rigidez faz com que a revisão dos atos do Parlamento por qualquer órgão diferente do próprio Parlamento seja algo impensável. Adota-se na Inglaterra, até os dias atuais, o princípio do *parliamentary sovereignty*, ou seja, o Parlamento é soberano, razão pela qual seus atos não têm limites, suas leis são superiores, ou, em outras palavras, “*Parliament is the supreme law-making body in the British constitution. Parliamentary law should therefore prevail over all other sources of law.*”⁴² Jorge Miranda observa que no Reino Unido da Grã-Bretanha (Inglaterra, País de Gales e Escócia) e Irlanda do Norte a Constituição apresenta-se, “pela natureza das coisas, como Constituição cuja modificação se faz, a todo o tempo, pelo Parlamento, sem necessidade de um processo diferenciado do processo de exercício da função legislativa.”⁴³

Alexis de Tocqueville, historiador e pensador político francês, em 1835 publicou uma obra extraordinária sobre os Estados Unidos, e nela observou as diferenças entre os Parlamentos inglês, francês e norte-americano frente à Constituição, com as seguintes palavras:

“Uma constituição americana não é considerada imutável, como na França; ela não poderia ser modificada pelos poderes ordinários da sociedade, como na Inglaterra. Constitui uma obra à parte que, representando a vontade de todo o povo, vincula os legisladores como os simples cidadãos, mas que pode ser mudada pela vontade do povo, segundo formas estabelecidas e nos casos previstos.”⁴⁴

Jorge Miranda completa dizendo que na Inglaterra numerosas são as leis constitucionais escritas, mas tais leis não se ligam, contudo, sistematicamente, não se qualificam formalmente como constitucionais e não possuem, enquanto tais, uma força

42. Andrew Mitchell e Minel Dadhania. *As level law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2003, p. 19.

43. Jorge Miranda, ob. cit., p. 76.

44. Alexis de Tocqueville, *A democracia na América*, livro 1, leis e costumes. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 114.

jurídica específica, como sucede nos países com Constituição escrita ou formal.⁴⁵ René David, por sua vez, afirma que não existe na Inglaterra Constituição escrita. “O que os ingleses chamam Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa ou, na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e que concorrem para limitar o arbítrio das autoridades. O próprio parlamento não encontra outros limites à sua onipotência que não seja o controle exercido pela opinião pública, num país onde a tradição e o espírito democrático são uma poderosa realidade.”⁴⁶

Sem essa rigidez constitucional, uma lei do Parlamento não tem nenhum limite formal, não se podendo falar em *judicial review*, o que diminui sobremaneira a importância do juiz no controle dessas leis e da própria interpretação dessas leis. Juristas ingleses, como Fiona Cownie, Anthony Bradney e Mandy Burton, afirmam que “*parliamentary sovereignty dominates much traditional writing about the judicial approach to the interpretation statutes. Judges obey Parliament. They are therefore to interpret and apply a statute in the way intended by Parliament.*”⁴⁷ Entretanto as leis inglesas são caracterizadas pelo uso constante de conceitos abertos ou indeterminados, o que acaba dando ao juiz uma maior liberdade no ato de interpretação, pois quando se diz que “o juiz obedece ao Parlamento”, a idéia que se tem é a de que o juiz é apenas a boca que pronuncia a lei, tal qual Montesquieu sustentou em sua clássica obra “O Espírito das Leis”, porém não é bem assim que as coisas se passam: o juiz inglês não exerce um papel secundário. As leis inglesas precisam ser interpretadas pelo juiz, de tal forma que a jurisprudência toma o lugar das disposições legislativas,⁴⁸ porém ao mesmo tempo o juiz não pode inovar, ou seja, quando interpreta um *Parliament Act*, ele não pode criar uma norma diferente daquela estatuída pelo Parlamento.⁴⁹

Já nos Estados Unidos, ironicamente, o princípio do *parliamentary sovereignty* não só não vingou como foi o estopim para a declaração de independência. Diversas leis oriundas do Parlamento inglês direcionadas às 13 colônias provocaram insatisfação nos norte-americanos, tais como a Lei do Açúcar (1764), a Lei da Moeda (1764),

45. Jorge Miranda, ob. cit., p. 76.

46. René David, ob. cit., p. 433.

47. Fiona Cownie *et al.* English legal system on context, *fourth edition*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 106.

48. René David, p. 409.

49. O ingresso da Inglaterra na União Européia, com o conseqüente reconhecimento da supremacia da Convenção Européia de Direitos Humanos – CEDH, bem como a instalação da *UK Supreme Court*, a se realizar em outubro de 2009, estão mudando o panorama do direito inglês. Há quem defenda a possibilidade expressa do juiz declarar a incompatibilidade de leis inglesas que afrontarem a CEDH (*judicial review*). O assunto, entretanto ainda é objeto de intensos debates na Inglaterra, e sequer está definido o papel a ser desempenhado pela futura Suprema Corte. Sobre o tema sugerimos a consulta à seguinte obra: Building the UK’s new Supreme Court – *national and comparative perspectives*. Edited by Andrew Le Sueur. Oxford: Oxford University Press, 2007.

a Lei da Hospedagem (1764), a Lei do Selo (1765) e a fatídica Lei do Chá (1773). Todas essas leis criaram restrições para as colônias, sendo que maioria delas aumentava a carga tributária, o que provocou um movimento denominado “*no taxation without representation*” (sem representação não pode haver taxaço), pois a carga tributária foi aumentada nas colônias sem que os colonos tivessem representação no Parlamento inglês.⁵⁰

As leis do Parlamento foram mal recebidas nas 13 colônias, e ele respondeu com mais leis, o que incentivou o processo de independência.⁵¹ Havia então um receio natural nas 13 colônias, prestes a formarem um novo país, de que fosse instituído um Parlamento soberano, e o artigo n. 78 da obra *Federalista* demonstra esse receio:

“Se se imaginar que os congressistas devem ser os juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes.”⁵²

Desta forma a doutrina do *judicial review* foi bem aceita nos Estados Unidos, e antes mesmo da decisão do caso *Marbury v. Madison* ela já era conhecida e defendida, porém, como visto, John Marshall deu o pontapé inicial, uma vez que a Constituição norte-americana não consagra expressamente o poder do Judiciário de rever leis que sejam, em tese, incompatíveis com a Constituição.⁵³ Porém essa tese não é unanimemente aceita, apesar de já estar institucionalizada desde 1803. Erwin Chemerinsky expõe as três correntes de pensamento a respeito de quem deve ser o intérprete da Constituição em última análise. Uma corrente sustenta que cada “Poder” (Executivo, Legislativo e Judiciário) tem autoridade para interpretar a Constituição, por igual, e eventuais conflitos serão solucionados pela política. Se o Congresso e o

50. Curiosamente o lema “*no taxation without representation*” é até hoje invocado nos Estados Unidos pelos moradores de Washington D.C. que não podem votar em representantes com poder de voto (senadores) para o Congresso, por força de um acordo para que a capital do então novo país ficasse situada no local que hoje é o *District of Columbia*. A escolha derradeira se deu em 1791, mas até hoje os habitantes reclamam, seja de forma humorada (as placas dos automóveis têm inscritas a frase *taxation without representation*) ou não (a Corte Inter-americana de Direitos Humanos, situada em Washington D.C., julgou o *Case 11.204 – Statehood Solidarity Committee v. The United States*, em dezembro de 2003, e decidiu que os Estados Unidos eram responsáveis por “*violations of the Petitioners’ rights under Articles II and XX of the American Declaration by denying them an effective opportunity to participate in their federal legislature.*” Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003eng/USA_11204.htm. Acesso em 22.09.2008).

51. Leandro Karnal *et al*, ob. cit., p. 80.

52. Hamilton, Madison e Jay, ob. cit., p. 471.

53. Nas discussões que foram realizadas na Filadélfia e culminaram na elaboração da Constituição norte-americana já se falava em *judicial review*. Observa John Agresto que nesses debates o *judicial review* era reconhecido, mas os *foundig fathers* (pais fundadores) não discutiram acerca dos seus propósitos e seus limites. *The Supreme Court and constitutional democracy*. New York: Cornell Univesity Press, 1984, p. 61.

Presidente acreditarem que uma lei é constitucional, eles poderiam ignorar uma decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade, e se o Presidente acredita que a lei é inconstitucional, ele poderia se recusar a sancioná-la, não obstante a declaração de constitucionalidade do Congresso e do Judiciário. Uma segunda corrente defende que partes da Constituição são confiadas aos três “Poderes”, sendo que cada um detém a palavra final em suas partes. Em questões de política externa os Tribunais norte-americanos possuem diversos precedentes no sentido de que não cabia ao Judiciário dizer se a Guerra do Vietnã era ou não constitucional, mas sim ao Presidente dos Estados Unidos, em que pese a Constituição americana exigir que o Congresso autorize a declaração de guerra, o que não foi respeitado no caso. Uma terceira corrente, finalmente, coloca o Judiciário como último intérprete, e foi essa a posição sustentada por John Marshall na célebre decisão de 1803. Como anota Chemerinsky, “*by this view, Marbury simply holds that the judiciary may interpret the Constitution in deciding cases – it is one voice – and that it is not required to defer to legislative or executive interpretations.*”⁵⁴

Mas há limitações ao *judicial review*, sejam elas impostas pela própria jurisprudência da Suprema Corte, sejam elas de ordem prática. O *writ of certiorari* é o mecanismo que limita os casos que devam ser apreciados pela Suprema Corte, e como o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos é feito no caso concreto, diversos casos não chegam a ser analisados pelo Tribunal por causa desse mecanismo, que faz com que a Corte escolha os casos mais importantes, deixando de analisar outros onde pode ter havido violação da Constituição, mas o *judicial review* não é utilizado. Segundo Adhemar Ferreira Maciel “o acesso recursal hoje só mesmo por intermédio da *petition for writ of certiorari*, cuja admissão fica, primeiramente, sujeita aos critérios objetivos do Regimento Interno da Suprema Corte (*U. S. S. C. Rules - Rule n. 10*), e, em segundo lugar, ao critério subjetivo da relevância, que consiste em avaliação discricionária. O *writ of certiorari* só vai para a *discuss list* se pelo menos 4 dos 9 juizes entenderem que a questão é relevante para o país e para a sociedade de um modo geral. Se não figurar na lista, o recurso não é conhecido.”⁵⁵

4. CONCLUSÕES

A análise do direito comparado, em duas perspectivas (histórica e atual), é importante para ajudar-nos não só a definirmos os institutos que importamos mas também para que nós tenhamos o conhecimento das origens desses mesmos institutos. *Sir Edward Coke* jamais foi uma figura reconhecida no direito constitucional brasileiro

54. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law – principles and policies, third edition*. New York: Aspen Publishers, 2006, pp. 31-32.

55. Adhemar Ferreira Maciel, *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/3068/4/Restri%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0_Admissibilidade_de_Recursos%20.pdf. Acesso em: 20.12.2008.

como é John Marshall, mas sua importância é inegável e não pode ser desprezada pelos estudiosos. Conhecer as origens do nosso controle de constitucionalidade nos ajuda a compreender o direito brasileiro atual. Se nosso sistema de controle difuso é clara e expressamente inspirado no direito norte-americano, em especial na decisão do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, é preciso que nós aqui no Brasil tenhamos conhecimento de que John Marshall não criou o *judicial review* a partir de um “ponto zero”, mas sim de que a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana é o amadurecimento de um longo processo, iniciado na Inglaterra no final do século XVI e no início do século XVII, através de um juiz pouco conhecido e pouco citado no Brasil, mas cuja contribuição foi fundamental para o nosso controle de constitucionalidade.

5. BIBLIOGRAFIA

- AGRESTO, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. New York: Cornell University Press, 1984.
- BIANCHI, Alberto B. *Control de constitucionalidad*, tomo 1. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- BILDER, Mary Sarah. The corporate origins of judicial review, *The Yale Law Journal*, 116:502, 2006.
- BOYER, Allen D.. Sir Edward Coke and the Elizabethan Age. *California: Stanford University Press*, 2003.
- BRYSON, Bill. *Shakespeare – o mundo é um palco, uma biografia*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª edição – reimpressão, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – principles and policies, third edition*. New York: Aspen Publishers, 2006.
- COBB, David. The case against judicial review. *By what authority – Program on Corporations, Law and Democracy*, vol. 09, n. 02 – Fall, 2007.
- COKE, Sir Edward. *The Reports of Sir Edward Coke, vol. IV*, London: Joseph Butterworth and son, 1826.
- COOLEY, T.M. *et al.* Constitutional history of The United States. New York & London: The Knickerbocker Press, 1889.
- CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” background of American constitutional law. *Ithaca: Cornell University Press*, 1955.
- COWNIE, Fiona *et al.* English legal system on context, *fourth edition*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. De Ricardo Rodrigues Gama, 2ª edição. Campinas: Russel, 2005.
- HULSEBOSCH, Daniel J.. The ancient constitution and the expandig empire: *Sir Edward Coke's british jurisprudence*. *Law and History Review*, Fall 2003, vol. 21, n. 3.
- JOHNSON, Cuthbert William. The life of Sir Edward Coke V2: *Lord Chief Justice of England in the Regim of James I*. London: Henry Colburn Publisher, 1845.
- KARNAL, Leandro *et al.* *História dos Estados Unidos – das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2008.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MITCHELL, Andrew e DADHANIA, Minel. *As level law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2003.
- MORISON, Samuel Eliot e COMMAGER, Henry Steele. *História dos Estados Unidos da América*, tomo I, trad. de Agenor Soares de Moura. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1950.
- PERRONE, Lawrence Joseph. The fundamental and natural law “repugnant review”. *Origins of judicial review: a synergy of early English corporate law with notions of fundamental and natural law*.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- SANDEFUR, Thimoty. The common Law right to earn a lving. *The Independent Review*, v. 3, n. 1, Summer 2002.
- SOLA, Juan Vicente. *Control Judicial de Constitucionalidad*, Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2006.
- SHERRY, Suzanna. Independent judges and independent justice. *Law and Contemporary Problems*, vol. 61, n. 3, p. 16, 1998.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*, livro 1, leis e costumes. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WHITE, Jeffrey. Dr. Bonham and due process for doctors: *lessons from long ago*. *Journal of American Physicians and Surgeons*, vol. 12, n. 1, 2007.
- WOODWARD, E. L.. *Uma história da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

CAPÍTULO XVI

**A CLÁUSULA DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL E NO DIREITO
COLISIONAL – SUA RELEVÂNCIA E SEU FUTURO
NO DIREITO INTERNACIONAL**

*Hartmut-Emanuel Kayser**

Sumário • 1. O conceito da ordem pública – 2. Âmbito de aplicação no direito internacional privado e no direito processual civil internacional – 3. Finalidade da cláusula – 4. A cláusula da ordem pública no Direito Processual Civil Internacional e no Direito Colisional – *pressupostos fáticos* e conseqüências jurídicas – 5. A cláusula da ordem pública na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e do Superior Tribunal de Justiça da Alemanha – 6. Crítica na literatura – 7. Considerações político-jurídicas e conclusão –

Este ensaio tenta apresentar o papel da cláusula da ordem pública no Direito Internacional Privado e no Direito Processual Civil Internacional. Será analisada a sua relevância na Europa com um foco especial na Alemanha¹. Será mostrado que, apesar da crítica atual e das exigências de revogar completamente a cláusula da ordem pública, existe a necessidade de manter a referida cláusula no Direito Processual Civil Internacional e no direito colisional dos sistemas jurídicos da Alemanha e da Europa.

Para isto será primeiramente definido o conceito do objeto, para, em seguida analisar o seu âmbito de aplicação, a sua finalidade, as diferentes formas e conteúdos e as suas conseqüências jurídicas. A nossa análise incluirá o tratamento que a cláusula da ordem pública tem recebido pelos tribunais e a crítica da literatura. Com base nos resultados deste artigo e considerações político-jurídicas terminaremos o presente ensaio com a conclusão sobre a relevância atual e o futuro da cláusula.

1. O CONCEITO DA ORDEM PÚBLICA

O termo „ordre public“, que advém do francês, é usado predominantemente na Alemanha, enquanto o termo alemão, „öffentliche Ordnung“, ou seja, „a ordem pública“, encontra menos aplicação nos textos legislativos que vigoram na Alemanha.

* Doutor em Direito pela Universidade Goethe de Frankfurt, Alemanha. Professor Adjunto da Universidade Philipps de Marburg. Vice-Presidente da Sociedade Brasil-Alemanha (DBG). Advogado em Berlim.

1. As normas mencionadas neste ensaio, enquanto não indicado contrário, são alemãs.

No ramo do Direito Internacional o conceito da ordem pública é aplicado tanto no Direito Internacional Privado e no Direito Processual Civil Internacional quanto no Direito Internacional Público². O conceito da ordem pública designava originalmente as normas que serviam a manutenção de interesses públicos, ou seja os interesses vitais do Estado. Assim a forma prévia o artigo 30 da lei introdutória ao Código Civil da Alemanha (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*) descrevia isto referindo-se aos „guten Sitten“ („bons costumes“) e a „Zweck deutscher Gesetze“ („finalidade das leis alemãs“). A finalidade das leis alemãs compreendia tanto a necessidade de fazer as leis alemãs valer no contexto internacional como os principais princípios legais do Estado³.

Esta definição foi tida como insuficiente. Entrementes, tornou-se geralmente reconhecida que o conceito da ordem pública também serve – além dos já referidos principais princípios legais do Estado, à proteção dos interesses individuais.

Hojé, por conseguinte, a ordem pública é definida no Direito Internacional Privado e no Direito Internacional Público como o essencial ou a representação dos valores fundamentais da ordem jurídica nacional, inclusive os valores não-estatais, ou seja, individuais. Portanto, a ordem pública é aquela parte dos princípios fundamentais da ordem jurídica, que necessariamente tem que ser observado também nas transações jurídicas e comerciais internacionais.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL

No Direito Internacional Privado existem em substância dois âmbitos de aplicação da cláusula da ordem pública. Por um lado, a cláusula da ordem pública encontra-se nas normas sobre os processos de homologação de sentenças estrangeiras. Além disso, a mesma também faz parte do direito colisional.

A principal cláusula da ordem pública do direito colisional da ordem jurídica em vigor na Alemanha encontra-se no artigo 6 (artigo 30 da forma prévia) da lei introdutória ao Código Civil da Alemanha – EGBGB.

O Artigo 6 EGBGB prevê que, nos casos, em que o direito estrangeiro, que segundo as normas gerais do direito colisional alemão normalmente seria aplicado,

2. Com respeito à terminologia, deve ser fixado que o conceito de Direito Processual Civil Internacional é mal compreendido, pois até agora se trata basicamente de Direito nacional, e não de Direito internacional público ou, para o âmbito da União Européia, de Direito europeu. O mesmo vale para o Direito Privado Internacional, que, apesar da designação confusa, até agora é basicamente também Direito nacional.
3. Mugdan, *Materialien I*, S. 306.

contradiz valores fundamentais da ordem jurídica nacional, excepcionalmente não é aplicado.

A cláusula da ordem pública está regulamentada também nas normas de homologação de sentença estrangeira, no § 328 alínea 1, n. 4 do Código do Processo Civil de Alemanha (ZPO), no artigo 34, n. 1 do EuGVO (*Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*(EuGVO) – Regulamento (CE) sobre a competência judicial e o reconhecimento e execução de sentenças em assuntos civis e comerciais)⁴, e no artigo 27 n. 1 do GVÜ (*Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen – GVÜ – Acordo de 27.9.1968 sobre a competência judicial e a execução de sentenças judiciais para assuntos civis e comerciais*)⁵. A cláusula da ordem pública nas normas citadas prevê, que uma sentença estrangeira excepcionalmente não será reconhecida ou executada se o reconhecimento ou a execução for manifestamente contrário à ordem pública do Estado requerido.

Um outro âmbito de aplicação da cláusula da ordem pública será apenas mencionado aqui, sem poder ser discutida. Trata-se do âmbito de arbitragem. A parte do direito de arbitragem, que encontra o seu fundamento jurídico para a execução na *Convenção de Nova-Iorque*, como os processos da *Câmara Internacional de Comércio em Paris* ou as regras de arbitragem *Uncitral*, também conhece a cláusula da ordem pública como fundamento para negar a declaração de exequibilidade de uma sentença arbitral estrangeira.

3. FINALIDADE DA CLÁUSULA

O Direito vigente na Alemanha concede de forma ampla a aplicação de normas estrangeiras nos casos do Direito Internacional Privado respectivamente o reconhecimento de sentenças de tribunais estrangeiras no Direito Processual Civil Internacional. A referida aplicação e o reconhecimento não apenas significam uma considável facilitação das transações internacionais jurídicas e comerciais. Com esta facilitação acontece necessariamente o reconhecimento dos valores e conceitos legais estrangeiros.

A finalidade da cláusula da ordem pública tem passado por uma profunda transformação histórica. Como, até o século XIX, o palco dos casos do Direito Internacional Privado tem sido quase exclusivamente a Europa e as suas colônias, os valores que serviam como base eram muito parecidos. Assim o famoso jurista alemão

4. CE – JO 2001 L, 12, p. 1.

5. CE – JO 1972 L 299, p. 32

*Savigny*⁶ constatou no ano 1849, que as ordens jurídicas dos Estados da Europa eram ligados „em virtude da civilização cristã que temos em comum“ („aufgrund der gemeinsamen christlichen Gesittung“)⁷.

A reserva da ordem pública da época não servia para recusar valores e conceitos legais estrangeiros divergentes. Porém servia, em primeira linha, para aplicar valores e conceitos legais nacionais nos casos do Direito Internacional Privado. No direito vigente na Alemanha os aspectos da defesa e da proteção da própria ordem jurídica estão em primeiro plano.

Nas décadas passadas o desenvolvimento da globalização⁸ aconteceu de forma cada vez mais rápida, que foi acompanhado por um crescimento de grande intensidade das relações individuais internacionais e que conseqüentemente precipitou-se, numa intensificação da aplicação do Direito Processual Civil Internacional⁹. As principais diferenças entre as ordens jurídicas de vários grupos de Estados, por exemplo os Estados do espaço europeu, foram amplamente, porém não completamente eliminados. Com respeito aos conceitos e soluções dos Estados ocidentais num lado e os Estados asiáticos, africanos ou islâmicos existem ainda inúmeras diferenças fundamentais¹⁰.

A máxima político-jurídica do Direito Processual Civil Internacional é a facilitação das transações internacionais jurídicas e comerciais¹¹.

Uma limitação, ou seja, correção desta facilitação, geralmente desejada, das transações internacionais jurídicas se torna necessária, quando a aplicação do Direito estrangeiro ou o reconhecimento contradiz aquela parte do Direito nacional, que também nas relações jurídicas internacionais é considerado indispensável.

Assim são garantidos vários aspectos: Primeiramente são protegidos, respectivamente os valores materiais da própria ordem jurídica, ou seja, a justiça material. Além disso a reserva da ordem pública serve para garantir uma maior harmonia das decisões jurídicas e finalmente garante a observância da *ius cogens* do Direito Internacional Público, especialmente dos direitos humanos.

6. Friedrich Carl von Savigny (1779 – 1861) foi um dos juristas alemães mais influentes do século 19 e um dos fundadores da Historische Rechtsschule (Escola Histórica de Direito).

7. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VIII, S. 27.

8. Isso se aplica ao desenvolvimento mundial, Gerhard Walther, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, p. 5, 2. ed., Bern, 1998.

9. Vide: Hans-Jürgen Rabe, "Gegenwartsanalyse und Zukunftsperspektiven des Anwaltsberufs in Deutschland" in: Hartmut-Emanuel Kayser (Org.), *Anwaltsberuf im Umbruch, Tendenzen in Deutschland und Brasilien*, Shaker Verlag, Aachen, 2007, p. 83 – 94.

10. Exemplos que mostram tais diferenças fundamentais, são o casamento islâmico com várias esposas ao mesmo tempo ou a proibição de juro nos Estados islâmicos.

11. Hartmut Linke, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2001, p. 14 f.

4. A CLÁUSULA DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL E NO DIREITO COLISIONAL – PRESSUPOSTOS FÁTICOS E CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

Encontram-se duas principais formas de cláusulas da ordem pública no direito vigente da Alemanha.

A, já mencionada, reserva do Direito Colisional encontra-se no artigo 6 da lei introdutória ao Código Civil da Alemanha. Ali consta:

„A ordem pública

Uma norma jurídica de um outro Estado não será aplicada, se a aplicação terá um resultado, que for manifestamente contrário aos princípios fundamentais do direito alemão. Ela particularmente não será aplicada se a aplicação terá um resultado, que for contrário aos direitos fundamentais do direito alemão¹².

A cláusula da ordem pública referente aos processos de homologação de sentenças de tribunais estrangeiras está regulamentado – entre outros – no § 328 alínea 1, n. 4 do Código Processual Civil – ZPO. A norma diz:

„Homologação de sentenças estrangeiras

(1) Não será homologada uma sentença de um tribunal estrangeiro

... 4. quando a homologação da sentença terá um resultado, que for manifestamente contrário aos princípios fundamentais do direito alemão, particularmente, se a homologação terá um resultado, que for contrário aos direitos e garantias fundamentais¹³.

As normas do Direito Europeu também contém, entre outros nos artigos 27 n. 1 EuGVÜ und 34 n. 1 EuGVVO a reserva da ordem pública:

Diz o artigo 27 n. 1 EuGVÜ:

„Não será homologada uma sentença:

1. se a homologação contrariasse a ordem pública do Estado em que for requerido“.

E o artigo 34 n. 1 EuGVVO diz:

„Não será homologada uma sentença:

1. se a homologação contrariasse manifestamente a ordem pública (ordre public) do Estado em que for requerido“.

12. Em alemão: Art 6 EGBGB – Öffentliche Ordnung (ordre public) „Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist“.

13. No original alemão § 328 I Nr. 4ZPO diz: ...“zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist“.

A consequência jurídica dos pressupostos da cláusula da ordem pública é a não-aplicação da norma no Direito Colisional ou a não-homologação no Direito Processual Civil Internacional.

5. A CLÁUSULA DA ORDEM PÚBLICA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA ALEMANHA

O “*Bundesverfassungsgericht*” (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – BVerfG) constatou, em sua jurisprudência, na sua fundamental decisão „o espanhol“ („Spanier – Beschluss“) de 4.5.1971¹⁴ que, também no Direito Internacional Privado existe a primacia da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais. No direito vigente na Alemanha se parte da „Leitnorm“ (norma condutora) do artigo 1, alínea 3 da Constituição alemã que obriga com efeito imediato todas as autoridades estatais no território alemão a respeitar os direitos e garantias fundamentais¹⁵.

Daí resulta, que pela criação de uma norma colisional ou a incorporação do direito, que foi criado antes da entrada em vigor da Constituição, pelo legislador alemão vale o mesmo como pelas outras leis inferiores à Constituição. Como direito nacional as regras do Direito Privado Internacional alemão são sujeitos ao pleno controle de concordância com os direitos e garantias fundamentais. A extensão deste controle normalmente limita-se à pergunta, se a decisão geral do legislador para uma regra, especialmente sobre os vínculos legais, obedece os direitos e garantias fundamentais. Perante a grande diversidade e a grande variabilidade de normas jurídicas estrangeiras é quase impossível pelo legislador alemão, quando declara que uma norma jurídica de um outro Estado será aplicada, prever qual será o conteúdo da norma estrangeira aplicada e qual será o efeito nos casos individuais de aplicação. A aplicação de uma norma estrangeira prevista pelo Direito Internacional Privado por isso parece com um „pulo no escuro“ („Sprung ins Dunkle“) ¹⁶.

Segundo a sua decisão no caso „o espanhol“ do *Bundesverfassungsgericht*, neste „pulo no escuro“ não é permitido de omitir o controle de obediência constitucional e deixar os indivíduos sujeitos à uma aplicação do direito estrangeiro sem a proteção dos direitos e garantias fundamentais alemães. Os direitos e garantias fundamentais são partes inseparáveis da Constituição. Eles são o cerne da ordem livre e democrática da vida estatal segundo a lei fundamental („Grundgesetz“), ou seja, a Constituição. A efetividade dos direitos e garantias fundamentais não pode depender da qualidade das leis subordinadas, mais sim, só das próprias normas constitucionais.

14. BVerfGE, 31, 58.

15. Art. 1 parágrafo 3 Grundgesetz diz em alemão: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“.

16. O Bundesverfassungsgericht adotou esta expressão dos juristas Rappe e Sturm, Internationales Privatrecht, 5. A., S. 90.

As particularidades do Direito Internacional Privado não justificam a opinião contrária. As normas colisionais alemãs vigentes não constituem a única forma imaginável para ordenar o Direito Internacional Privado. Como mostram a comparação com normas colisionais de outros países e também as tentativas de reformar o Direito Colisional, existe uma série de possibilidades, entre as quais cada uma possa ter as suas vantagens com referência à justiça e conveniência em um respeito ou outro.

Se a efetividade dos direitos e garantias fundamentais dependesse da determinação do legislador para a aplicação ou não – aplicação de uma solução de um outro país, a decisão do legislador determinaria também sempre sobre a proteção dos indivíduos. Com isto poderiam existir casos em que os direitos e garantias fundamentais não valessem (“grundrechtsfreier Raum”). É inadmissível que uma lei ordinária determina sobre a hierarquia e o conteúdo dos artigos constitucionais. Segundo a decisão no caso „o espanhol“ do *Bundesverfassungsgericht* existia a possibilidade de aplicar o direito ordinário de forma constitucional. Para isto a aplicação do direito estrangeiro terá que ser excluída, na medida em que ela fere os direitos e garantias fundamentais da Constituição. Uma forma para fazer os direitos e garantias fundamentais valer também nos casos de aplicação do direito estrangeiro era vista numa interpretação da cláusula da ordem pública que limitava a aplicação do direito estrangeiro nestes casos. A cláusula da ordem pública teria que ser entendida nestes casos como „porta de entrada dos direitos e garantias fundamentais“ (“Einbruchsstelle der Grundrechte“) para o Direito Privado Internacional. A consequência é, que cada violação dos direitos e garantias fundamentais leva a aplicação da cláusula da ordem pública. A medida certa na aplicação depende do grau de validade que o direito ou a garantia fundamental concernido no caso específico requer segundo o seu teor, o seu conteúdo e a sua função, levando também em conta a igualdade dos estados estrangeiros e a independência das suas ordens jurídicas para casos com vínculos com o exterior.

Estas constatações valem não somente para a aplicação do direito estrangeiro, mas também – de forma análoga para a homologação de sentenças estrangeiras.

A solução do *Bundesverfassungsgericht* foi incorporada pelo legislador alemão na reforma de 1986 do Direito Internacional Privado alemão no artigo 6 da lei introdutória ao Código Civil, em que consta de forma explícita – conforme já mencionado anteriormente – que uma norma jurídica de um outro Estado não será aplicada, se a aplicação tiver um resultado, que for manifestamente contrário aos princípios fundamentais do direito alemão, particularmente se for contrário aos direitos fundamentais.

Uma cláusula análoga para os processos de homologação de sentenças encontra-se – entre outros – no § 328 alínea 1, n. 4 ZPO que ordena, que uma sentença não será homologada, quando a homologação tiver um resultado, que for manifestamente

contrário aos princípios fundamentais do direito alemão, particularmente aos direitos e garantias fundamentais.

Uma violação dos direitos e garantias fundamentais alemães leva, segundo as normas da lei introdutória ao Código Civil e do Código Civil da Alemanha que foram modelados em conformidade com a interpretação da Constituição pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, sempre para a aplicação da cláusula da ordem pública¹⁷.

O *Bundesverfassungsgericht* afirmou a sua decisão em várias ocasiões, a última vez na sua decisão de 18.7.2006¹⁸.

A cláusula da ordem pública não somente é aplicada nos casos em que direitos e garantias fundamentais são violadas, mas além disso também nos casos, em que a aplicação ou a homologação tenha um resultado, que for manifestamente contrário aos princípios fundamentais do direito alemão. Isto depende da análise do caso específico. Fazem também parte da ordem pública os princípios legais fundamentais da Comunidade Europeia¹⁹ e, pelos Estados-Membros da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, os direitos e garantias da mesma.

Na jurisprudência do *Bundesgerichtshof* (BGH – Superior Tribunal de Justiça da Alemanha) existe uma tendência restritiva quanto à aplicação da cláusula da ordem pública. Segundo a jurisdição do *Bundesgerichtshof* a cláusula só será aplicada nos casos, em que o resultado do caso específico contraria os princípios fundamentais e as idéias jurídicas da justiça, que servem como fundamento para os mesmos, são contrariados de forma tão gravemente, que a aplicação ou a homologação seria inaceitável²⁰.

6. CRÍTICA NA LITERATURA

Uma parte da literatura jurídica tem criticado fortemente a cláusula da ordem pública nos últimos anos²¹. Os críticos perseguem o objetivo de reduzir drasticamente o âmbito de aplicação da cláusula ou de revoga-la completamente. O argumento principal é que a proteção do devedor seja exagerada e a do credor desprezada pela cláusula.

Esta opinião não considera que a cláusula da ordem pública não é somente aplicado nos casos em que existem principalmente interesses econômicos, mas em todas

17. BVerfGE, 31, 58 (86).

18. BVerfGE, 116, 243 (266).

19. Vgl. EuGHE 1999 I, 3055 (Decisão de 1.6.1999, C-126/97)

20. Vgl. BGHZ 54, 123 (130, 132, 140); BGHZ 56, 180 (191); BGHZ 75, 32 (32);

21. Vide p.ex.: Dieter Leipold „Neuere Erkenntnisse des EuGH und des BGH zum anerkennungsrechtlichen ordre public“ in: Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, Gerhard Hohloch, Hans Stoll, Rainer Frank, Peter Schlechtriem (org.), p. 625 ss (645), Ed. Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001.

as áreas de direito, e assim também em áreas como o Direito de Família, em que aspectos não-econômicos prevalecem.

Além disso tem que ser lembrado, que nem todos os Estados do mundo dispõem de um nível de proteção para os cidadãos e as partes de um processo, que pode ser comparado com o nível europeu, e muitos Estados tem uma carência absoluta de proteção dos direitos e garantias fundamentais neste respeito. Uma revogação completa da cláusula de ordem pública levasse a uma situação, em que não somente violações gravíssimas dos direitos e garantias fundamentais seriam possibilitadas através da aplicação do direito estrangeiro ou da homologação de sentenças estrangeiras, mas também corrupção ou fraude processual poderiam acontecer de forma muito facilitada.

Algumas decisões recentes dos tribunais demonstram a necessidade da existência da cláusula de ordem pública.

Assim o Tribunal de Justiça (Primeira Seção) das Comunidades Europeias decidiu em 2009²² num acordão em um processo de pedido de decisão prejudicial da Corte d'appello di Milano da Itália (Caso Marco Gambazzi / DaimlerChrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company – Processo C-394/07) que um juiz de um Estado-Membro requerido pode ter em conta, à luz do artigo 27 alínea 1, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 (EuGVÜ) relativa à ordem pública visada nesse artigo, o fato de o juiz do Estado (aqui o High Court of Justice, England & Wales) de origem ter decidido do pedido do demandante sem ouvir o demandado, que compareceu regularmente perante ele mas foi excluído do processo por um despacho (decisão que impede uma parte de se defender (“debarment”) por não ter dado cumprimento a uma ordem judicial) com o fundamento de que não cumpriu as obrigações que lhe foram impostas por um despacho proferido anteriormente no quadro do mesmo processo, quando, no termo de uma apreciação global desse mesmo processo e face a todas as circunstâncias, concluir que a referida medida de exclusão constituiu uma violação manifesta e desmesurada do direito do demandado a ser ouvido, ou seja concluir que o reconhecimento é contrário à ordem pública do Estado requerido.

Em um outro exemplo a homologação de sentença estrangeira foi negada pelo *Bundesgerichtshof* num caso, em que o requerente conseguiu a decisão judicial através de um ato processual fraudolento²³.

Numa decisão de 2006 sobre o pedido de divórcio de uma cidadã síriana o *Bundesgerichtshof* decidiu, que a proibição vitalícia de divórcio segundo a lei canónica

22. EuGH, Decisão de 2.4.2009, C-394/07 (JO C 141 de 20.6.2009; JO C 83 de 24.11.2007 – Gambazzi vs. Daimler Chrysler Canada Inc.).

23. BGH IPRax 1987, 236, 237; BGH WM 1993, 223, 226.

pode em casos específicos violar o direito do artigo 6, parágrafo 1 da Constituição da Alemanha e por isso ser incompatível com a ordem pública²⁴.

O *Bundesgerichtshof* julgou várias vezes casos sobre os chamados „punitive damages“, do direito dos Estados Unidos. Os “Punitive damages” não existem no direito alemão. Conforme o direito dos Estados Unidos eles são concedidos ao lado da compensação dos meros danos nos casos em que o autor tem atuado de forma intencionada, maliciosa ou brutal. Os “Punitive damages” devem exceder a mera compensação dos danos. Eles tem caráter punitivo, também para evitar atos de vingança do lado da vítima. Em alguns destes casos os tribunais da Alemanha aplicaram a cláusula da ordem pública²⁵.

Numa série de casos os tribunais alemães decidiram sobre a questão da aplicação de normas religiosas do islamismo²⁶.

Assim, casos de poligamia, em que vários casamentos do mesmo esposo foram realizados na Alemanha segundo leis estrangeiras, tem sido frequentes nos tribunais. A poligamia é incompatível com o direito alemão, que só conhece o casamento monógamo (artigo 6 do *Grundgesetz*²⁷), e por isso contraria a ordem pública.

Um casamento realizado nestas circunstâncias pode ser anulado conforme o § 1314 alínea 1 do que Código Civil²⁸. Porém o mesmo casamento polígamo – realizado no exterior – teria que ser reconhecido na Alemanha, quando se tratar dos direitos à uma pensão alimentícia da esposa. Porque, apesar da incompatibilidade da norma estrangeira que permite o casamento polígamo, neste caso o resultado da aplicação, ou seja a obrigação do esposo à pagar uma pensão alimentícia, não teria

24. BGHZ 169, 240 (decisão de 11. 10. 2006 – XII ZR 79/04).

25. Assim BGHZ 118, 312, 334 ff e BGH, decisão de 8. 5. 2000 – II ZR 182/ 98.

26. Também casos que tratam problemas jurídicos-religiosos hinduístas muitas vezes têm relevância para a ordem pública. Porém, devido aos limites deste ensaio estes problemas não podem ser abordados aqui.

27. „Art. 6

(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.

(2) Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

(3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern“..

28. „§ 1306 Bestehende Ehe oder Lebenspartnerschaft

Eine Ehe darf nicht geschlossen werden, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe oder eine Lebenspartnerschaft besteht.....

§ 1314 Aufhebungsgründe

(1) Eine Ehe kann aufgehoben werden, wenn sie entgegen den Vorschriften der §§ 1303, 1304, 1306, 1307, 1311 geschlossen worden ist“.

um resultado, que seria manifestamente contrário aos princípios fundamentais do direito alemão.

Um outro problema tratado com frequência nos tribunais tem sido a possibilidade de normas religiosas do islamismo que permitem o divórcio através de um ato unilateral de expulsão da esposa pelo esposo („Talaq“). Este tipo de norma é manifestamente contrário aos princípios fundamentais do direito alemão pois este direito de expulsão não é concedido à esposa da mesma forma e isso representa uma violação contra os princípios de igualdade entre homens e mulheres do artigo 3 parágrafo 2 da Lei Fundamental da Alemanha²⁹. É verdade que um divórcio particular, ou seja não-estatal, é reconhecido também na Alemanha quando as condições do direito estrangeiro sobre o divórcio, que é aplicado através do artigo 17 da lei introdutória ao Código Civil da Alemanha, tem sido respeitado, inclusive nos casos, em que os motivos de divórcio não são iguais para homens e mulheres. Porém este reconhecimento do divórcio estrangeiro pelo direito alemão não acontece nos casos, em que a norma mostra uma extrema desigualdade dos papéis no casamento e impede de forma geral a igualdade dos direitos e deveres no matrimônio. O direito do homem de divorciar-se da esposa de forma unilateral através de um simples ato de expulsão questiona o casamento inteiro como relacionamento igual e permite o homem de dominar ilimitadamente o relacionamento segundo a sua vontade. Neste tipo de relacionamento a esposa não tem a posição de parceira igual, mas de uma subordinada para o esposo. Este modelo de casamento contradiz o artigo 6 da Constituição sobre o casamento³⁰. Além disso o artigo 1 da Constituição³¹ é violado também, porque é incompatível com a dignidade humana manter as mulheres em um estado de direitos inferiores. Em alguns julgamentos os tribunais decidiram – erroneamente – que a ordem publica não é violada, quando a mulher consente³², enquanto outros tribunais decidiram que já o ato da expulsão constitui um ato humilhante que viola os direitos e garantias fundamentais da Constituição³³.

29. „Art. 3 II GG: GG Art 3

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“.

30. Vide nota de rodapé 27.

31. „Grundgesetz artigo 1:

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“.

32. Assim erroneamente o Superior Tribunal de Justiça, *Bundesgerichtshof*, BGHZ 160, 332.

33. Vide Oberlandesgericht Frankfurt/Main, Iprax 1989, p. 237 s; Amtsgericht München IPRax 82, p. 250.

Normas religiosas do islamismo sobre menores e a guarda tem também sido considerado como violações da ordem pública. Um exemplo foi um caso, em que um casal iraniano se divorciou, o *Bundesgerichtshof* teve que decidir também sobre a guarda dos filhos. O direito iraniano prevê, que o pai tem a guarda de menores depois de três anos (filhos) ou oito anos (filhas) de idade. Esta disposição viola o já mencionado princípio de igualdade do artigo 3 da Constituição e o também protegido direito fundamental à integridade física e moral da criança (artigos 1 paragrafo 1 e 2 paragrafo 1 da Constituição) e à livre desenvolvimento da personalidade (Art. 1 I und 2 I GG)³⁴.

Faz parte deste direito em casos de decisão sobre a guarda a consideração com qual dos pais a criança se desenvolverá melhor. No caso concreto estes critérios indicaram claramente uma decisão no favor da mãe. A norma iraniana inflexível, que previa exclusivamente uma decisão sobre a guarda em favor do pai, por isso contrariava manifestamente a ordem pública alemã.

7. CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS E CONCLUSÃO

Já os poucos exemplos deste ensaio indicam, que ainda hoje existe um número considerável de constelações em que a cláusula da ordem pública precisa ser aplicada. Porém podem ser diferenciados vários graus de necessidade.

Nas transações e relações jurídicas na Europa a cláusula da ordem pública, devido à valores jurídicas comuns e depois de décadas de unificação e adaptação das leis nacionais, hoje precisa ser aplicado somente em raros casos juridicamente excepcionais³⁵. Um sinal visível deste alto nível de adaptação é o fato, que existem planos da UE de revogar completamente em longo prazo a cláusula da ordem pública para aumentar a liberdade das homologações e da aplicação do direito estrangeiro. Além disso o Regulamento (CE) n. 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados³⁶ não contém nenhuma cláusula da ordem pública, o mesmo vale para o Regulamento (CE) n. 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante e o Regulamento (CE) n. 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento que entraram em vigor em 12 de Dezembro 2008 respectivamente em 1 de Janeiro de 2009.

34. Artigo 2, I do Grundgesetz diz: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

35. Vide EuGHE 2000, 2973 Rn. 28.

36. JO L 143 de 30.4.2004.

Quanto à relação dos Estados europeus com os Estados ocidentais a necessidade de usar o „freio de emergência“ da cláusula da ordem pública não desapareceu completamente³⁷, mas diminuiu consideravelmente.

Nas relações jurídicas com os demais Estados a cláusula da ordem pública é aplicada com maior frequência. As – não muito raramente – graves violações dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos humanos e a falta de condições consideradas mínimas e essenciais para um Estado de direito em muitos destes Estados tornam a existência de uma última proteção na forma da cláusula da ordem pública, apesar da unificação e adaptação dos direitos de um certo grupo de países cada vez mais forte, também futuramente absolutamente necessário.

Como a cláusula, na sua função de exceção da regra, deve e tem sido aplicado de forma restritiva pelos tribunais, a restrição das transações pela necessária manutenção da cláusula da ordem pública não será improporcional.

37. Como mostra o exemplo dos „punitive damages“ reconhecidos nos Estados Unidos, mas alheios para os sistemas legais da Europa e considerado manifestamente a ordem pública na Alemanha.

CAPÍTULO XVII

AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS E O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

*Helena Abdo**

Sumário • 1. Introdução – 2. As teorias sobre a natureza jurídica do processo e a origem do estudo acerca das situações jurídicas subjetivas processuais – 3. As situações subjetivas processuais em sua concepção atual – 4. Projeções práticas do estudo das situações subjetivas processuais.

1. INTRODUÇÃO

Embora árido e penoso, o estudo do que venham a ser as *situações jurídicas processuais* é fundamental para a compreensão da dinâmica da relação jurídica processual.

As situações subjetivas são verdadeiros *momentos* de uma relação jurídica; consistem em *frações temporais* de quaisquer relações intersubjetivas reguladas pelo Direito¹, dentre as quais a relação jurídica processual.

Os sujeitos do processo, ou seja, os sujeitos da relação jurídica processual – a saber, as *partes* (aí incluídos os terceiros intervenientes) e o órgão jurisdicional – são titulares de diversas *posições ou situações subjetivas processuais*², decorrentes de sua simples condição de integrantes do processo.

* Helena Abdo é Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo e especialista em Direito Processual Civil Italiano pela Università degli Studi di Firenze, Itália. É autora do livro O Abuso do Processo, publicado pela Editora Revista dos Tribunais, além de diversas outras obras coletivas e artigos jurídicos. É, também, professora e palestrante em Direito Processual Civil e de Direito do Consumidor, em nível de graduação e pós-graduação, em instituições de ensino no Brasil. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e sócia de Marcato Advogados.

1. Nesse sentido, José Maria Rosa Tesheiner, “Situações subjetivas e processo”. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 107, pp. 18-23, jul.-set. 2002.
2. A doutrina costuma usar indistintamente uma ou outra expressão. Os termos situação jurídica subjetiva, ou apenas situação subjetiva, são preferidos por Franco Cordero (*Le situazioni soggettive nel processo penale*. Turim: Giappichelli, 1957), Remo Caponi (*La rimessione in termine*. Milão: Giuffrè, 1996); Emilio Betti (Per una classificazione degli atti processuali. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua, Parte I, 1928, pp. 106-124), entre outros. Em um de seus escritos, Liebman fez referência somente à expressão posição jurídica subjetiva (v. L’opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, volume único, p. 328-343, 1950), assim como o fez Picardi em *La successione processuale*, v. 1, Milão: Giuffrè, 1964. Entretanto, no *Manual de direito processual civil* (Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, principalmente p. 122-123) e no artigo intitulado L’azione nella teoria del processo civile (*in Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Pádua: Cedam, 1950. v. 2), Liebman faz uso de ambas as expressões. Assim também, entre

Consistem essas posições ou situações jurídicas subjetivas em *faculdades, ônus, poderes, deveres e sujeição*.

No passado, falava-se muito em “*direitos subjetivos processuais*”, no lugar de “*situações*” ou “*posições jurídicas subjetivas processuais*”. Contudo, hoje em dia, prefere-se essa segunda denominação, que é muito mais precisa e serve para demonstrar a verdadeira *dinâmica*, o real *movimento* característico do processo.

Na sequência, serão apresentadas as origens do conceito de situação jurídica processual, mediante a análise das teorias que se formaram sobre natureza jurídica do processo, de autoria de James Goldschmidt, Francesco Carnelutti e Elio Fazzalari. Depois, examinar-se-ão a concepção de situação jurídica subjetiva no âmbito do processo e cada uma de suas categorias (poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeição) em particular. Por fim, pretende-se trazer a lume algumas projeções práticas do estudo que ora se propõe.

2. AS TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO E A ORIGEM DO ESTUDO ACERCA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS PROCESSUAIS

O estudo das situações ou posições jurídicas subjetivas processuais nasceu com as investigações acerca da *natureza* do processo, quando a doutrina voltou os olhos para o *interno* do processo civil, isto é, para os *atos* praticados ao longo do arco procedimental e para as *relações* existentes entre os sujeitos processuais³.

As discussões que se seguiram, notadamente a partir do início do século XX, contêm um traço comum que é o recurso à figura das *situações* ou *posições jurídicas subjetivas* para explicar tais fenômenos internos do processo.

Como se verá, apesar de apresentarem algumas divergências, nenhuma das teorias apresentadas a seguir, atinentes à natureza jurídica do processo⁴, prescinde da noção de situações ou posições jurídicas subjetivas processuais.

nós: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. Teoria Geral do Processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, especialmente p. 280-282. Elio Fazzalari, de sua parte, parece distinguir uma e outra categoria, ao afirmar que a *situação subjetiva* seria mais ampla que a *posição subjetiva*, pois seria formada por um composto ou agregado de posições. Segundo Fazzalari, tal é o caso da ação, que não se constitui em uma mera posição subjetiva, mas sim num conjunto de poderes, faculdades e deveres do autor no processo (*Note in tema di diritto e processo*. Milão: Giuffrè, 1957, p. 112). Aqui, para evitar especificações por demais abstratas, os termos serão utilizados como sinônimos.

3. Cintra; Dinamarco e Grinover relacionam intimamente a prática do ato processual às situações jurídicas processuais. Para tais autores, “ato processual é, portanto, toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção das situações jurídicas processuais” (Teoria Geral do Processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332).
4. As aqui expostas são: processo como *relação jurídica*, como *situação jurídica* e como *procedimento em contraditório*.

A primeira teoria a ser examinada é aquela elaborada por James Goldschmidt. A partir da negação da idéia de processo como relação jurídica – doutrina atribuída a Bülow⁵, Goldschmidt construiu a doutrina do processo como *situação jurídica*.

O jurista alemão sustentou que o conceito de relação jurídica – por pressupor a existência de direitos e correspondentes obrigações – não seria puramente processual e, portanto, não traduziria adequadamente a natureza do processo. Afirmou que os vínculos jurídicos que nascem no processo não seriam propriamente relações jurídicas, pois estas representam um ponto de vista *estático* do Direito.

Assim, o processo só poderia ser visto sob um ponto de vista mais *dinâmico* e não somente *estático*, tal como sugeriam as tradicionais categorias do direito privado.

Com base nessas idéias, afirmou que os vínculos jurídicos existentes no processo traduzir-se-iam em verdadeiras *situações jurídicas*, representadas pelas *chances*⁶ assumidas pelas partes em relação ao provimento final.

Desse modo, em substituição ao esquema “*direito subjetivo-obrigação*” ou “*direito-dever*” (próprio da relação jurídica de direito privado), apareceriam as variadas situações jurídicas, de natureza puramente processual. Tais situações consistiriam em *possibilidades* (de fazer valer o direito em juízo, por meio da prática de atos processuais), *expectativas* (de uma sentença favorável), *perspectivas* (de uma sentença desfavorável) e *ônus* (encargos ou imperativos do próprio interesse, relativos à prática de atos que evitariam uma sentença desfavorável)⁷.

As três primeiras categorias de situações (possibilidades, expectativas e perspectivas) ocupariam o lugar dos *direitos* processuais e a última (ônus) faria o papel das *obrigações*.⁸

Foram diversos os motivos pelos quais a doutrina do processo como *situação jurídica processual* acabou por não se firmar. Dentre eles, destacam-se os seguintes: (i) essa teoria simplesmente ignora a posição e a função do órgão jurisdicional, uma vez que o juiz não é sujeito de qualquer situação jurídica (todas elas referem-se às partes);⁹ (ii) a situação jurídica, tal como configurada por Goldschmidt, não é, na

5. Como esclarece a doutrina, a *idéia* do processo como *relação jurídica* não pode ser atribuída a Bülow, pois ela já era intuída desde o direito romano, quando se afirmara que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (Bulgaro). O mérito de Bülow foi, na verdade, a sistematização da matéria, a partir da afirmação definitiva da existência de *dois planos distintos* de relações: as de direito material e as de direito processual (cf. Cintra; Dinamarco; Grinover. *Teoria Geral do Processo. cit.*, p. 278).
6. Expressão que Goldschmidt utiliza para sintetizar todas as situações jurídicas processuais que imaginou existirem (a saber: possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus).
7. James GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro e notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Barcelona: Labor, 1936, pp. 7-9. Consulte-se também: LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale, *cit.*, pp. 330 e 333-335.
8. James GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil, cit.*, n. 1, pp. 8-9 e n. 33, pp. 194-195.
9. Nesse sentido, Enrique Tullio LIEBMAN, L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale, *cit.*, p. 337.

verdade, o processo, mas sim o seu objeto;¹⁰ e (iii) o processo, ou as relações jurídicas que o compõem, não consistem em apenas *uma* situação jurídica, e sim em um *complexo* de situações jurídicas interligadas¹¹.

Não obstante as críticas recebidas, as lições de Goldschmidt ainda conservam grande importância, especialmente no que diz respeito às noções de *situação jurídica* e de *ônus* processual, conforme observações que serão feitas na sequência do texto.

Contemporaneamente a Goldschmidt, também o processualista italiano Francesco Carnelutti desenvolveu estudos acerca da natureza jurídica do processo, chegando a conclusões parecidas, porém sob perspectiva metodológica diversa.

Enquanto Goldschmidt buscou desenhar conceitos exclusivamente processuais e desvinculados do direito privado, Carnelutti tomou por base um conceito único de relação jurídica e propôs a sua aplicação uniforme a todos os ramos do direito, inclusive ao processo civil¹².

Assim como toda a sua doutrina, a tese de Carnelutti está centrada no conceito de *lide*, que corresponde ao *conflito de interesses* qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro¹³.

Tomando por base tal idéia central, o mestre italiano afirmou que os dois pólos da relação jurídica do direito privado (direito-dever ou direito-obrigação) traduzir-se-iam em dois tipos de situação: a *situação jurídica passiva*, consistente na *subordinação* de um interesse mediante um vínculo imposto à vontade do seu titular e a *situação jurídica ativa*, consistente na *prevalência* de um interesse mediante um *poder* atribuído à vontade do sujeito¹⁴.

Ao refletir, contudo, sobre a estrutura da relação jurídica processual, Carnelutti notou que ela não seria linear ou bipolar, mas constituir-se-ia em um verdadeiro

10. Idem, p. 336. Segundo autorizada doutrina, é justamente essa a diferença fundamental entre a teoria do processo como situação jurídica e como relação processual: nesta última, não existe qualquer liame entre a relação processual e o direito material objeto do processo, enquanto toma por referência a situação em que a parte se encontra relativamente ao direito material, quando o faz valer processualmente (Alcalá-Zamora y Castillo em nota à obra *Derecho procesal civil*, de James Goldschmidt, n. 1, p. 9).

11. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 280.

12. Carnelutti ensinou que o direito em si é uma relação jurídica, o mesmo se podendo dizer do processo: “*il diritto è un rapporto. Il formidabile cervello di Dante Alighieri ha intuito questa verità quando lo ha definito hominis ad hominem proportio. Fare del diritto vuol dire stabilire questa proporzione, per cui l'uno conta di più e l'altro di meno, l'uno sta sopra e l'altro sta sotto, l'uno comanda e l'altro obbedisce o disobbedisce*”. E, mais adiante, afirmou o mestre italiano: “*il processo è bensì un strumento del diritto, ma sta dentro di questo, non fuori da questo; e poiché il diritto è esso medesimo un rapporto anche il processo è un rapporto*” (Dei rapporti giuridici processuali, *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, volume único., 1963, p. 353 e 360).

13. *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua: Cedam, 1936, v.1, n. 14, p. 40. Segundo Carnelutti, a função do processo é, precisamente, a *justa composição da lide* (idem, n. 16, p. 44, e n. 83, pp. 247-248).

14. Idem, n. 11, p. 25-26.

*complexo de fenômenos*¹⁵, que a impediria de ser classificada dentro da tradicional concepção de relação jurídica.

Com efeito, o tradicional esquema pandectista de relação jurídica não seria capaz de explicar as múltiplas relações existentes na realidade do processo, uma vez que admite somente *duas* posições lineares: o *direito* e o correspondente e simétrico *dever* ou obrigação.

Por esses motivos, Carnelutti concluiu seu pensamento vislumbrando a existência de *diversas* categorias de situações subjetivas processuais, que classificou como sendo: direitos subjetivos, poderes, faculdades, ônus, deveres [*obblighi*] e sujeição¹⁶.

Embora a doutrina de Carnelutti seja aquela que mais afinidade guarda com a teoria contemporânea da relação jurídica processual, também merece relevo uma corrente de pensamento da doutrina italiana que encara o processo sob o ponto de vista do *procedimento*. Essa doutrina ficou conhecida como *teoria normativa do direito* e tem como grande expoente o jurista Elio Fazzalari¹⁷.

A teoria normativa do direito abandonou o foco sobre a relação jurídica processual¹⁸ e propôs exame do processo a partir de dois elementos, quais sejam o *procedimento* e o *contraditório*. Concebe, então, o processo como um complexo ou uma série unitária de atos protraídos no *tempo*¹⁹ (procedimento), informado pela garantia da participação (contraditório).

Interessante notar que a *teoria normativa* recebe esse nome porque sustenta justamente a idéia de que o procedimento se resolve nessa série de comportamentos *valorados pela norma* (quer como lícitos, quer como devidos), ordenados em sequência e de modo que cada comportamento ou ato pressuponha aquele ou aqueles que o precedem e condicione aquele ou aqueles que o sucedem.²⁰ Por exemplo, a citação é ato valorado pela norma como lícito e tem por finalidade chamar o réu ao processo

15. Dei rapporti giuridici processuali, *cit.*, p. 360.

16. *Sistema di diritto processuale civile*, *cit.*, n. 22, p. 56. Em doutrina, são variadas as classificações das situações subjetivas processuais, conforme será visto adiante.

17. Não obstante, segundo anota o próprio Fazzalari, deve-se a Enrico Redenti o mérito de ter, em primeiro lugar, abandonado o conceito de relação jurídica processual e proposto, em substituição, o recurso ao *procedimento* no estudo da natureza jurídica do processo (Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana, *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua, volume único:362-380, 1963, p. 372).

18. Para a doutrina em exame, o esquema da relação jurídica não condiz com a realidade porque se refere ao processo como um todo e não à série concatenada de atos que o compõem. Além disso, argumenta-se que a noção de relação jurídica processual não conteria idéia de tempo (atos protraídos no tempo), imprescindível à concepção *dinâmica* do processo. Por fim, a teoria normativa do direito sustenta que nem sempre é possível vislumbrar uma exata correspondência entre as diversas posições subjetivas (minando, portanto, a idéia de *relação*), de modo que seria mais correto falar em sucessão de atos ou comportamentos do que em posições correspondentes umas às outras. Daí o recurso ao procedimento (Elio Fazzalari. *Note in tema di diritto e processo*, *cit.*, pp. 6 e 65-66; e Nicola PICARDI, *La successione processuale*, *cit.*, pp. 49-51).

19. Cf. Nicola PICARDI, *La successione processuale*, *cit.*, p. 57-58.

20. *Idem*, p. 61.

para defender-se. A defesa do réu será, pois, outro ato lícito (porque valorado pela norma como tal) e que sucede o ato de citação, tudo de forma concatenada e dentro da dinâmica do procedimento.

O procedimento representaria, assim, a *sequência* ordenada e lógica de diversas *situações* ou *posições subjetivas*, unidas umas às outras por vínculos de causa-consequência, pois cada uma delas seria, ao mesmo tempo, consequência da precedente e pressuposto da seguinte, até chegar à finalidade última e comum a todos esses atos: o provimento final²¹. Aliás, a sucessão das situações subjetivas processuais seria justamente a circunstância que marcaria a progressão do procedimento.

Consta que a teoria normativa do direito é aquela que goza de maior adesão entre os processualistas italianos contemporâneos²², não obstante a preferência, entre nós, brasileiros, pela teoria da relação jurídica processual²³.

Não interessa, todavia, qual das teorias deve prevalecer ou se o nexo que envolve as *situações* ou *posições subjetivas* decorre da correspondência entre elas (própria da relação processual), ou de um esquema de causa-consequência (inerente ao procedimento).

O mais importante é que nenhuma das principais teorias sobre a natureza jurídica do processo *prescinde das noções de situação ou posição jurídica subjetiva*.

Essa tendência indica que a conduta dos sujeitos processuais sempre pode ser classificada como uma ou mais posições subjetivas processuais (poderes, deveres, faculdades e ônus, todos sob sujeição ao órgão jurisdicional), qualquer que seja a teoria ou o ponto de vista adotados.

3. AS SITUAÇÕES SUBJETIVAS PROCESSUAIS EM SUA CONCEPÇÃO ATUAL

Como visto, é reconhecida a existência de relações jurídicas entre os sujeitos processuais, independentemente da teoria adotada quanto à natureza do processo. Tais relações são, como se disse, *complexas* e diferem do modelo de relação jurídica construído com base no binômio direito subjetivo-dever.

21. ELIO FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 94 e 114.

22. *V.*, a respeito, comentário de Nicola PICARDI, *La successione processuale*, cit., p. 56.

23. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. *Teoria Geral do Processo*, cit., pp. 280-281. A propósito, esses autores entendem que “a presença da relação jurídica no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório”. Assim, concluem acertadamente que a afirmação de que o processo é procedimento em contraditório não exclui a validade do esquema da relação jurídica processual, pois “terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório” (idem, p. 283). A mesma idéia acerca da compatibilidade entre as duas teorias é expressa por Dinamarco na nota 26 da tradução do *Manual de direito processual civil* de Enrico Tullio Liebman, p. 38-39.

A complexidade e a grande particularidade da relação jurídica processual residem justamente no fato de que ela é composta dessas diversas situações ou posições jurídicas subjetivas, as quais, na elucidativa imagem de Liebman, constituem o seu *tecido interno*²⁴.

Para compreender o sentido da locução *situação jurídica subjetiva*, há que se ter em mente os dois elementos que a configuram: o *sujeito* e a sua *conduta*.

Como esclarece Franco Cordero, a expressão “*situação subjetiva*” está a demonstrar que o seu centro de gravidade é o *sujeito*. Ou seja, embora existentes na realidade fática situações impessoais ou objetivas, não se faz referência a elas no processo, pois o que importa é a atuação do *sujeito*²⁵ na *relação jurídica processual*.

Assinala o mencionado jurista que a situação subjetiva diz respeito a uma determinada *conduta* abstrata, ou melhor, a um *comportamento* hipotético previsto na lei e atribuído a um sujeito do processo²⁶.

Também Carnelutti coliga a figura da *conduta* ou do *ato* processual àquela das *situações subjetivas* processuais. Partindo da noção de situação subjetiva como o *modo-de-ser* de um sujeito relativamente a um conflito, afirma que não se pode conceber o ato jurídico processual sem que preexistam um *poder* ou um *dever* de quem o pratica, da mesma forma que todo *poder* ou *dever* opera-se por meio de um *ato* de seu titular²⁷.

A partir das considerações *supra*, pode-se entender, tal como faz Franco Cordero, que a situação subjetiva equivaleria, assim, à posição na qual se encontra um *sujeito* que detém todas as *condições* para a eventual *prática de um ato* ou *exercício de um comportamento*, o qual será valorado positiva ou negativamente, segundo a sua conformidade ou não com um modelo previamente estabelecido na norma²⁸.

Aplicando o conceito a um exemplo prático, tem-se: o sujeito *passivo* (e somente ele) é titular do *poder* de propor demanda reconvenção (CPC, art. 315). Em outras palavras, apenas o sujeito passivo da demanda é *legitimado* a reconvir, pois é o único que reúne as condições necessárias para tanto, vale dizer, encontra-se em uma *situação subjetiva* que lhe permite praticar aquele *ato* específico.

Como não poderia deixar de ser, existe ainda muita controvérsia na doutrina acerca de *quantas* e *quais* são as situações ou posições subjetivas processuais.

24. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale, *cit.*, p. 339. Vide também Cintra; Dinamarco; Grinover (*Teoria Geral do Processo*, *cit.*, p. 288), no sentido de que a relação jurídica processual é complexa porque representa a *soma* de uma série de posições jurídicas ativas e passivas.

25. *Le situazioni soggettive nel processo penale*, *cit.*, p. 66.

26. *Idem*, pp. 67 e 69.

27. Dei rapporti giuridici processuali, *cit.*, p. 354.

28. *Le situazioni soggettive nel processo penale*, *cit.*, p. 70-71. Nesse mesmo sentido, cf.: Nicola PICARDI, *La successione processuale*, *cit.*, pp. 61 e 78.

Não obstante, é relativamente comum encontrar-se em doutrina a divisão das situações jurídicas subjetivas em duas categorias, de acordo com a conduta nelas expressa: situações jurídicas *ativas* e situações jurídicas *passivas*.

Como já mencionado, o critério de distinção entre situação jurídica ativa e passiva tem como parâmetros, para Carnelutti, a *proteção* (situação ativa) ou a *subordinação* (situação passiva) de um determinado interesse por parte da norma jurídica²⁹.

As situações subjetivas *ativas* correspondem a permissões conferidas pelo ordenamento de realizar determinadas atividades. Destacam-se, entre elas, a *faculdade*³⁰ (conduta permitida que se exaure na esfera jurídica *do próprio agente*) e o *poder* (conduta permitida que se resolve numa atividade destinada a modificar a esfera jurídica *alheia*)³¹.

A faculdade costuma ser confundida com a mera *licitude* da conduta. Todavia, uma e outra categoria não se implicam mutuamente, pois também é *lícito* o comportamento conforme ao *dever*, mas seria verdadeiramente paradoxal qualificar um comportamento *devido* como *facultativo*. Daí a necessidade de esclarecer que a faculdade é, sim, uma conduta lícita, mas com a particularidade de exaurir-se na esfera jurídica *do próprio agente* (diferentemente do dever e do poder, que têm por característica a interferência na esfera jurídica alheia, como será explicitado a seguir).

São raríssimas as condutas que se resolvem exclusivamente em meras faculdades processuais (ou *faculdades processuais “puras”*, no dizer de Dinamarco)³². De fato, é difícil imaginar um ato da parte que se esgote plenamente na sua própria esfera jurídica. Pense-se, por exemplo, na faculdade de dar ao ato processual a forma que se desejar, desde que a lei não exija forma determinada (CPC, art. 154), ou ainda na faculdade de apresentar defesa no primeiro ou no último dia do prazo, entre outras³³.

Normalmente, a faculdade – assim como ocorre com as outras situações subjetivas processuais – vem acompanhada de um poder ou de outra situação subjetiva. Por exemplo: a parte vencida no processo tem a *faculdade* de recorrer, mas, quando o faz, também exerce um *poder*, criando para o órgão jurisdicional o *dever* de apreciar o recurso.

29. Nas palavras do referido autor, “*come l’interesse è una posizione dell’uomo (...) così l’interesse giuridicamente protetto o giuridicamente subordinato costituisce ciò che si chiama una situazione giuridica*” (*Sistema di diritto processuale civile*, cit., n. 11, p. 25).

30. Anote-se que Carnelutti classifica a faculdade como uma situação *neutra* e não ativa. A classificação aqui adotada não inclui o *direito subjetivo*, tal como sugerido por Carnelutti, pelos motivos já explicitados no texto deste artigo (*Sistema di diritto processuale civile*, cit., n. 22, pp. 56-57).

31. Cf. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 281.

32. *Instituições de direito processual civil*, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2001, n. 493, p. 203.

33. *Idem*, n. 493, p. 203.

Analogamente à faculdade, o *poder* também tem como característica a permissão de uma conduta. Difere, contudo, daquela porque tal permissão, no poder, tem uma conotação de *supremacia* e não de liberdade³⁴. Caracteriza-se ainda pela produção de consequências jurídicas predefinidas, normalmente o surgimento de uma situação de *dever* perante um outro sujeito diverso daquele detentor do poder. Assim, ao exercer o poder de ação, o autor cria para o Estado o dever de processar a demanda.

Por sua vez, as situações subjetivas *passivas* identificam-se por representar uma necessidade, a qual se resolve em um sacrifício e, assim, na subordinação de um interesse. Entre elas, estão o *dever* (exigência de um determinado comportamento), o *ônus* (faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse) e a *sujeição* (necessidade de obedecer a um comando)³⁵.

O dever é, como dito, uma exigência de conduta, que, normalmente, resolve-se na esfera jurídica alheia. De fato, o dever tem como característica principal o fato de ser realizado no *interesse alheio*, ou seja, de privilegiar um interesse não necessariamente comungado pelo sujeito titular da situação subjetiva de dever³⁶. Daí que o exemplo clássico de dever processual é o *dever de lealdade*. Outro exemplo que comprova o quanto acima afirmado: o dever do juiz de motivar a decisão é realizado no interesse das partes, primordialmente.

Por tais motivos é que se costuma dizer que a função do órgão jurisdicional tem sempre o conteúdo de dever, pois os atos das partes costumam gerar deveres para o Estado-juiz³⁷. Na verdade, não é somente a função do órgão jurisdicional que está vinculada a situações subjetivas de dever, mas também aquela do Ministério Público³⁸.

Os deveres tanto podem ter conteúdo *comissivo* (dever de comparecimento da testemunha, por exemplo) como *omissivo* (dever do juiz de se abster de apreciar e julgar além do pedido – CPC, arts. 2º, 128 e 460).

Na verdade, deve-se reconhecer que a função desses entes públicos, isto é, tanto do órgão jurisdicional quanto do Ministério Público, traduz-se em situações de *poderes-deveres*, pois as *funções* de tais sujeitos são realizadas por meio de situações com esse *duplo* conteúdo³⁹ (o Ministério Público, por exemplo, tem o *poder-dever* de intervir nos casos discriminados em lei, CPC, art. 82).

34. Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., n. 22, p. 57.

35. Idem, n. 21, p. 55 e n. 22, p. 56.

36. Idem, n. 22, pp. 56-57.

37. Franco Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 22 e 268.

38. Idem, pp. 173-174. Embora o autor refira-se ao processo penal, a lição é igualmente válida para o processo civil, especialmente nos casos em que a intervenção do Ministério Público é necessária (CPC, art. 82) ou ele é parte no processo.

39. Nesse sentido, Enrique VESCOVI, *Manual de derecho procesal*. Montevideu: Idea, 1991, p. 279.

Por sua vez, os *ônus* são figuras mais conhecidas, cuja definição flui de forma mais natural, até porque eles estão muito presentes na prática do processo civil (*ônus da prova, ônus de afirmar e de contestar etc.*). Consistem, no dizer de James Goldschmidt, em “*imperativos do próprio interesse*”, ou seja, situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual⁴⁰. A propósito, o grande mérito de Goldschmidt, reconhecido de forma incontestável, foi o de constatar a existência de muito mais *ônus* do que *deveres* no processo.

Explica Friedrich Lent que essa opção do legislador – de criar mais *ônus* do que *deveres* processuais – tem fundamento em dois motivos diversos. Por um lado, as *consequências* a que as partes estão sujeitas em razão do descumprimento de um *ônus* lhe são muito mais prejudiciais do que a aplicação pura e simples das penas processuais; por outro, toda a atividade necessária a forçar a parte ao cumprimento de um dever traz consigo o *risco de retardar* o processo. Por tais motivos, a aplicação de *consequências* imediatas e prejudiciais torna possível, pois, evitar tal perda de tempo⁴¹.

Comum é a confusão entre *ônus* e *dever*. No entanto, há que se ter presente que o *dever* consiste numa exigência de uma conduta, ao passo que o *ônus* traduz-se na repetida idéia de “*imperativo do próprio interesse*” (Goldschmidt) ou “*faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse*” (Carnelutti)⁴². Neste ponto, esclarece Carnelutti que *dever* e *ônus* comungam de um mesmo elemento formal, qual seja a imposição de um vínculo à vontade do sujeito, com a diferença de que, no *ônus*, o vínculo serve ao interesse do próprio sujeito enquanto, no *dever*, ele é imposto no interesse alheio⁴³.

Sob outra perspectiva, também válida, afirma Lent que a distinção entre *ônus* e *dever* está em que, no primeiro caso, a lei confere ao sujeito a faculdade de determinar o próprio comportamento enquanto, no segundo, a norma demonstra desaprovar um determinado comportamento e exige a conduta diversa⁴⁴.

Segue-se, enfim, a categoria da *sujeição*, muito discutida em doutrina. De fato, costuma-se definir *sujeição* como a situação em que se encontram as *partes*, forçadas que estão a suportar os efeitos do provimento jurisdicional, em condição de submissão à autoridade do órgão jurisdicional⁴⁵ (*sujeição ao provimento final, às atividades executivas etc.*).

40. *Derecho procesal civil, cit.*, n. 35, p. 203.

41. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte prima. Trad. Edoardo Ricci. Nápoles: Morano, 1962, n. 26, p. 105.

42. *Sistema di diritto processuale civile, cit.*, n. 21, p. 55.

43. *Idem*, n. 21, p. 55.

44. *Diritto processuale civile tedesco, cit.*, n. 26, p. 105.

45. Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil, cit.*, p. 123.

Parcela da doutrina, porém, não aceita a existência da figura da sujeição, por repudiar a categoria das chamadas *situações inativas*. Para Franco Cordero, por exemplo, a sujeição não seria uma autêntica situação subjetiva, mas um pálido reflexo do poder exercido por outrem⁴⁶.

A esta altura, uma última questão é digna de nota: a existência de uma *correspondência* intrínseca às diversas situações subjetivas. Verifica-se, por exemplo, que o exercício de uma situação subjetiva processual gera, quase que imediatamente, uma situação processual oposta para outro sujeito.

Nesse sentido, o exercício de um *poder* geraria a *sujeição* do outro sujeito e, assim por diante, com relação a todas as demais categorias de situações subjetivas.

Para aqueles que, como nós, adotam a teoria da relação jurídica processual para explicar a natureza jurídica do processo, existe uma perfeita *correspondência* entre as situações subjetivas⁴⁷, de modo que para cada situação subjetiva ativa corresponderia uma situação subjetiva passiva.

Nesse sentido, para Carnelutti, o *poder* (situação ativa) tem como correlativo a *sujeição* (situação passiva), o mesmo ocorrendo entre a *faculdade* e o *dever*⁴⁸. O referido processualista, no entanto, não estabelece claramente uma posição correspondente ao ônus, dando a entender que, por se tratar de uma “*faculdade cujo exercício é condição para a consecução de um interesse*”⁴⁹, o ônus também encontraria seu contraposto no dever.

Portanto o exercício de um poder por um determinado sujeito acarretará a sujeição de outro e, algumas vezes, um dever para esse segundo sujeito. E assim sucessivamente ao longo de todo o arco procedimental⁵⁰.

46. Franco Cordero, Le situazioni soggettive nel processo penale, cit., pp. 79 e 270-271.

47. Interessante é o pensamento de Liebman a respeito do tema: “*la norma sostanziale regola i rapporti tra gli uomini, conferendo diritti soggettivi ed obblighi; la norma processuale crea situazione più complesse, attribuendo all’organo giurisdizionale il potere di dichiarare ed attuare le regole che disciplinano quei rapporti e costituendo per gli interessati delle posizioni soggettive che si integrano e si corrispondono: azione di colui che ha potere sull’attività dell’organ, perché può provocarla; soggezione di colui che vi è sottoposto, perché non può evitarne gli effetti*” (L’azione nella teoria del processo civile, cit., p. 449).

48. A própria definição de relação jurídica processual de Carnelutti demonstra que esse autor acredita em uma correspondência de posições subjetivas no processo, pois a define como “*l’idoneità reciproca di due o più individui a combinarsi in guisa che ne resulti ampliata la sfera di possibilità dell’uno o degli uni e limitata la possibilità dell’altro o degli altri; la quale attitudine o idoneità è ciò che genericamente si chiama potere o dovere*” (Sistema di diritto processuale civile, cit., n. 21-22, pp. 53-55).

49. Idem, n. 21, p. 55.

50. Vale destacar que essas idéias são totalmente refutadas pelos autores que se aproximam da teoria normativa do direito, acima explicitada. Eles criticam a teoria da relação jurídica processual justamente nesse ponto, sustentando que o grande problema dos seguidores da teoria rival é, de fato, o de buscar vínculos de correspondência perfeita entre as diversas posições ou as chamadas pseudoposições. Elio Fazzalari, por exemplo, entende que o vínculo que une as posições jurídicas não é a relação processual, mas sim a incidência sobre um mesmo *objeto*. Dessa forma, a faculdade de praticar um determinado ato e o

4. PROJEÇÕES PRÁTICAS DO ESTUDO DAS SITUAÇÕES SUBJETIVAS PROCESSUAIS

A esta altura, pode-se indagar qual seria a relevância prática do estudo das situações subjetivas processuais, estudo esse que, como alertado no início, é razoavelmente árido e penoso.

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, há diversas aplicações práticas da teoria, muitas delas ainda aguardando para serem descobertas.

Não é raro que, ao elaborar um conceito ou uma tese, o jurista não se dê conta das inúmeras aplicações a que se prestará a sua criação. Assim ocorreu com Goldschmidt, quando primeiro tratou das situações jurídicas, com o objetivo essencial de explicar a natureza jurídica do processo.

Jamais poderia ele imaginar a importância que o seu conceito de *onus* – conceito *vital* para o processo civil, tal como chegou a afirmar Dinamarco⁵¹ – adquiriria perante a doutrina processual.

Uma das primeiras projeções práticas de relevância advém, justamente, da diferenciação que se pode estabelecer entre o *onus* e o *dever*.

Considerando o que acima se expôs, enquanto o descumprimento do *onus* resolve-se em uma consequência desfavorável circunscrita à própria esfera jurídica do agente, o descumprimento do *dever* tem resultados completamente diversos.

Tome-se, por exemplo, a ausência de apresentação de defesa, no processo de conhecimento, no prazo e na forma devidas (CPC, arts. 297). Trata-se, a toda evidência, de mero descumprimento de *onus* processual, o qual acarretará como consequência a mera aplicação dos efeitos da revelia (CPC, arts. 319 e 320), se for o caso.

Nesse caso, o resultado da omissão do agente em se desincumbir do *onus* é grave e desalentador, mas nada tem a ver com a *penalidade* que costuma ser imposta pelo descumprimento de um *dever*. Não se trata da imposição de uma pena, mas, simplesmente, de consequência atinente ao inadimplemento de um *onus*.

Já no que se refere ao *dever*, sua inobservância acarreta, de fato, a imposição de uma penalidade. Exemplo disso é o preceito contido no art. 600, inciso IV do Código de Processo Civil, segundo o qual configura *ato atentatório à dignidade da justiça* a

correlativo *dever* de abstenção dos demais sujeitos estariam unidos, tão-somente, por dizerem respeito ao mesmo objeto (*Note in tema di diritto e processo, cit.*, p. 83). Em relação a essas críticas, *vide* Franco Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale, cit.*, p. 277; Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo, cit.*, pp. 65-66 e Nicola PICARDI, *La successione processuale, cit.*, pp. 49-51.

51. Fundamentos e alcance do efeito da revelia, *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 2, p. 949.

ausência de indicação, por parte do executado, de bens de sua titularidade passíveis de constrição judicial, após a respectiva e devida intimação.

Antes da reforma implementada pela Lei 11.386/2006, o inciso IV do citado dispositivo continha uma previsão mais simplificada, que somente considerava atentatória aquela conduta do devedor que se abstinha de indicar *onde* se encontravam os bens sujeitos à execução. A redação anterior não dispunha acerca de qualquer dever do executado de indicar *quais* os bens sujeitos à penhora, nem o respectivo valor.

Todavia, esse quadro foi modificado e o dever criado. Assim, feita a intimação, o executado conta com 5 (cinco) dias para dar cumprimento ao dever de informar ao juízo *quais são* e *onde* se encontram os bens passíveis de penhora e sujeitos à execução e, bem ainda, o respectivo *valor*. Se, após decorridos os 5 (cinco) dias, houver *omissão* do executado ou verificação de cumprimento imperfeito do dever em questão, será aplicada a *multa* prevista no artigo 601 do Código de Processo Civil.

Outro exemplo poderá ilustrar a diferença entre o ônus e o dever: segundo as previsões do art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil, a parte detém o *ônus* de alegar e provar e não o *dever* de fazê-lo.

E, com efeito, é muito mais eficaz e adequado estabelecer que a atividade probatória constitui, ordinariamente, um *ônus* para aquele que alega⁵² do que determinar, por exemplo, que a parte teria o *dever* de provar tudo quanto afirma. Ao ter pendente sobre si um ônus dessa magnitude, é evidente que cada litigante procurará provar aquilo que lhe cabe, segundo as regras de distribuição do *ônus* da prova, já que, não o fazendo, terá de sujeitar-se às conseqüências desfavoráveis decorrentes da sua inércia (improcedência do pedido, no caso do autor, ou procedência do pedido formulado pela parte contrária, no caso do réu). Esse mecanismo é, certamente, muito mais eficaz do que a eventual previsão de um *dever* de colaboração consistente em trazer provas aos autos, cujo descumprimento estaria sujeito a penalidades.

Verifica-se, pois, que os ônus representam uma espécie de *força motriz* do procedimento ou, no dizer de Couture, representam uma verdadeira “ameaça” à parte, impelindo-a a praticar o ato, impulsionando, com isso, o processo para o seu fim⁵³.

Outra conseqüência oriunda da aplicação das lições ora estudadas também pode ser divisada: o descumprimento de um dever pode acarretar o surgimento de um poder para outro sujeito processual. Assim ocorre quando o órgão jurisdicional se omite em motivar determinada decisão, o que gera para a parte interessada o *poder* de exigir a motivação, seja pela via da oposição de embargos de declaração, seja pela

52. Excluem-se, evidentemente, as hipóteses menos comuns de inversão do ônus da prova.

53. Fundamentos do direito processual civil, Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, pp. 121-122.

busca da anulação da decisão viciada (CF, art. 93, IX), por meio da interposição do recurso próprio.

Por fim, há, ainda, mais uma projeção prática digna de nota.

A opção pelo exercício de uma faculdade pura não poderá acarretar nenhuma alteração na esfera jurídica alheia, por se tratar de conduta que se esgota na própria esfera jurídica do agente. Assim se o sujeito opta, em cumprimento ao disposto no artigo 169 do Código de Processo Civil, por subscrever uma petição com tinta azul (ou preta), sua opção jamais poderá ser questionada por quem quer que seja, já que se esgota na própria esfera jurídico-processual do agente.

Essas são, em síntese, algumas projeções práticas do estudo que ora se propõe, sem prejuízo, como acima mencionado, de inúmeras outras aplicações que possam se desvendar úteis ou relevantes ao processo civil.

CAPÍTULO XVIII

O QUE É “DEVIDO PROCESSO LEGAL”?

*Humberto Ávila**

Sumário • Introdução – 1. A instituição de princípios e suas implicações: 1.1. O dever de realização dos princípios; 1.2. O dever de proteção da realização dos princípios – 2. A previsão do “devido processo legal” e seu significado: 2.1. “Devido processo legal substancial”; 2.2. “Devido processo legal procedimental” – Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Constituição garante o “devido processo legal” (art. 5º, LIV). Essa expressão tem sido utilizada, pela doutrina e jurisprudência, com duas conotações diferentes e independentes: uma “substancial”, denotativa das exigências de proporcionalidade e de razoabilidade; e uma “procedimental”, indicativa da garantia de um processo adequado ou justo.

Porque a Constituição, embora preveja o “devido processo legal”, não o conceitua nem indica as suas funções, dúvidas surgem relativamente à sua funcionalidade. Essas indagações crescem quando se constata que vários dos elementos normalmente deduzidos do “devido processo legal” são previstos em dispositivos específicos da própria Constituição, gerando a impressão de que a sua previsão expressa é supérflua.

Em razão desse contexto, este artigo tem a finalidade de responder às seguintes indagações: é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”? É consistente separar o “devido processo legal substancial” do denominado “devido processo legal procedimental”? Qual o conteúdo normativo do “devido processo legal” na Constituição Brasileira? É o que se passa a fazer.

1. A INSTITUIÇÃO DE PRINCÍPIOS E SUAS IMPLICAÇÕES

1.1. O dever de realização dos princípios

1.1.1. A Constituição Brasileira instituiu vários princípios. Um princípio é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto,

* Livre-Docente em Direito Tributário pela USP. Visiting Scholar da Harvard Law School - EUA. Doutor em Direito pela Universidade de Munique - Alemanha. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista.

indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal.¹ Embora não descreva quais comportamentos devem ser adotados, a mera instituição de um princípio, portanto, já impõe a adoção daquelas condutas *adequadas e indispensáveis* à sua promoção. Uma conduta inadequada não promove o princípio que legitima seu uso. Erra o alvo. Desvia-se do fim que pretende promover e que justifica sua utilização. O dever de adoção de comportamentos adequados decorre, portanto, da própria positivação de um princípio. O dever de adequação não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio, mas *decorrente* do seu conteúdo normativo. Não há, por exemplo, a proteção da liberdade, “mais” o dever de adequação, mas a proteção da liberdade *de modo adequado*, pelo singelo motivo de que com condutas inadequadas à sua promoção ela não se realiza. Logo, o dever de adequação é decorrência lógica da mera positivação de “um princípio”.

1.1.2. Ocorre que a Constituição não protege, apenas, um fim, mas vários. Como o Estado deve proteger mais de um fim, ao mesmo tempo, ele deve escolher, dentre todos os comportamentos adequados para proteger um, aquele que restringe na menor medida o outro fim, que igualmente precisa ser promovido. A escolha de qualquer outro comportamento revela que o Estado está, sem necessidade, restringindo um fim que também deve promover. O dever de necessidade advém, assim, da própria positivação de vários princípios que devem ser realizados simultaneamente. O dever de necessidade não é, destarte, *independente*, no seu fundamento, dos princípios, mas *decorrente* da sua própria proteção simultânea. Não há, desse modo, a instituição de determinados princípios, “mais” o dever de necessidade, mas a proteção de determinados princípios *na medida do necessário*. Daí a conclusão de que o dever de necessidade é decorrência lógica da positivação de “mais de um princípio”.

1.1.3. A Constituição não protege apenas dois fins, mas um conjunto deles. Como o Estado deve realizar uma pluralidade de princípios, deve fazê-lo adotando comportamentos que produzam efeitos que mais os promovam do que os restrinjam. Por isso, o Estado não pode, a pretexto de promover, em determinado grau, a realização de um fim, escolher um comportamento que cause uma restrição, em maior medida, à realização de outro fim, ou de outros fins. O dever de proporcionalidade decorre, por conseguinte, da própria positivação de um conjunto de princípios, a ser mais promovido do que restringido. Assim, o dever de proporcionalidade não é *independente*, quanto ao fundamento, do conjunto de princípios, mas *decorrente* da sua proteção. Não há a instituição de um conjunto de princípios, “mais” o dever de proporcionalidade, mas a proteção de determinados princípios *de modo proporcional*. Daí resultar que o dever de proporcionalidade é decorrência lógica da positivação de “um conjunto de princípios”.

1. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78.

1.1.4. Para usar uma metáfora, o dever de adequação está para um princípio assim como a sombra está para o objeto que se interpõe entre o sol e o chão. Separar o dever de adequação do princípio que deve ser adequadamente promovido é separar a sombra do objeto que ela projeta. O mesmo vale para os deveres de necessidade e de proporcionalidade: eles não são conteúdos normativos independentes dos princípios a serem realizados, mas deveres implicados na sua própria positivação e que, por mais paradoxal que possa parecer, estruturam a própria realização dos princípios.

1.1.5. O fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside, pois, na própria instituição de princípios. Ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Desse modo, onde houver um princípio, haverá o dever de adequação. Ao instituir dois princípios, está-se, simultaneamente, prescrevendo o dever de promovê-los sem os restringir desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está-se estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade.

1.1.6. Pois bem, a instituição dos princípios de liberdade, ao lado de finalidades estatais cuja persecução os pode restringir, representa, portanto, a própria instituição dos deveres de promoção adequada, necessária e proporcional desses fins. O dever de proporcionalidade está enraizado nos próprios princípios de liberdade. Sendo assim, ele não precisa de um fundamento escrito, pois decorre logicamente de outros fundamentos já escritos. Ele é, por assim dizer, consectário da estrutura teleológica do Direito. Sustentar a carência de um outro suporte físico para o dever de proporcionalidade é pretender criar um fundamento expresso para aquilo que já decorre de uma norma e de um conjunto delas, ou simplesmente negar a sombra que a luz do sol projeta no chão ao irradiar-se sobre o objeto interposto.

1.1.7. O princípio da igualdade, a seu turno, exige que dois ou mais sujeitos ou situações sejam diferenciados em relação a uma finalidade, cuja realização pressuponha o uso de determinado critério que com ela mantenha vínculo de razoabilidade.² Se dois sujeitos forem tratados com base num critério cuja utilização não mantenha pertinência com a finalidade que justifica a diferenciação, haverá violação do dever de igualdade. Embora não termine por descrever quais são os critérios que devem ser usados, a mera instituição do dever de igualdade já impõe a escolha de critérios razoáveis, assim entendidos aqueles que mantêm uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade da diferenciação. O dever de razoabilidade (aqui como exigência de congruência entre critério e fim) decorre, portanto, da própria positivação do princípio da igualdade. Desse modo, o dever de razoabilidade não está

2. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

fora da igualdade, mas *dentro* do seu próprio conteúdo normativo. Não há a proteção da igualdade, “mais” o dever de razoabilidade, mas a proteção da igualdade como exigência de tratamento razoavelmente isonômico. Daí a conclusão de que o dever de razoabilidade faz parte do próprio conceito de tratamento igualitário.

1.1.8. A instituição do princípio da igualdade representa, portanto, a própria positivação do dever de razoabilidade enquanto exigência de congruência valorativa entre critério e finalidade que justifica sua utilização. O dever de razoabilidade está enraizado no próprio princípio da igualdade. Destarte, ele não precisa de um fundamento escrito, pois decorre logicamente de outro fundamento já escrito. Sustentar a necessidade de um outro suporte físico para o dever de razoabilidade é pretender criar um fundamento expresso para aquilo que já decorre de uma outra norma, ou, para seguir a metáfora antes utilizada, é justificar a sombra projetada em elemento outro que não o próprio objeto sobre o qual a luz se irradia.

1.1.9. Essas considerações demonstram que o fundamento dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade são os princípios de liberdade e de igualdade, dos quais são consectários lógicos implícitos. Eles não carecem de um dispositivo que os fundamente normativamente, pois decorrem da própria positivação de princípios.

1.2. O dever de proteção da realização dos princípios

1.2.1. Os princípios podem não ser promovidos ou podem ser restringidos. Eles não serão promovidos se dependerem de condutas que não sejam adotadas. E podem ser restringidos se as condutas que os pretendem promover forem inadequadas, desnecessárias, desproporcionais ou irrazoáveis. Nesses casos, será indispensável um processo, administrativo ou judicial, destinado à sua proteção. Se os princípios não forem promovidos por falta da adoção do comportamento adequado e indispensável à sua promoção, o processo será o meio destinado a forçar a adoção desse comportamento. Se os princípios forem restringidos pela adoção de condutas inadequadas, desnecessárias, desproporcionais ou irrazoáveis, o processo será o meio destinado a eliminar os comportamentos adotados.

1.2.2. O processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade, ou da incidência de regras. O processo não é independente dos direitos fundamentais que se pretende, verdadeira ou supostamente, realizar. O processo, em vez disso, é instrumento para a realização desses mesmos direitos. Daí se dizer que é da própria instituição dos princípios, por exemplo, que surge o direito a um processo justo ou adequado. *Ubi jus, ibi remedium*. Onde há um direito, há um remédio, costuma-se, há muito, dizer.³ A proteção, em outras palavras, é um

3. ORTH, John. *Due Process of Law – a Brief History*. Kansas: UPK, 2003. p. 89.

elemento essencial do próprio direito fundamental.⁴ Isso porque os princípios formais e materiais de um ordenamento jurídico mantêm uma *relação de reciprocidade*, porque as normas materiais são o substrato material das normas formais, e as normas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das normas materiais.⁵

1.2.3. Mas se onde há um direito, há um remédio, e remédio é aquilo que combate o mal, “remédio” é uma expressão metafórica ilustrativa do dever de adequação instrumental: onde há um direito, deve haver um instrumento adequado à sua proteção. O direito a um processo adequado nada mais é do que a consequência mediata da própria proteção de um direito. Sendo assim, o direito a um processo adequado ou justo também não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de uma regra cuja incidência o protege, mas *decorrente* do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegitimamente proclamado. O dever de adoção de um processo adequado ou justo é a uma consequência normativa indireta da proteção de um direito, quer decorrente da aplicação de um princípio, quer da incidência de uma regra.

1.2.4. Para saber, porém, o que é um processo justo ou adequado, é preciso inelutavelmente investigar os mesmos deveres de proporcionalidade e razoabilidade. Isso porque a adequação do processo à proteção dos direitos de liberdade e de propriedade depende da adoção de comportamentos adequados, necessários, proporcionais e razoáveis à protetividade desses direitos. Não se pode saber se uma prova, um prazo ou um procedimento conduz, ou não, à proteção do direito reclamado, sem investigar se a medida adotada para protegê-lo é adequada, necessária, proporcional e razoável à sua proteção.

1.2.5. Os elementos atribuídos ao “devido processo procedimental” não são gratuitos, mas são decorrência do ideal de protetividade dos direitos fundamentais: a existência de contraditório e ampla defesa é adequada e necessária à proteção de um direito, pois sem essas condições as partes não poderão produzir provas e argumentos indispensáveis à demonstração da realização ou restrição do referido direito; a existência de um juiz natural imparcial é elemento adequado e necessário à proteção de um direito, pois sem ele as alegações e as provas produzidas não serão avaliadas de modo a demonstrar a realização ou restrição do direito; as exigências de publicidade e fundamentação dos atos praticados são elementos adequados e necessários à proteção de um direito, pois sem elas as partes não têm como tomar conhecimento dos atos e das razões que podem demonstrar a realização ou restrição do direito; e assim por diante. Desse modo, só o exame de proporcionalidade e razoabilidade é que permitirá verificar se um ato, uma decisão, uma prova, um prazo ou a oitiva de

4. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien. In: *Handbuch der Grundrechte*. Detlef Marten, Hans-Jürgen Papier (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2006. p. 995.
5. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 581.

uma testemunha, por exemplo, são adequados à proteção de um direito. Em outras palavras, só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.

1.2.6. Desse modo, não se pode apartar os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade do direito a um processo adequado ou justo. Sendo o processo adequado ou justo aquele estruturado de maneira proporcional e razoável à proteção do direito fundamental alegado, os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são as próprias medidas do processo adequado ou justo.

1.2.7. As considerações precedentes conduzem, de um lado, à conclusão de que os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são decorrências *diretas e internas* dos princípios de liberdade e de igualdade, e impõem a adoção de comportamentos que contribuam para a existência dos bens jurídicos que compõem os estados ideais de liberdade e de igualdade; de outro, à conclusão de que o direito a um processo adequado ou justo é uma decorrência *indireta e externa* da proteção de direitos, e impõe a adoção de comportamentos que contribuam para a existência dos bens jurídicos que compõem o estado ideal de protetividade dos direitos de liberdade e de igualdade.

1.2.8. A qualificação de adequado ou justo, no entanto, só é verificável por meio dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade: mesmo sendo um ideal instrumental a outro, o ideal de protetividade consubstancia um fim e, como tal, implica os parâmetros teleológicos de aplicação da proporcionalidade e razoabilidade.

2. A PREVISÃO DO “DEVIDO PROCESSO LEGAL” E SEU SIGNIFICADO

2.1. “Devido processo legal substancial”

2.1.1. Considerando que a Constituição garante o “devido processo legal” (art. 5º, LIV), indaga-se: é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”? A resposta é não.

2.1.2. Sendo os princípios de liberdade e igualdade os fundamentos dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, o recurso ao dispositivo relativo ao “devido processo legal” como seu fundamento normativo, quando a Constituição já prevê os princípios de liberdade e igualdade, é desnecessário e redundante. O que se busca no dispositivo referente ao “devido processo legal” já é dado pelos princípios de liberdade e de igualdade. Utilizá-lo como fundamento desses deveres é como querer com uma mão o que já é dado por outra.

2.1.3. Exatamente por isso que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo onde não haja qualquer previsão expressa ao “devido processo legal”. As Constituições brasileiras anteriores a 1988 não continham dispositivos relativos ao “devido processo legal”. Mesmo assim, as exigências de

proporcionalidade e razoabilidade foram aplicadas antes da sua introdução, pela Constituição, em dispositivo específico.⁶ A Lei Fundamental Alemã não contém dispositivo relativo ao “devido processo legal”. Não obstante, as exigências de proporcionalidade e razoabilidade são intensamente aplicadas pela jurisprudência daquele país.⁷ É, pois, equivocado invocar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade.

2.1.4. Enfim, o uso da expressão “devido processo legal substancial”, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do “devido processo legal” é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão “devido *processo* legal substancial” para representá-los; em terceiro lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres *não* estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo.

2.1.5. O uso da expressão “devido processo legal substancial” parece ser, desse modo, apenas uma “bengala” para o intérprete positivista que só enxerga normas onde encontra dispositivos que lhes servem de suporte físico. Ocorre, porém, que esse uso implica buscar, num dispositivo, o que já era dado por outros, inclusive fora do âmbito processual.

2.2. “Devido processo legal procedimental”

2.2.1. A expressão relativa ao “devido processo legal” também é usada no sentido de “devido processo legal procedimental”. Antes de verificar se ela pode ser usada nesse sentido, pergunta-se: é correto usar o “devido processo legal” no sentido de “devido processo legal procedimental” *em contraposição* ao “devido processo legal substancial”? A resposta é negativa.

2.2.2. Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo, é equivocado afirmar que há um “devido processo legal procedimental”, entendido como direito a um processo adequado ou justo, separado do “devido processo legal substancial”, compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade.

6. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 412.

7. ÁVILA, Humberto. *Materiell verfassungsrechtliche Beschränkungen der Besteuerungsgewalt in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 265.

2.2.3. O dispositivo relativo ao “devido processo legal” deve, portanto, ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental. A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.

2.2.4. Como, porém, o ideal de protetividade de um direito fundamental é muito amplo, podendo haver problemas de coordenação, conhecimento e controle relativamente a quais são os elementos que podem ser dele deduzidos, o constituinte não apenas incluiu na Constituição um dispositivo a respeito do “devido processo legal”, como, ainda, fez constar vários daqueles elementos que dele deveriam ser deduzidos: juiz natural (art. 5º, XXXVII), imparcial (art. 95), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV e LVI), motivação (art. 93, IX), publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX), proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI).

2.2.5. Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição.

2.2.6. Sendo o “devido processo legal procedimental” um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de *criar* os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), *interpretar* as regras que já prevêm elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa) e *bloquear* a eficácia das regras que prevêm elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora).

2.2.7. Como vários elementos necessários à promoção do ideal de protetividade já estão previstos na própria Constituição, quer por meio da previsão de ideais mais restritos (princípios da ampla defesa e do contraditório), quer por meio da previsão de comportamentos ou de prerrogativas (regras do juiz natural imparcial, da motivação, da publicidade e da proibição de prova ilícita), além daquelas funções, o princípio do devido processo legal procedimental, ao ascender à posição de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos, que tanto podem convergir quanto divergir relativamente ao fim maior.⁸

8. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 412.

2.2.8. Convém ressaltar, por fim, que o “devido processo legal” é um princípio, assim definida aquela norma que prescreve a realização de um estado ideal de coisas, sem prever os comportamentos cuja adoção irá contribuir para sua promoção. Para essa definição, o que distingue os princípios de outras normas não é a aptidão para receber um peso mediante a criação de regras concretas de prevalência que podem, inclusive, levar ao seu afastamento completo; o que os diferencia é a *natureza do comportamento que eles prescrevem* (aqueles necessários e adequados à realização do estado ideal de coisas), a *natureza da justificação exigida para sua aplicação* (correlação entre os efeitos da conduta e o estado de coisas objeto de realização) e a *medida de contribuição para a decisão* (colaboração para a solução sem apontar para uma em especial).⁹ Portanto, não é elemento essencial dessa definição de princípios a carência de sopesamento e, com ela, a possibilidade de “descarte” diante de outros princípios. O elemento distintivo, em vez disso, é a colaboração para uma decisão, que tanto pode ser por meio de razões preliminares, chamadas *prima facie*, quanto por meio de razões permanentes, denominadas de *pro tanto*, as quais se caracterizam por manter a sua função, de diferentes formas, até o final do processo de ponderação.¹⁰

2.2.9. Essas considerações preliminares são importantes para afirmar que o “devido processo legal” possui a natureza de princípio, sem que isso importe em dizer que ele possa ser objeto de uma ponderação concreta que não lhe atribua peso algum, como seria o caso para aqueles que definem princípio como norma carecedora de ponderação, e ponderação como o processo concreto de criação de regras de prevalência. O princípio do “devido processo legal”, dada a sua natureza instrumental, não pode ser simplesmente descartado no processo de aplicação. Essa constatação é decisiva, tanto para a definição do “princípio do devido processo legal” quanto para a definição dos “princípios”.

CONCLUSÃO

Não é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”. Em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo”, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais. Em segundo lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, em verdade, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou

9. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122.

10. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

justo. E, em terceiro lugar, porque aquilo que o uso da expressão “devido processo legal substancial” quer designar – deveres de proporcionalidade e razoabilidade – também é realizado fora do “processo”.

Igualmente não é consistente separar o “devido processo legal substancial” do chamado “devido processo legal procedimental”. Em primeiro lugar, porque o “devido processo procedimental” não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de determinada regra que o garanta, mas *decorrente* do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegitimamente proclamado. Em segundo lugar, porque só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.

Em face dessas considerações, conclui-se que o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, ainda que com caráter meramente expletivo e, por isso, com positividade expressa desnecessária, deve ser interpretado como fundamento de um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos. Como princípio, exerce as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora relativamente aos atos e normas que o pretendem concretizar. No entanto, considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos.

Todas essas considerações, se verdadeiras, conduzem a uma revisão do uso do princípio do “devido processo legal”, de modo a evitar superposições normativas e tautologias que lhe desgastam a normatividade. Como o Direito depende de processos discursivos para sua realização, o uso inconsistente e incoerente da cláusula do “devido processo legal” está longe de ser uma questão de nomenclatura. É uma questão de fundo.

Que se use o “devido processo legal” apenas como princípio procedimental, aprofundando-se o estudo da sua funcionalidade e deixando que os deveres de proporcionalidade e razoabilidade sejam atrelados aos seus verdadeiros fundamentos normativos – os princípios de liberdade e de igualdade. Todos os princípios agradecem, inclusive o próprio princípio do “devido processo legal”, cuja efetiva realização pressupõe sua adequada compreensão.

CAPÍTULO XIX

**A MEDIAÇÃO E A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O “JUIZ HERMES” E A NOVA
DIMENSÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL**

*Humberto Dalla Bernardina de Pinho**
*Karol Araújo Durço***

“a conciliação desmancha a lide, a decompõe nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem a sua identidade construída antagonicamente¹.”

Considerando o objetivo primordial do presente ensaio no sentido de tratar da mediação e das perspectivas para o processo civil contemporâneo, no ano em que o Projeto² de Lei 4.827 completa dez anos de tramitação no Congresso Nacional, faz-se necessário, previamente, contextualizar o instituto sob uma perspectiva pós-positivista, de um direito como sistema aberto e, ainda, no interior de uma moldura constitucional-democrático-deliberativa de direito e de processo.

Pois bem, para garantirmos tal intento, antes de uma análise específica e dogmática da mediação, é preciso discorrer, ainda que brevemente, sobre a jurisdição em uma perspectiva evolutiva, apontando-se, igualmente, para os objetivos e para um estágio ideal de sua prestação atinente ao modelo de Estado e de sociedade que almejamos construir.

Sendo assim, para facilitar a compreensão das idéias fundamentais que buscaremos a seguir e como premissas jurídico-filosóficas para um entendimento sobre o porquê da necessidade de se buscar outros métodos de solução de conflitos, partiremos de uma singela análise de três modelos fictícios de juiz e de jurisdição, os quais, como veremos, coadunam-se aos três grandes estágios dos Estados ocidentais modernos e pós-modernos.

* Pós-Doutor em Direito (Uconn Law School). Mestre, Doutor e Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UERJ. Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UNESA. Promotor de Justiça Titular no Estado do Rio de Janeiro.

** Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo UFES. Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos UNIPAC. Advogado.

1. RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. Obj. de citação p. 119.

2. A íntegra do Projeto em sua versão mais atual, em como as versões anteriores podem ser conferidas em nosso sítio, em <http://www.humbertodalla.pro.br>, ou no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em 20 de abril de 2008.

Nesse quadro, para cumprirmos esta meta introdutória, possibilitando a visibilidade do enquadramento e do papel da mediação em um contexto jurídico-social mais amplo e interdisciplinar, valemo-nos dos estudos do belga François Ost³ o qual, em artigo intitulado “*Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*” identificou e caracterizou os modelos de juiz a partir dos quais desenvolveremos as considerações propedêuticas que se seguem.

Portanto, partindo dos estudos do referido autor, almejamos realizar uma associação entre cada um dos mencionados personagens e os modelos de Estado de Direito que inspiraram as Constituições dos Estados ocidentais do século XVIII até o século XX, quais sejam, os modelos liberal, social e democrático, para, ao final, sob a égide da construção e do estabelecimento desse último, localizarmos e estudarmos a mediação como método mais amplo, democrático e pluralista de se pacificarem muitos dos conflitos presentes em nossa sociedade.

Assim, uma vez realizada a análise dos ensinamentos de Ost sob a perspectiva dos paradigmas decorrentes de cada um dos modelos de organização estatal citados, buscaremos identificar as vantagens de um juiz do Estado Democrático para os fins almejados pela processualística contemporânea, notadamente sob a perspectiva de um processo participativo e cooperativo e sob a moldura da teoria do discurso e de uma racionalidade comunicativa; apontaremos, também, para a mediação como instância indispensável ao cumprimento de tão elevados escopos jurídico-sociais e como instituto complementar à jurisdição tradicional.

Destaque-se, primeiramente, então, que a associação entre os modelos de juiz e os modelos de Estado sob a égide dos quais aqueles exercem suas funções jurisdicionais não é destituída de sentido e importância. Com a referida associação, portanto, o que se quer fazer compreender é a existência de uma relação interna entre os fundamentos de um Estado e o modo pelo qual é prestada a jurisdição e são pacificados os conflitos no mesmo.

Nessa esteira, a intenção é demonstrar que os mecanismos de atuação das partes envolvidas na relação processual, assim como suas prerrogativas, direitos e deveres, decorrem do sistema institucional do Estado no qual se inserem, bem como os próprios meios de pacificação de conflito.

Por outras palavras, a atividade jurisdicional e a presença dos denominados equivalentes jurisdicionais⁴ (autotutela, autocomposição, mediação e julgamento de

3. OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. < <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 14 de novembro de 2006.

4. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 9ª ed. rev. ampl. atu. Salvador: Juspodivm, 2008. Obj. de ref. p. 74.

conflitos por tribunais administrativos) nada mais é do que um reflexo do modelo de Estado sob o qual esta é exercida.

Em sociedades primitivas a pacificação dos conflitos era feita pela força privada; em Estados despóticos a pacificação dos conflitos confundia-se com o próprio Rei; em Estados liberais a mesma era ditada pela lei do mercado; em Estados sociais a pacificação dos conflitos correspondia ao paternalismo prestacionista; e em Estados democráticos a pacificação dos conflitos deve ser legitimada por um discurso processual intersubjetivo além de reclamar, portanto, métodos outros que a estrita e fria atuação estatal por meio da atividade jurisdicional.

Nesse quadro, fazendo um corte a partir do período moderno e pós-absolutista, o primeiro modelo de juiz a ser tratado corresponde, na lição de Ost, ao juiz Júpiter, o qual se vincula ao paradigma do Estado Liberal.

Assim, apenas para recordar, vale dizer que Estado Liberal⁵ clássico, frente a sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi assinalado por um rígido sistema de limitação de seus poderes a fim de se criar uma esfera de proteção jurídica privada⁶.

Nesse Estado a lei não levava em consideração diferenças na condição social dos indivíduos, pois sua intenção era dar tratamento igual às pessoas somente em sentido formal, devendo ser, portanto, concomitantemente “clarividente e cega”⁷. Este modelo é fruto do pensamento positivista⁸, de um direito codificado cujo pilar central é

5. Luiz Guilherme Marinoni destaca que: “*O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do Ancien Régime. A Administração e os juizes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. [...] Tal princípio, assim, constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa*”. MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: _____ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 14.
6. Ver TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Bologna: Il Mulino, 1976. Obj. de ref. p. 278 e seguintes.
7. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160.
8. “*O positivismo jurídico [...] partindo da idéia de que o direito se resume à lei e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e a busca da vontade do legislador. O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente a objetividade da observação e a experimentação. [...] O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era otada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses*”. MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: _____ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao

a “norma fundamental”. Nas palavras de Ost⁹, a codificação representaria coerência, completude, clareza, não redundância, simplicidade e manejabilidade pondo as coisas simples claras e comunicáveis.

Outra nota caracterizadora do Estado Liberal é que o mesmo representa a passagem de um modelo transcendental de direito de bases metafísicas para um direito racional de base lógico-dedutiva. Sendo, pois, um sistema legislado fechado e autônomo¹⁰ distinguindo-se pelo monismo jurídico (possui uma base soberana: a lei); monismo político (o poder é centralizado nas mãos de um soberano); racionalidade dedutiva (já que de formato piramidal a partir da norma fundamental); e futuro controlado (crença legislativa de uma evolução histórica). Nesse modelo o direito se resumiria a “lei” vista em um sistema piramidal. Desta pirâmide irradiaria toda a justiça¹¹.

Por óbvio, esta formatação de Estado teve repercussão sobre a atividade jurisdicional e os métodos de pacificação de conflito, porque de nada adiantaria conformar a atividade legislativa e permitir que o juiz ou as partes envolvidas no conflito interpretassem livremente a lei em face da realidade social.

Afirmava Montesquieu¹², sobre este sistema, que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”¹³. O método de aplicação do direito nesse modelo de Estado, portanto, é o dedutivo através de um “silogismo subsuntivo” e não existia espaço para os equivalentes jurisdicionais.

O dever do juiz de justificar a decisão é meramente interno, ou seja, a decisão deve ser coerente com o sistema de direito¹⁴, que aqui é considerado apenas como a lei. Por outras palavras, a legalidade é condição necessária e suficiente para a validade da regra¹⁵. A base do direito é a abstração e a generalidade da lei. Assim, também,

Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 17.

9. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 174-175.
10. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 250.
11. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 170, 174 e 175.
12. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 158.
13. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160. Disse ainda Montesquieu: “*não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*”. (Objeto de citação p. 157)
14. LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.
15. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 178.

o acesso à justiça, parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁶, era apenas formal, mas não efetivo, correspondendo a uma igualdade apenas formal.

Tais considerações espelham, exatamente, a ideologia do Estado Liberal que liga liberdade política à certeza do direito¹⁷. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni¹⁸, “a segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei”. A busca do positivismo é pela segurança jurídica, mas não se pode perder de vista que o excesso de positivismo gera o autoritarismo.

Nessa moldura liberal e por percorrer este desencadear de idéias que Montesquieu¹⁹ definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei), concluindo, no seu célebre “Do espírito das Leis”, que os juizes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

Assim, pode-se concluir que o juiz do Estado Liberal possui como dever fundamental a imparcialidade em sentido formal. Ele deve, além disso, policiar o processo evitando desvios do modelo abstrato previsto na lei.

Nas palavras de Ost²⁰, Júpiter é “o homem da lei”. Nesse Estado, o juiz adota uma posição passiva diante do caso, ele não atua na busca da verdade somente fiscaliza a relação processual. É um juiz “mínimo” tal qual o Estado Liberal, um mero *longa manus* da lei.

Sendo assim, a pacificação dos conflitos por um método dialógico de compreensão e cooperação entre as partes, que, como veremos, é a proposta da mediação, não tinha qualquer espaço no referido modelo, o qual buscava a solução dos conflitos no reflexo da legislação prévia e abstrata sobre os fatos, tal qual se vê uma imagem em um espelho ou uma fotografia; não existia, assim, margem para discricionariedade.

Frente a esta conformação, além de ser a jurisdição a única forma de solução das lides, não se cogita neste sistema em deveres de lealdade, de cooperação na busca da verdade. Exige-se tão somente o cumprimento do procedimento previamente previsto em lei, permitindo-se, desse modo, uma atuação puramente estratégica das partes no processo.

16. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002. Obj. de ref. p. 9.

17. Cf. TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Bologna: Il Mulino, 1976. Obj. de citação p. 280.

18. MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.

19. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160.

20. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 177.

Vale dizer que, uma vez driblada a formalidade do procedimento, o participante da relação processual via-se livre de qualquer amarra; não existiam mecanismos de equilíbrio da relação processual. O modelo do Estado Liberal é, pois, subordinado a uma racionalidade instrumental, segundo a qual o próprio direito serve aos fins daquele que institui a lei.

Contudo, não obstante o predomínio do Estado Liberal desde o fim do Estado Soberano, no início do séc. XX, com a revolução comunista russa, iniciada em Moscou em 1917, surge uma grave ameaça à existência da ordem liberal capitalista da Europa.

Foi, pois, diante da ameaça do “fantasma comunista”, e frente aos diversos movimentos sociais no âmbito interno, que os Estados europeus perceberam a necessidade da realização de concessões de caráter assistencial aos seus cidadãos para afastar a possibilidade de uma revolução.

Assim, o Estado Social não tem por finalidade apenas garantir uma esfera de proteção ao indivíduo frente a sua atuação; ele deve garantir mais; deve assegurar não só as liberdades clássicas mas também os efetivos mecanismos para o seu desfrute e exercício. A atividade estatal deixa de ser omissiva para ser comissiva.

O papel preponderante do Estado Social é o fazer. Deve ser garantido ao indivíduo além de sua vida, de sua propriedade e de sua liberdade, direitos como saúde, educação, lazer, trabalho, moradia, seguridade social, etc. Se no Estado Liberal a ótica era a de uma igualdade formal, neste modelo a busca é por uma igualdade substancial ou real.

A base jurídica deste Estado, portanto, não pode ser a rígida e cega base do positivismo clássico. A realização de fins sociais exige um direito mais flexível, adaptável às diferentes realidades fáticas, atento às particularidades do caso concreto.

O agigantamento estatal, a atuação sobre a economia e a adoção de uma Constituição que é um verdadeiro projeto social, exigem um sistema jurídico dinâmico, um sistema aberto de regras, princípios e valores. Neste modelo, ao contrário de um monismo normativo e político, têm-se um pluralismo de fontes diretas do direito e um pluralismo de poderes competentes para emaná-lo.

Diante dessas enormes diferenças entre o presente modelo e o Estado Liberal, não é difícil compreender a guinada de cento e oitenta graus que a atividade jurisdicional e a atuação do juiz sofreram no Estado Social.

Assim, o modelo jurisdicional aqui é fruto do pensamento realista e da jurisprudência sociológica norte-americana. O direito tem por base a jurisprudência²¹, a

21. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 170.

decisão do caso concreto. É um direito materializado²². A figura que representa este modelo é a de um funil (pirâmide invertida).

Não se utiliza mais a dedução do direito a partir de uma “norma fundamental”. Igualmente, não é possível nesse sistema aberto utilizar-se de um simples “silogismo subsuntivo” na aplicação do direito. O juiz passa a ter o dever de confrontação de valores e faz-se necessário recorrer a outros recursos como a ponderação de princípios e a adoção de critérios de proporcionalidade e razoabilidade nas decisões.

O raciocínio neste paradigma também é o inverso daquele do modelo do Estado Liberal, ou seja, a determinação do direito tem origem em uma indução. O direito é construído não a partir de uma norma geral e abstrata, mas das várias decisões judiciais dos casos concretos.

As bases do direito são a singularidade e a concreção de cada caso. É por isso que Dworkin²³ propõe uma reconstrução crítica-racional do sistema de direitos na busca pela decisão correta de cada caso. O direito passa a ser visto como instrumento de realização de objetivos políticos²⁴. Este modelo liga-se a idéia de efetividade e é desformalizado.

O Juiz Hércules, portanto, é um engenheiro social²⁵. Sua posição torna-se mais ativa, embora ainda acima e equidistante das partes. Nesse modelo o juiz é quem diz o direito; é um juiz prestacionista e paternalista, tal qual o Estado Social.

No entanto, não obstante todo este agigantamento da figura do juiz, não foram estruturalmente alterados os deveres e prerrogativas dos demais participantes da relação processual sob a égide do Estado Social e nem estimulado o desenvolvimento dos equivalentes jurisdicionais.

É sabido que dentre as causas da crise e posterior falência deste Estado estão a corrupção, a aplicação do sistema administrativo do Estado Liberal e a falta de participação, controle e parceria por parte dos cidadãos. Esta constatação não é diferente em relação ao modelo judicial e aos métodos de pacificação de conflito. O princípio monológico²⁶ que rege a atuação do juiz e a atividade jurisdicional prestada pelo Estado reduzem os direitos e deveres dos demais atores processuais.

22. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 242.

23. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 260.

24. LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

25. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 177.

26. Sobre a crítica ao princípio monológico ver HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 276-280.

É ao juiz, representante do Estado Paternalista, que cabe toda a construção da decisão. Tal qual no Estado Liberal, não se cogitava em deveres de lealdade, de cooperação ou no direito de participação no desenvolvimento da marcha processual. No modelo de Estado Social cabe a este, e exclusivamente a este, a entrega do direito e a pacificação dos conflitos.

Além disso, se o modelo liberal peca pela ineficiência e distanciamento da realidade; o modelo social vincula demasiadamente a elaboração do direito à figura de um juiz solipsista, impossibilitando a presença da segurança jurídica, fazendo com que o direito perca sua principal função que é a de estabilização social na medida em que cristaliza as expectativas de comportamento²⁷.

Se o excesso de positivismo, como já se disse, leva ao autoritarismo, o excesso de realismo gera a arbitrariedade. E, sendo assim, embora por razões opostas ao modelo de Estado Liberal, mas da mesma forma, na mesma intensidade e com o mesmo grau de incompatibilidade institucional, um método dialógico de compreensão e cooperação entre as partes, tal qual é a mediação, não possui lugar no Estado Social.

Portanto, diante da tarefa hercúlea assumida pelo Estado Social, sua atuação demonstrou-se fadada ao fracasso. Constatou-se que sem uma participação social efetiva e sem a existência de uma parceria com a esfera privada ocorre a falência da esfera pública, formando-se, ainda, um direito ilegítimo, e revelando-se impossível uma real pacificação social.

Esta mesma crítica é feita ao modelo de jurisdição decorrente dessa sistemática. Verificamos a impossibilidade fática do juiz promover uma reconstrução racional do sistema de direitos. Questionamos a “*solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente*”²⁸ por Hércules.

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito, pois, é pela busca de uma efetiva participação dos consociados jurídicos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não-jurisdicionais de solução das lides (autocomposição, mediação etc.).

Nesse sentido falamos no dever de cooperação entre as partes. Nesse modelo prega-se a adoção de um “*procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade*”²⁹. Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado

27. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 72, 242, 246 250.

28. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 277.

29. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 283.

Social deve ser suportado por um juiz Hércules, é deslocado para uma comunidade deliberante³⁰.

Em relação a uma mudança de mentalidade entre os juízes italianos que vai ao encontro de um modelo do Estado Democrático, Calamandrei³¹ já se manifestou nos seguintes termos:

“Certos juízes, ligados à tradição, crêem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma impassível solenidade de ídolos: colocando entre si e os defensores um diafragma de incompreensão e de fátuidade; mas que ‘por sorte’ são na Itália cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper esta barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para o trazerem à discussão as questões essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função; os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil solilóquio de um retórico em face de uma assembléia de sonolentos, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se. Importa ainda aqui, para que as instituições judiciárias correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia”.

De outro lado, passando de uma perspectiva de simples validade jurídica para uma perspectiva da união entre validade e legitimidade do direito como condição de sua eficácia e cumprimento de sua função sócio-integradora, o dever do juiz de justificar sua decisão também se altera. Passa-se de um dever de justificação interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos para um dever que ao mesmo tempo é interno e externo, este último considerado como a necessidade de legitimação procedimental-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão, o que no caso de um equivalente jurisdicional como a mediação já é condição prévia para seu estabelecimento.

Cabe destacar, ainda, que no modelo democrático, tal qual no modelo de Estado Social, o direito é visto como sistema aberto: “*as criações normativas emanam de outras fontes como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do direito, a doutrina etc.*”³².

30. LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

31. CALAMANDREI, Piero, *apud* VAZ, Alexandre Mário Pessoa. Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. Obj. de citação p. 514.

32. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação nota de rodapé 3.

O direito pós-moderno de Hermes “é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados”. O presente modelo é uma dialética entre transcendência e imanência³³. A proposta é de uma “teoria do direito como circulação de sentido”, “um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico”³⁴.

Vale recordar que Hermes é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um interprete, um mediador, um porta-voz. A idéia é a de que o direito, como signo lingüístico que ontologicamente é, sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado; permanece continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico).

Portanto, o direito em um Estado Democrático é líquido e denso ao mesmo tempo. Convém mencionar que o correspondente latino de Hermes (grego) é Mercúrio, representado hoje por um metal de alta densidade que, não obstante, encontra-se no estado líquido. Esta “liquidez jurídica” se dá por meio da equidade e permite ao direito preencher os buracos nas relações sociais. “Somente a lei mesma de circulação do discurso jurídico pode aclarar sua gênese e seu desenvolvimento. [...] Antes de ser regra de instrução, o direito é razão (logos), discurso, significado em suspenso”³⁵.

Esta capacidade de integração social, contudo, só pode ser obtida por uma legitimidade de duplo aspecto. Em um primeiro momento, pela obediência a um procedimento que eleva o dissenso para promover o consenso³⁶. Vejam-se as palavras de Ost³⁷:

“Seja qual for o conteúdo material das soluções que se impõe, o direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública razoável, um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório. [...] A primeira garantia de legitimidade reside no respeito às condições da discussão sem coação. Esse respeito às formas, aos prazos, aos procedimentos é realmente essencial e consubstancial ao direito”.

A mediação procedimental, no entanto, não constitui toda a legitimidade do direito. É preciso se estabelecer um laço necessário entre o respeito ao procedimento e os direitos fundamentais³⁸. O que constitui, precisamente, a idéia de um formalis-

33. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 172.

34. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação p. 181-182.

35. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação p. 187.

36. LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

37. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação p. 190.

38. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 191. Luiz Guilherme Marinoni, a seu turno, afirma que “[...] os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para a (i) interpretação de acordo, para a (ii) eliminação da lei inconstitucional (declaração

mo valorativo que deve abranger ao menos quatro valores fundamentais: segurança jurídica, participação, liberdade e efetividade³⁹.

O núcleo central desse modelo, portanto, é o discurso (racionalidade comunicativa) e a participação. E é exatamente por isso que não só se torna possível, mas necessária a adoção de mecanismos de pacificação dos conflitos cujo foco principal esteja nas partes e não no Estado juiz, tal qual é a mediação, nitidamente mais participativa e dialógica em relação à jurisdição.

No âmbito desta última, porém, o juiz Hermes deve, igualmente, apresentar-se como um mediador da relação entre as partes, deve buscar a todo o momento a conciliação, deve garantir a interação, a cooperação, a lealdade e a boa-fé de todos os participantes do processo.

Possui, também, o dever de equilibrar a relação processual. Sua atuação constitui-se um meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules. O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfechos da relação processual. Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a idéia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto⁴⁰. E tal superação, em verdade, deve ser buscada tanto no interior da própria jurisdição como por métodos não-jurisdicionais de pacificação social, tal qual é a mediação.

Pregamos, pois, tal qual François Ost⁴¹, que diante da complexidade dos casos sociais, do desenvolvimento científico e da globalização, é necessário um resgate da

de inconstitucionalidade da lei), para a (iii) adequação da lei à Constituição (interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto), para a (iv) geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer (controle da omissão inconstitucional) e para a (v) proteção de um direito fundamental diante de outro (aplicação da regra do balanceamento)". MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: _____ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 51.

39. Para um estudo sobre o formalismo-valorativo ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Conferir também: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. rev. São Paulo Saraiva, 2003.
40. Luiz Guilherme Marinoni, tratando das repercussões da transformação do direito sobre a figura do juiz, ensina: "O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais". MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Obj. de citação p. 54.
41. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 193.

velha regra de “prudência” da qual certo direito extrai seu nome. E a institucionalização da prudência se dá exatamente por meio do procedimento e dos equivalentes jurisdicionais.

Isso porque, se de um lado o processo não pode ser organizado arbitrariamente pelo legislador, nem arbitrariamente conduzido pelo juiz sendo dependente do direito material, da Constituição e dos valores, de outro, a jurisdição tem diversos limites em sua atuação social, notadamente sobre o ponto de vista de uma solução legítima e efetiva de muitos dos conflitos a ela submetidos.

Ademais, como ressaltou Ascensão José de Oliveira⁴²: *“O direito não é uma ordem estática e acabada. É antes dinâmica, porque necessariamente se manifesta na ação. E também a ação jurídica, como toda ação, deve ser comandada pela prudência – a prudência romana ou a phronesis dos gregos. [...] O direito aparece-nos assim à partida como uma dialética da ordem e da prudência”*.

Pois bem, fixadas tais premissas fundamentais e indispensáveis ao enquadramento contemporâneo do sistema de direitos e da jurisdição, bem como demonstrada a importância e a necessidade de métodos alternativos de solução de conflitos para se atingirem os escopos do Estado Democrático-deliberativo de Direito, cabe, como próximo passo, ingressarmos em uma investigação de caráter dogmático da mediação, buscando compreender suas especificidades ao mesmo tempo em que almejamos proceder a uma análise crítica de alguns dos pontos polêmicos sobre o tema.

Como já afirmado, neste ano de 2008 o Projeto de Lei 4.827 completa dez anos de tramitação, tendo recebido diversas redações e suscitado um interminável debate sobre o instituto da mediação entre os mais variados setores da sociedade civil.

Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em Lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito⁴³.

Nesse sentido, na mediação não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro.

O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo (discurso racional)⁴⁴, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa.

42. ASCENSÃO, José de Oliveira. Introdução à ciência do Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Obj. de citação pp. 4-5.

43. Projeto "Movimento pela Conciliação" liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponível no sítio <http://www.cnj.gov.br>, acesso em 15 de abril de 2008.

44. Habermas, ao cuidar do discurso racional, afirma: *“E “discurso racional” é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da*

Nessa parte do trabalho, pois, vamos procurar apresentar alguns institutos da mediação e comentar dispositivos do Projeto de Lei que consideramos sejam, ainda, merecedores de maior reflexão.

Nessa linha de raciocínio, entendemos a mediação, numa definição bastante singela, como o instrumento de solução de um conflito, por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial, e que seja detentor de sua confiança.

Esse terceiro, como visto, não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto); e é justamente isso que faz com que as partes procurem o mediador e exponham de forma mais sincera os seus problemas. Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. Como explicaremos mais adiante, a mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Na mesma linha, ao tratar do tema, Maria de Nazareth Serpa⁴⁵, define mediação como “*um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões*”. Sendo que o papel desse interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

José Maria Rossani Garcez⁴⁶ afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de se realizar.

Realmente, a tendência natural das pessoas é a de tentar resolver o problema por si mesmas, sem o auxílio de terceiros. Por vezes, contudo, tal estratégia acaba por

comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 142.

45. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 90.

46. GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. *Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Obj. de ref. p. 35.

tornar o conflito ainda mais intenso e afastar a solução que não pôde ser enxergada pelas partes dado o seu envolvimento emocional.

Ainda na perspectiva conceitual, Roberto Portugal Bacellar⁴⁷ define mediação como uma “*técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas*”.

Normalmente essas pessoas, após um fracassado processo de negociação, chegam à conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo⁴⁸. Buscam, num terceiro, o auxílio para desobstruir a via do consenso, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la⁴⁹.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente comprometida, por conta um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito, daí propormos a mediação como alternativa complementar e não substitutiva à jurisdição ou à arbitragem.

Isso porque, nesses casos, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos. E a referida adjudicação vai assumir, basicamente, a forma de arbitragem ou de jurisdição.

E aqui precisamos deixar um ponto bem claro: assim como a jurisdição, conforme já afirmamos, tem os seus limites (examinada num plano de efetividade, enquanto meio de solução de controvérsias), ou seja, não é o meio mais indicado para conflitos que envolvem relações continuadas com forte componente emocional; também a mediação tem lá suas fronteiras, as quais não devem ser negligenciadas.

47. BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais. Obj. de citação p. 174.

48. No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um “*processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada*”. Obj. de citação p. 147.

49. Afirma João Roberto da Silva que “*a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer; pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade*”. SILVA, João Roberto da. A mediação e o processo de mediação. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004. Obj. de citação p. 15.

Em outras palavras, é um erro pensar na mediação como a panacéia para todos os males, até porque, sua premissa básica é a voluntariedade e a boa fé de seus atores. E aqui vai nossa primeira crítica concreta ao Projeto de Lei; a mediação não deve ser utilizada indiscriminada e genericamente em todos os procedimentos civis. Deve haver um mecanismo de filtragem, de modo a que a mediação seja utilizada, apenas, nas hipóteses nas quais possa ser útil.

Prosseguindo em nossas considerações gerais, podemos dizer que três são os elementos básicos para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas, uma das áreas mais proficuas para a chamada “justiça restaurativa”).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser neutro, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibilidade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e disposto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Para Nuria Beloso Martín⁵⁰, a mediação se caracterizará sempre pelos seguintes elementos: a) voluntariedade; b) eleição do mediador; c) aspecto privado; d) cooperação entre as partes; e) conhecimentos específicos (habilidade) do mediador; f) reuniões programadas pelas partes; g) informalidade; h) acordo mútuo; i) ausência de sentimento de vitória ou derrota.

Desse modo, via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial e ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória.

50. MARTÍN, Nuria Beloso. Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado. Artigo gentilmente cedido pela autora quando ministrou disciplina no Curso de Mestrado em Direito da UNESA em novembro de 2005.

Não custa enfatizarmos que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurarem a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressarem com a demanda judicial. É desnecessário ter um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não obstante, entendemos, de outro lado, que também não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “call center” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário, promovendo-se, ademais, uma ampliação de métodos mais democráticos, participativos e até mesmo mais efetivos de solução dos conflitos.

Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

Porém, o que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto, tal qual faria o Juiz Júpiter. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica, adotando verdadeira postura de um mediador, um pacificador, revestindo-se com as características do Juiz Hermes, tratado acima.

E mais, num momento inicial, como é este em que se encontra o direito brasileiro, requer certa dose de postura educativa e pedagógica, a fim de proporcionar a referida circulação do logos jurídico e não apenas um “inútil solilóquio de um retórico”, conforme afirmou Calamandrei.

Tal postura, nos termos já propostos acima, não só pode como deve ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário⁵¹. Nesse sentido, vale a pena dar uma olhada no “*Alternative Dispute Resolution Act*”⁵² de 1988, em vigor nos Estados Unidos.

A mediação incidental ou judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento, em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do CPC); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (artigo 265, inciso II, c/c § 3º, também do CPC).

51. Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como ultima ratio. Veja-se o excerto adiante transcrito da obra de Eligio Resta: “*A oferta monopolista de justiça foi então incorporada no interior do sistema da jurisdição, delegado a receber a regular uma conflitualidade crescente; tecnicamente aquilo que levou a altos graus de ineficiência o sistema da jurisdição foi um crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. Tecnicamente se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais. (...) Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito, na qual mover-se, me parece que deva ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora quanto ineficaz*”. (RESTA, Eligio [trad. Sandra Vial]. O Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. Obj. de citação pp. 99-100).
52. Seguem os principais excertos do “Act”: “(…)(2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (…)(b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (…)(c) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (b) ACTIONS EXEMPTED FROM CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION- Each district court may exempt from the requirements of this section specific cases or categories of cases in which use of alternative dispute resolution would not be appropriate. In defining these exemptions, each district court shall consult with members of the bar, including the United States Attorney for that district.”. Fonte: <http://www.publaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 30 de setembro de 2007.

Contudo, nas duas hipóteses, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

Voltando à questão da mediação propriamente dita, como já tivemos oportunidade de ressaltar⁵³, de acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador⁵⁴ do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na Justiça do Trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal, que deve ser empreendido com base no diálogo e na cooperação entre as partes, de forma que por meio de tomadas de posição equânimes sejam preenchidas as lacunas existentes em suas relações, atingindo-se um consenso, ou, ao menos, um compromisso leal⁵⁵.

53. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

54. O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*. 2nd edition. Colorado: Westview, 1994. Obj. de ref. p. 24.

55. Vale advertir que um compromisso é um acertamento, uma média entre duas idéias. O consenso, contudo, exige entendimento mútuo, ou seja, a aceitação dos mesmos argumentos pelas mesmas razões. Nesse sentido, ao diferenciar a moral do direito José Pedro Luchi afirma: “[...] na moral o ponto de vista considerado é apenas aquele mais abstrato de uma resolução de conflitos que possa resultar no que é “bom” para todos os envolvidos, enquanto no Direito se inserem também questões da auto-compreensão da coletividade e, então, dos fins e valores e dos meios para realizá-los. Também deve ser incluído o âmbito dos compromissos negociáveis, onde não há possibilidade de entendimento”. LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.143.

Para fins de se promover a mediação, portanto, cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas⁵⁶, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam⁵⁷.

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de co-mediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame (atitude voltada para o entendimento mútuo)⁵⁸.

Desse modo, o elemento principal para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação⁵⁹, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Nesse sentido, o artigo 1º, na redação atual do Projeto, dispõe de forma inquévoa que a modalidade a ser adotada pelo Brasil será a passiva, dando a entender que a chamada mediação ativa (conciliação) não se coaduna com o espírito do legislador.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua. Alguns autores recomendam tratar os dois termos como sinônimos. Entretanto, na Itália⁶⁰ os autores traduzem a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal. Isto com o objetivo de distinguir claramente a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou iminência de um processo (*conciliazione*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial (*mediazione*).

-
56. FISCHER, Roger and William Ury. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.
57. Cf, também, as seguintes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*. New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*. 2nd edition. Colorado: Westview, 1994; e WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*, Minnesota: West, 1983.
58. Para Habermas: “*O acordo no sentido estrito só é então alcançado se os envolvidos podem aceitar uma pretensão de validade pelas mesmas razões, enquanto um entendimento mútuo acontece mesmo quando um vê que o outro, à luz de suas preferências, tem sob circunstâncias dadas boas razões para a intenção declarada, isto é, razões que são boas para ele, sem que o outro precise se apropriar delas à luz de suas próprias preferências*”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 115.
59. WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005. Obj. de ref. pp. 684-690.
60. Conferir, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Porém, considerando que o sistema norte-americano é eminentemente paraprocessual e parajudicial, a proposta brasileira a ele em muito se assemelha. Mantendo a nomenclatura norte-americana, está sendo proposta no Brasil a mediação paraprocessual. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver abrangentemente o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Apesar do acerto do Projeto quanto à opção pela mediação dita passiva, merece crítica o dispositivo que cria uma instância superveniente de conciliação, mesmo após ter sido tentada a mediação em sessão própria, antes ou durante o processo.

Isso se dá pela alteração sugerida pelo Projeto⁶¹ ao artigo 331 do CPC, no sentido de adotar a “early neutral evaluation” do direito norte-americano no bojo da audiência de conciliação.

61. Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. §1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental. §2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos. §3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro. §4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito. §5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz. §6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” (NR)

Pode-se afirmar que esta inovação está em oposição ao Princípio da Duração Razoável do Processo, consubstanciada no artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta de 1988 (inserido pela Emenda Constitucional n.º 45/04), uma vez que o procedimento fica “inchado” desnecessariamente.

Como já referimos, o equívoco está em trazer a atividade mediadora para dentro da instância jurisdicional, ao invés de se tentar tal medida em caráter profilático e prévio.

Diante desses elementos, a seguinte indagação se impõe: A mediação é o modo apropriado para resolver aquele conflito entre aquelas partes?

Esta é a pergunta crítica no começo de qualquer mediação, além de ser a pergunta a ser feita durante todo o processo, tanto pelas partes quanto pelo mediador.

O ponto central em determinar a propriedade da mediação reside em saber se as partes podem lidar justamente uma com a outra. Diferenças na abertura das partes para o processo, a tendência de uma parte em dominar a outra, desigualdade em habilidade (ou disposição) para lidar com o assunto podem se mostrar relevantes.

Achamos válido focar em quatro critérios para avaliar o que será necessário para se obter um processo de mediação bem sucedido:

Cada uma das partes está motivada a mediar (e estão essas motivações consistentes com os objetivos da mediação)?

Estão prontas a serem responsáveis por tomar as decisões que precisam ser tomadas?

Estão dispostas a lidar diretamente uma com a outra (incluindo o conflito)?

Estão abertas a alcançar um resultado que seja aceitável para ambas?

A decisão de mediar ou não deve ser informada, além de ser suscetível à reconsideração. A hesitação da parte deve ser encarada com seriedade; cada parte deve estar disposta a mediar (atitude voltada para o entendimento) para que o processo seja significativo. O mediador tem a responsabilidade de observar esta questão e ajudar a esclarecer seus diferentes elementos.

Entender e deixar explícitas as motivações para mediar pode ser um enorme auxílio para alcançar um resultado.

Por fim, a decisão de ir adiante com a mediação deve ter a concordância de todos os envolvidos. A decisão de mediar ou de continuar a mediar não deve ser afetada por um julgamento. Se as partes não estiverem prontas a trabalhar no contexto da mediação, os fatores indicativos dela devem mudar para que em algum momento adiante a mediação possa ser novamente tentada.

Por outro lado, uma decisão inicial de seguir com a mediação é sempre matéria a ser revisada conforme as partes se confrontem com a realidade de suas diferenças e as decisões que precisam ser tomadas.

A decisão de não mediar ou de interromper a mediação não significa que só reste as pessoas a opção de uma demanda adversarial. É preciso trabalhar todas as possibilidades.

Diante de todas as considerações expostas ao longo do trabalho, fruto de demoradas análises do tema sob os mais diversos ângulos, pensamos que algumas conclusões podem ser expostas, na tentativa de ofertar algum material crítico para os operadores do direito, a partir da introdução no direito brasileiro de uma disciplina positivada para a mediação.

Nessa perspectiva é nosso sentir que o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça não correspondeu ao progresso científico do direito processual⁶². Ademais, ainda estamos longe de atingir, no Brasil, a existência plena de um perfil dos magistrados que se alinhem à postura do Juiz Hermes.

De outro lado, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem bola de cristal e nem “*varinha mágica*”.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar⁶³, a mediação deve ser utilizada, preferencialmente, em disputas envolvendo pessoas físicas que não só mantém entre si um vínculo duradouro que resistirá aquele processo, como também serão influenciadas por ele no futuro.

Deve ser instituído um mecanismo prévio e obrigatório para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

62. “*A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva a insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os ‘justiceiros’)*”. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. WATANABE, Kazuo. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 278.

63. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In Acesso à Justiça: efetividade do processo, [org. Geraldo Prado]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105-124.

O autor, ao ajuizar a petição inicial, deveria alegar (e provar) ao magistrado que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente aquele conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

O juiz, se se convencer das alegações do autor, profere o despacho liminar positivo e determina a citação do réu; se entender, ao contrário, que há espaço e viabilidade para uma solução pacífica, designa uma sessão de mediação (incidental).

A mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados.

Cada mediação envolve um conhecimento mais aprofundado do caso, técnicas específicas para o enfrentamento dos mais diversos tipos de conflitos, o estabelecimento de uma relação de confiança e uma postura ética inquestionável do mediador.

Como já foi referido, inúmeras vezes, ao longo do texto, é imperiosa a mudança de mentalidade entre os operadores do direito; há que se abandonar a cultura da sentença e adotar a cultura da pacificação e do entendimento mútuo.

Tal mudança de mentalidade, contudo, deve ser iniciada nos bancos das faculdades de direito. Disciplinas como “teoria do conflito”, “mecanismos de solução alternativa de conflitos”, “negociação” e “conciliação” devem ser introduzidas nos programas de graduação.

Toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias. Ademais, os escritórios modelos deveriam incluir um período de “*clínica de mediação*”, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico.

Apenas com a mudança na Academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores.

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas; e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição ligada ao fato de que apenas o juiz “Hércules” pode resolver o problema.

O sistema de mediação prévia e incidental deve ser repensado, sob pena de submeter o processo a mais uma desnecessária delonga. É preciso uma racionalização na prestação jurisdicional.

Se, desde o início, fica claro que o cerne da controvérsia não é jurídico, ou seja, não está relacionado à aplicação de uma regra jurídica, de nada adianta iniciar a relação processual, para então sobrestá-la em busca de uma solução consensual. Isto leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres

públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e, não traz qualquer consequência benéfica.

É preciso amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa filtragem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os Princípios do Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo.

Ainda nessa linha de raciocínio, parece ser um verdadeiro despautério cogitar da existência, num mesmo processo, de uma sessão de mediação, uma audiência preliminar e ainda uma AIJ na qual, novamente, tenta-se a conciliação.

Pensamos que, em regra, a conciliação deve ser pré-processual, facultando-se as partes a possibilidade de provocar o Poder Judiciário para obter a homologação do acordo (e com isso mais segurança jurídica para aquela relação); iniciado o fluxo processual, a opção da conciliação fica sempre aberta, mas não cabe mais ao Juiz buscá-la, provocá-la ou mesmo interromper a marcha dos atos processuais no afã obsessivo de alcançá-la. Tal iniciativa deve competir às partes e não ao magistrado.

A questão de ser o mediador um advogado ou não, tem suscitado grandes discussões. Infelizmente, o que move os debatedores não é uma preocupação desinteressada pelo tema. Há um forte “lobby” de setores da advocacia, em oposição ao movimento feito por setores e grupos ligados à psicologia.

Realmente, não nos parece adequado que o mediador seja, necessariamente, um advogado, em nenhuma hipótese. Pensamos que a melhor configuração é a de um mediador não advogado, que pode ser auxiliado por um co-mediador advogado.

Participando da sessão de mediação estarão as partes que poderão levar seus advogados ou solicitar a intervenção de um defensor público ou advogado dativo, naquelas localidades nas quais a Defensoria Pública ainda não estiver estabelecida, ou quando o número de defensores disponíveis não for suficiente para atender a todas as demandas.

Diga-se, de passagem, que o árbitro, que tem poder de julgar, não precisa ser advogado. Por que, então, o mediador deveria ser, já que sua função não é julgar, mas sim auxiliar as partes e entender melhor o problema, aparando as arestas e removendo os obstáculos que impedem o acordo? O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral.

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

É a opção do legislador privilegiar a mediação “passiva”, que não é de nossa tradição.

Desde o ano de 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais, e a consequente “popularização” da justiça de pequenas causas, a população se acostumou com a figura do conciliador nos Juizados Especiais que pratica, na maioria dos casos, a mediação “ativa”, ou seja, interfere no conflito, oferece soluções, sugestões e mesmo valores.

Ao se optar pela mediação passiva, quer se queira ou não, faz-se a escolha por um procedimento mais demorado, profundo e que depende da habilidade do mediador em trazer as partes para um conhecimento mais próximo do problema, fazendo com que enxerguem determinados aspectos, sem, contudo, suggestioná-las ou de alguma forma interferir na sua cognição.

Se não houver um treinamento adequado (que demanda estrutura, tempo e muitas horas de clínica e exercícios) a opção do legislador não passará de uma norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática.

O legislador não menciona a figura do “caucus”, ou seja, a possibilidade do mediador, durante o processo de mediação, reunir-se em separado com apenas uma das partes.

Trata-se de técnica controvertida, mas aceita majoritariamente pela doutrina clássica norte-americana, e que tem por objetivo assegurar que as partes estejam sempre no mesmo nível de compreensão do problema.

Por outro lado, os críticos dessa postura, como os adeptos da Escola de Harvard⁶⁴, lembram que isso traz insegurança e desconfiança para a parte que não participou da sessão privada, podendo frustrar todo o processo, posição essa que, apesar de tornar mais longo e complexo o caminho da solução do conflito, parece, sem dúvida, ser a mais isonômica e transparente.

A efetivação do cadastro e do registro de mediadores é de suma importância, bem como a postura da OAB que, ao contrário das tradições corporativistas, deve dar o exemplo e punir todo e qualquer profissional que contribua, de alguma forma, para o desvirtuamento do processo de mediação.

Não é necessário referir aqui, posto que notórios, os incontáveis casos de falsidade, desvio e abuso de direitos, poderes e prerrogativas por pessoas que, a pretexto de exercerem a função de árbitros, procuravam-se travestir em falsos juizes de direito.

A redação do artigo 34, ao dispor sobre os casos em que não é cabível a mediação parece equivocada.

64. HARVARD LAW SCHOOL. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

A proibição de seu uso no inventário chega a ser absurda, em razão da desjudicialização desse procedimento, promovida pela Lei nº 11.441/07.

Quer nos parecer que a Lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos.

Em outras palavras, o critério para a determinação dos casos nos quais pode ser feita a mediação deve ser *ope iudicis* e não *ope legis*. Havendo dúvida, devem as partes procurar o Poder Judiciário e distribuir uma petição, ainda que com a finalidade de obter apenas a homologação judicial.

O Direito, toda vez que é aplicado como mecanismo de resolução de disputas, deixa marcas na sociedade e talvez aí esteja sua grande vantagem, a estipulação de comportamento futuro como parte de sua função educativa e protetora.

Entretanto, quando é instrumento de determinação de perda ou ganho em um conflito, concorre sempre para a multiplicação ou potencialização do conflito.

Como é preciso encerrar em algum momento e as matérias suscitadas nesse texto abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de dizer, por último, que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos, sendo, pois, mecanismo que se alinha perfeitamente ao modelo democrático-pluralista do juiz Hermes, ao postulado da máxima cooperação⁶⁵ e, ainda, à moldura da teoria do discurso e de uma racionalidade comunicativa.

Parece-nos que ao longo da (recente) tradição democrática brasileira, talvez até mesmo como uma expressão da *mea culpa* do Estado, ciente de seu fracasso ao atender as necessidades mais básicas da população, forjou-se a idéia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado.

O cidadão procura o Juiz⁶⁶ “Hércules”, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou

65. Tratando dos modelos normativos de democracia, após preconizar a insuficiência dos modelos liberal e social, Hermes Zaneti Júnior aponta para a máxima cooperação processual como única forma capaz de dar conta das complexidades do Estado Democrático de Direito. Vejam-se as suas palavras: “*A proposta que se entende deva prevalecer é a que reconhece a “máxima cooperação”, como observância da participação das partes e como alternativa aos discursos antagônicos, uma composição fundada na tentativa de harmonizar, pelo discurso e pela “pretensão de correção”, a contraposição entre os objetivos sociais e as liberdades individuais do processo*”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação pp. 165-166.) Sobre o Princípio da Máxima Cooperação no Processo conferir, também: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. In: *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, pp. 55-84, jun. 2003.

66. “*A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas esqueceu como resolver conflitos em meio a essas mesmas necessidades e interesses delegando poderes que só ela*

se não vem do jeito que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas idéias permitirá que o procedimento da mediação seja gravado com as mesmas garantias inerentes ao processo judicial num Estado Democrático de Direito, viabilizando e justificando esse meio alternativo dentro da exigência de um processo “justo”, na ótica da moderna doutrina processual italiana⁶⁷ e obediente aos postulados clássicos do *due process of law*.

BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La Mediación y el Acceso a Justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Juiz contemporâneo deve ser um pacificador*: Notícia veiculada no endereço eletrônico www.stj.gov.br, em 25/08/2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, In Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa UnB, 2003. Disponível no sítio <http://www.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>, consultado em 06.12.2006.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais - a nova mediação paraproccssual*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breve notícia sobre la conciliación em el proceso civil brasileño*, In Temas de Direito Processual, 5ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.
- CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación: Instrumentos apropiados para la abogacia moderna*. 2.ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, In Revista de Processo, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz". SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

67. Ver, por todos, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo"* (Modelli a confronto) in Revista de Processo, vol. 90, ano 23, abr-jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 95-148; _____, *Garanzie Minime del "Giusto Processo"* Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani in Revista de Processo, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159-176; TARZIA, Giuseppe. *L'Art 111 Cost. e le Garanzie Europee des Processo Civile* in Revista de Processo, vol. 103, ano 26, jul-set/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 156-174.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 9ª ed. rev. ampl. atu. Salvador: Juspodivm, 2008.
- FISCHER, Roger and William Ury. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*, *In Harvard Law Review* 353. 1978.
- GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition. New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.
- GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20/12/2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Conciliação extrajudicial no quadro participativo*, *in Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials*. Cambridge, Massachusetts, June, 2004.
- LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. *In: Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.
- _____. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. *In: Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. *In: _____* (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66.
- _____. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.
- _____. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTÍN, Nuria Belosso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. *In Revista de Direito Privado* nº 24, out./dez. 2005 (coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *La regeneración de la democracia y del demos a través de la deliberación: democracia liberal, democracia republicana y democracia neoconstitucional*. Artigo cedido pela autora em 02.05.08, a ser publicado na Revista Jurispoiesis da UNESA.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

- MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.
- MNOOKIN, Robert H. *Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict*, *The Ohio State Journal on dispute resolution*. vol. 8, nº 2, 1993.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372.
- _____. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. rev. São Paulo Saraiva, 2003.
- _____. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. In: *AJURIS*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, pp. 55-84, jun. 2003.
- OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes*: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 14 de novembro de 2006.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, In Revista Dialética de Direito Processual, vol 17. São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.
- _____. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SERPA, Maria de Nazareth Serpa. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SILVA, João Roberto da. *A Mediação e o Processo de Mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes). São Paulo: DPJ, 2005.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CAPÍTULO XX

O NEOPRIVATISMO NO PROCESSO CIVIL¹

*José Carlos Barbosa Moreira**

1. Ao longo dos últimos anos, reformas processuais em vários países têm tratado de reforçar os poderes do juiz na direção do feito e na atividade de instrução. A idéia subjacente a essas reformas, ocioso ressaltar, é a de que o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias. Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito. Há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade. Esse alguém não pode ser outro senão o órgão judicial; por conseguinte, é mister provê-lo dos meios indispensáveis para que ele possa desincumbir-se cabalmente de sua função.

Como é natural, têm variado com o tempo e com o lugar os efeitos práticos das aludidas reformas. É um dado da experiência que, infelizmente, não basta editar normas para alcançar o objetivo que as inspira. Numerosos fatores influem na transfusão dos textos legais para o mundo dos fatos: alguns contribuem para torná-la efetiva, ao passo que outros, ao contrário, a dificultam ou impedem. Será grande ingenuidade supor que, para assegurar o exercício eficaz dos poderes pelos juízes, basta que as leis lhes atribuam. Por outro lado, com freqüência se reconhece que atribuir-lhos é condição necessária, embora não suficiente, para concretizar aquele propósito.

Há, porém, um setor da doutrina ao qual desagrada profundamente a idéia mesma da concessão de muitos poderes ao órgão judicial. Enxerga-se nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo. Para os que assim pensam, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes: nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes do órgão judicial, assevera-se,

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Ex-presidente e presidente honorário do Instituto Ibero-americano de Direito Processual.

1. Publicado in *Rev. de Proc.*, nº 122, *Rev. Bras. de Dir. Comp.*, nº 28, *Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civ.*, nº 34, *Rev. da Acad. Bras. de Letras Jur.*, nº 26, *Rev. Ibero-amer. de Dir. Proc.*, nº 7, *Rev. de Der. Proc.* (Argentina), nº 2/2005, *Cadernos de Dir. Priv.* (Portugal), nº 10, e no vol. col. *Proceso civil e ideología* (coord. Juan Montero Aroca), Valencia, 2006. .

é típico de legislações autoritárias, emanadas de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados. De acordo com esse pensamento, um modelo “garantístico” do processo repele juízes que não se contenham no estrito âmbito da passividade e, por exemplo, se aventurem a buscar, por sua iniciativa, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevantes para a decisão.²

2. Antes de mais nada, cumpre esclarecer um aspecto importante das relações entre regime político e ordenamento processual. Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias.

O direito brasileiro oferece exemplos sugestivos. Leis processuais insuspeitas de autoritarismo foram editadas ou preparadas sob governos militares: v.g., respectivamente, a de nº 4.717, de 29.6.1965, que regula a ação popular, e a de nº 7.347, de 24.7.1985, que disciplina a ação civil pública. Ambas são diplomas de corte manifestamente democrático, onde nada se encontra que fira, de leve sequer, as garantias das partes. Nem foi autoritário, no (mau) sentido político da palavra, o Código de Processo Civil de 1939, editado sob o Estado Novo.

Fenômenos semelhantes ocorreram na Alemanha. Já se demonstrou quão equivocada é a suposição de que refletiriam a ideologia nacional-socialista todas as reformas introduzidas na ZPO após a subida dos nazistas ao poder.³ Uma delas,

-
2. De tal corrente doutrinária são representantes autorizados e notórios CIPRIANI, na Itália, e MONTERO AROCA, na Espanha. Para poupar ao leitor uma tediosa multiplicação de citações, a cada passo do presente escrito, indicamos aqui, de ambos os autores, alguns dos principais trabalhos dedicados ao assunto: do italiano, *Nel centenario del Regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)*, in *Ideologie e modelli del processo civile*, Nápoles, 1997, págs. 27 e segs.; *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. di dir. e proc. civ.*, vol. LVI (2002), págs. 1.243 e segs.; *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. di dir. proc.*, vol. LVIII (2003), págs. 455 e segs.; do espanhol, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, conferência pronunciada nas XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, no vol. de *relatorios y ponencias*, San José, 2000, t. II, págs. 285 e segs.; *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. ital. de Vittorio Bratelli e Nicoletta Magrino, Nápoles, 2002; *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, in *Rev. Iberoamericana de Der. Proc.*, nº 6, págs. 15 e segs. Tentaremos discutir os argumentos mais importantes expostos e reiterados nesses trabalhos, sem especificar, por desnecessário, os lanços em que aparecem. A fim de prevenir equívocos, deixamos claro que se trata de dois processualistas ilustres, em cuja produção científica há muito que admirar e louvar, e cuja amizade pessoal – superior a qualquer divergência – extremamente nos honra.
 3. Cf. POPP, *Die nationalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrechts*, Frankfurt-am-Main – Berna – Nova Iorque, 1986, pág. 7.

levada a cabo em 1933, cuidou, significativamente, de reforçar os poderes judiciais de esclarecimento e direção do processo; pois bem, as raízes dessa reforma mergulhavam em trabalhos preparatórios desenvolvidos sob a Constituição de Weimar, e a respectiva orientação permaneceu inalterada mesmo depois de 1945,⁴ o que evidencia a sua perfeita compatibilidade com a redemocratização do país. De outra parte, é oportuno registrar que a *ZPO* de 1877, de origem claramente liberal-individualista, após a divisão da Alemanha continuou em vigor por muitos anos, na socialista *DDR*, que só em 1975 viria a adotar código novo.

O *codice di procedura civile* de 1940 tem sido alvo de críticas que o apontam como produto típico do fascismo. Melhores razões, todavia, parecem as invocadas pelos que lhe negam tal feição.⁵ Nem se afigura exato, aliás, entender que esse código haja pretendido intensificar em grau sensível o exercício de poderes pelo juiz, notadamente no que concerne à atividade instrutória: o art. 115, 1ª alínea (“*Salvi i casi previsti dalla legge (...) il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero*”), decerto não soa como estímulo, na matéria, à iniciativa judicial *ex officio*.

Last but not least: quanto ao Código austríaco, marco histórico da evolução para um processo civil social, se não se pode afirmar que haja nascido em berço democrático – ou, caso se prefira estoura expressão, politicamente liberal –, tampouco se pode ignorar que resistiu à fragmentação do Império e sobrevive até hoje na Áustria democrática de nossos dias, onde se comemorou festivamente, há poucos anos, o seu centenário.⁶

3. Convém pôr em evidência o equívoco fundamental da suposição de que governos autoritários costumem inclinar-se ao fortalecimento de juízes. Os poderes que eles se empenham em fortalecer são, geralmente, os do Executivo, não os do Judiciário.

4. POPP, ob.cit., pág. 11; BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, trad. ital. de Marinelli, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. LVIII (2004), pág. 639.
5. Assim, v.g., um escritor absolutamente insuspeito de qualquer simpatia pelo ideário fascista: TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bolonha, 1980, págs. 255, 281 e segs., espec. 286/8. A exemplo desse autor, não nos deixamos impressionar por determinadas passagens da *Relazione* do Ministro Grandi, que não passam de “*clausole di stile apposte per esigenze politiche contingenti*” (pág. 287).
6. Como já se comemorara, em meados do século XX, o seu cinquentenário: vide o vol. coletivo *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Österreichischen Zivilprozessordnung*, Viena, 1948. A contribuição de LEONHARD, sob o título *Zur Geschichte der österreichischen Justizreform vom 1898*, terminava justamente por lembrar que o código austríaco subsistiu a duas guerras mundiais e a convulsões de inimaginável extensão na vida política e econômica, mas seus fundamentos e princípios determinantes continuaram a representar uma realidade incontroversa na vida jurídica austríaca. (No original: “*Zwei Weltkriege hat Österreichs Zivilprozess überdauert. Erschütterungen des politischen und wirtschaftlichen Lebens von unvorstellbarem Ausmasse sind eingetreten und trotzdem sind die Grundgedanken und massgebenden Grundsätze des Reformwerkes auch heute noch unbestritten und reale Wirklichkeit unseres Rechtslebens*”).

Veja-se o que sucedeu no Brasil, após a chamada revolução de 1964. Logo no Ato Institucional nº 1, de 9 de abril daquele ano, autorizando-se o “Comando Supremo da Revolução” e, em seguida, o Presidente da República a demitir ou dispensar, “mediante investigação sumária”, os titulares das garantias de vitaliciedade e estabilidade, cuidou-se de estatuir que o controle jurisdicional desses atos se limitaria “ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade” (art. 7º e § 4º). Mais radical foi o Ato Institucional nº 3, de 5.2.1966, que simplesmente excluiu da apreciação judicial os atos praticados com fundamento nele próprio e nos respectivos atos complementares (art. 6º). Aos juízes, portanto, os governos militares não concederam poderes novos – muito ao contrário.

Para interessar a regimes autoritários o exercício, por juízes, de poderes extensos, é preciso, em regra, que o Judiciário esteja inteiramente privado de autonomia e reduzido à mera posição de instrumento do Executivo. Não precisamos cogitar aqui desse caso extremo, do qual terá havido exemplos históricos, inclusive no mundo ocidental, mas que hoje será exceção raríssima.

4. O próximo passo de nosso itinerário consiste em pôr à prova a afirmação de que é peculiar a regimes autoritários, imbuídos de desprezo pelas garantias dos jurisdicionados, a concessão ao juiz de poderes instrutórios exercitáveis de ofício. Vamos aplicar o teste a cinco casos: o suíço, o francês, o inglês, o alemão e o brasileiro.

A lei federal suíça que regula o processo civil federal, de 4.12.1947, dispõe no art. 37: “*Le juge n’est pas lié par les offres de preuve des parties; il ne retient que les preuves nécessaires. Il peut ordonner des preuves que les parties n’ont pas offertes*”. A ninguém de juízo são acudirá pensar que a Suíça vivia em 1947 sob regime despótico, ou que a autorização dada ao juiz para ordenar provas *ex officio* fosse eco de uma política autoritária.

A imagem tradicional do processo civil francês era fortemente marcada pelo domínio das partes sobre a iniciativa na instrução probatória. Em 1975, contudo, adotou-se novo *code de procédure civile*, cujo caráter inovador, no particular, se patenteia à vista dos arts. 16: (“*Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles*”) e 143 (“*Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d’office, être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible*”). Consoante frisa a doutrina, assim se erigiu em princípio geral um poder outrora limitado a casos excepcionais.⁷ Já não cabe falar, como noutros tempos, do “papel passivo” do órgão judicial nesse campo.⁸ Suporá alguém que a alteração de rumo haja refletido a opção da França por um regime político autoritário?

7. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2ª ed., Paris, 1998, pág. 483.

8. Assim falava MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1932, pág. 463.

Evolução ainda mais impressionante foi a que se produziu na Inglaterra, berço do chamado *adversary system*, que tradicionalmente confiava às partes, em termos exclusivos, a atividade probatória. Há algum tempo vinham-se notando, naquele país, sinais de mudança, nesse e noutros terrenos. Ela culminou na adoção, em 1998, das *Civil Procedure Rules*, que, se não chegaram a conferir ao juiz, *expressis verbis*, poderes instrutórios exercitáveis de ofício, sem dúvida lhe outorgaram amplas faculdades de controle da atividade probatória – por exemplo: a de emitir instruções no sentido de especificar as questões para as quais deseja prova, a natureza da prova de que carece e a maneira por que ela deve ser apresentada em juízo (*rule 32.1*); a de ordenar à parte, a qualquer momento, que esclareça matéria discutida no processo, ou ministre informação adicional a respeito (*rule 18.1 (10)*); a de determinar que a perícia seja feita por um único *expert*, bem como de dar-lhe instruções sobre inspeção, exame ou experiência que tenha de realizar (*rules 35.7 e 35.8 (3) (b)*); a de nomear assessores para assistir o órgão judicial em assuntos de sua especialidade, inclusive preparando relatórios sobre questões discutidas e aconselhando o tribunal no *trial* (*rule 35.15*). Ampliou-se, por outro lado, o controle do juiz sobre a *disclosure* (nova denominação dada à *discovery*), isto é, sobre o mecanismo pelo qual cada uma das partes pode exigir do adversário elementos probatórios (principalmente documentos) a que de outro modo não teria acesso.⁹ Generalizando o discurso, é possível resumir o sentido da transformação do direito processual inglês nesta fórmula: deslocamento, das partes para o juiz, do comando do processo.¹⁰ Corresponderá porventura tal fenômeno a algum surto autoritário no regime político britânico?

Também a reforma da ZPO alemã, de 2001, ampliou a atuação do órgão judicial na esfera probatória. Antes, podia o juiz ordenar à parte a apresentação de documentos em seu poder, aos quais ela se houvesse referido. Agora, semelhante possibilidade vê-se alargada em duplo sentido: de um lado, a ordem de apresentação pode dizer respeito aos documentos a que o *litigante adverso* se refira; de outro, ela pode dirigir-se igualmente a *terceiros*, desde que isso lhes seja exigível e não ocorra qualquer dos casos de recusa legítima a depor como testemunha (§ 142, 1ª e 2ª alíneas). Não consta que a Alemanha vivesse, na época da reforma, sob regime político autoritário.

9. Sobre o câmbio de rota do processo civil inglês, permitimo-nos remeter o leitor a nossos artigos *Uma novidade: o código de processo civil inglês*, in *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, S. Paulo, 2001, págs. 179 e segs., e *A revolução processual inglesa*, in *Rev. Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, vol. 31, págs. e segs., onde tratamos do assunto com algum desenvolvimento.
10. Expressivos os títulos de dois artigos – um anterior, outro posterior ao advento das *Civil Procedure Rules* – de eminentes processualistas ingleses: ZUCKERMAN, *English Civil Procedure – The Shift Away from Party Control and Orality*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 1 (1996), págs. 65 e segs.; ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”*, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 19 (2000), págs. 19 e segs. Especificamente quanto à matéria probatória, vide, na literatura mais recente, JOLOWICZ, *Civil Procedure in the Common and Civil Law*, no vol. col. *Law, Legal Culture and Politics in the Twenty First Century*, ed. Guenther Doeker-Mach e Klaus A. Ziegert, Stuttgart, 2004, pág. 77: “under the new rules of civil procedure in England, the parties have lost to the judge much of their power to control the evidence brought before the court”.

Enfim, no Brasil, a Lei nº 9.099, de 26.9.1995, estatui no art. 5º: “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. Observe-se que o art. 130 do Código de Processo Civil já autorizava o órgão judicial, “de ofício ou a requerimento da parte”, a ordenar “as provas necessárias à instrução do processo”. O Código, porém, foi editado sob um dos governos militares, e poderia incorrer por isso na suspeita de autoritarismo. Em 1995, vivia o país em pleno regime democrático, politicamente liberal.

É verdade que a História aponta exemplos de Estados autoritários cujas legislações processuais investiam o juiz de poderes amplos, na disciplina da prova e alhures. Isso demonstra somente que nenhum regime político, autoritário ou não, tem exclusividade absoluta nesse âmbito. O reforço dos poderes do órgão judicial é suscetível de conviver com estruturas políticas de cores variáveis, situadas em posições diferentes, quiçá opostas, no espectro político: arbitrário extrair daquele dado ilações categóricas sobre a índole do regime, como se um fosse consequência direta e inexorável do outro. Recorde-se aqui o que ficou dito acima (nº 2) sobre a dose de fluidez que caracteriza a relação entre regime político e ordenamento processual; confirmação inequívoca, na matéria de que estamos cuidando, ministra a experiência histórica. Só fechando os olhos a ela será possível sustentar que poderes maiores para os juízes constituem sinal certo de autoritarismo político.

5. É hora de passar a outra ordem de argumentos, ao nosso ver mais sérios.¹¹ Um deles respeita à definição precisa da função (*rectius*: das funções) que o órgão judicial é chamado a exercer no processo. Desnecessário sublinhar que lhe compete, acima de tudo, julgar o litígio submetido a seu exame. Igualmente óbvio é que, para julgar, lida o juiz com duas espécies de materiais: os fatos e o direito. Em última análise, reduzido o fenômeno à expressão mais simples, o que em substância faz o julgador é aplicar a fatos as normas jurídicas contidas no ordenamento (jurisdição de legalidade) ou, quando e na medida em que lho permita a lei, formuladas por ele próprio (jurisdição de equidade). Deixando de lado este segundo caso, que é excepcional, não há quem não reconheça ao juiz, ademais, a possibilidade de determinar as normas aplicáveis à causa, independentemente de qualquer colaboração das partes, e até em desacordo com as indicações que estas porventura façam (*iura novit curia*). Resta verificar como se põe o juiz diante dos fatos.

11. Nos itens que se seguem retomamos (e, em parte, reproduzimos) argumentação já exposta em vários trabalhos. Pela mesma razão indicada em a nota 1, *supra*, vamos limitar-nos a enumerar os principais, omitindo citações particularizadas que tornariam ainda mais pesada a leitura: *A função social do processo civil e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo* e *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, ambos in *Temas de Dir. Proc., Terceira Série*, S. Paulo, 1984, págs. 43 e segs. e 79 e segs., respectivamente; *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, in *Temas, Quarta Série*, S. Paulo, 1989, págs. 45 e segs.; *O processo, as partes e a sociedade* e *Reformas processuais e poderes do juiz*, ambos in *Temas, Oitava Série*, S. Paulo, 2004, págs. 29 e segs. e 53 e segs., respectivamente.

Na tradição jurídica ocidental, fica reservado à parte que toma a iniciativa da instauração do processo o encargo de especificar o(s) fato(s) a seu ver capaz(es) de fundamentar o pedido – para usar expressão clássica, a *causa petendi*. Ao órgão judicial incumbe averiguar se se deve ou não acolher o pedido à luz desse(s) fato(s): não lhe é lícito acolhê-lo invocando outro(s) fato(s), ainda que porventura esteja convencido da respectiva ocorrência (e da respectiva suficiência para produzir o resultado jurídico pretendido pelo autor). Quanto a fatos suscetíveis de justificar a rejeição do pedido, há os que podem (e devem) ser levados em conta *ex officio* (v.g., no direito brasileiro, a decadência prevista em lei: Código Civil, art. 210) e os que somente podem ser considerados mediante alegação do interessado (exceções materiais ou substanciais; v.g., sempre no direito brasileiro, a prescrição, salvo quando aproveite a pessoa absolutamente incapaz: Código Civil, art. 194).

Resta saber como agirá o juiz para certificar-se da ocorrência (ou não ocorrência) do fato invocado ou conhecível de ofício. Postas de lado hipóteses especiais, que não interessam aqui (por exemplo: a da notoriedade), constitui princípio assente que ao órgão judicial não é lícito valer-se do conhecimento *privado* que porventura tenha do fato; de maneira alguma poderia, v.g., fundamentar sentença condenatória dizendo que assistira da janela de casa ao acidente de trânsito e sabia, por isso, que o réu o causara por sua imprudência. Os fatos precisam estar *provdados nos autos*.

Pois bem: não há dúvida de que, no comum dos casos, a prova produzida o é pela parte a quem o fato aproveita. Bem se compreende: as partes é que se envolveram pessoalmente nos fatos, supõe-se que tenham documentos a eles relativos, saibam quem está em condições de testemunhá-los, e assim por diante. Falta enfrentar esta questão: *quid iuris*, se não vem aos autos a prova de algum fato relevante? Um modo de lidar com tal situação é lançar as conseqüências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. Nessa perspectiva, as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado *onus probandi*: v.g., no Código de Processo Civil brasileiro, o art. 333, cujo *caput* distribui o ônus entre o autor, para o fato constitutivo do alegado direito, e o réu, para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dele.

É essa a única possível solução? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa – e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?

6. Em sentido contrário soem brandir-se dois argumentos principais. Um deles é o de que, ao agir assim, estaria o juiz invadindo o campo de atuação reservado às partes. Não se afigura procedente a objeção. Se, conforme dito acima, para julgar precisa o órgão judicial utilizar duas espécies de materiais – o direito e os fatos –, então a apuração destes, nos lindes oportunamente indicados, entra por força na zona de competência do órgão judicial, como pressuposto do desempenho cabal de sua missão. Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, *bem informado*; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão.

Quando o juiz determina a realização de prova para melhor esclarecimentos dos fatos relevantes, não está, em absoluto, *usurpando* função da parte; não está agindo *no lugar dela*, fazendo algo que *a ela, e só a ela, incumbia fazer*. Sua iniciativa não é, a rigor, um *sucedâneo* da iniciativa da parte: é qualquer coisa de *inerente* à sua missão de julgador. Ele não atua *como substituto da parte*, atua *como juiz* – como juiz empenhado em julgar bem.

De outra banda, se levássemos às últimas conseqüências a separação entre direito e fatos, para excluir toda e qualquer participação do órgão judicial na colheita de dados relativos a estes, por igual razão teríamos de excluir toda e qualquer participação dos litigantes no que concerne àquele. Seria o caso de proibir as partes de invocar disposições legais e de expor argumentações jurídicas... Se o “bloqueio” vale para um lado, há de valer também para o outro!

O segundo argumento é o de que, ao determinar de ofício a realização de prova, o órgão judicial abandona a posição, que lhe é característica, de *terceiro imparcial*, toma partido por um dos litigantes – por aquele a quem a prova irá favorecer. Mas, *primo*, o juiz não é adivinho; não pode saber de antemão a qual dos litigantes será favorável o êxito da diligência probatória. Pense-se, por exemplo, numa perícia: se a ordena *ex officio* o órgão judicial, tanto pode acontecer que o laudo pericial favoreça o autor quanto pode acontecer que favoreça o réu. Conta-se, naturalmente, que a perícia – sob pena de frustrar-se – acabe por favorecer *alguém*, na medida em que esclareça o ponto obscuro; quem será esse *alguém*, no entanto, só depois de concluída a perícia é que se vai saber.

Há mais. A supor-se que o juiz se torna parcial por ordenar *ex officio* a realização de prova, assim beneficiando a parte a quem ela resulte favorável, ter-se-á logicamente de entender que *também a omissão em determinar a prova* compromete a imparcialidade do juiz. É evidente, com efeito, que a falta da prova beneficiará a parte a quem ela resultaria desfavorável, caso se realizasse. Estará o juiz, então, condenado em qualquer hipótese à pecha de parcialidade? O absurdo da conseqüência põe a nu a falsidade da premissa.

O resultado da prova determinada de ofício, quando não se frustra, tem um efeito essencial: dar acesso a mais substancial porção da verdade. Não é ganho

desprezível, desde que se parta da idéia de que interessa tentar descobri-la. Já se sabe, e talvez seja ocioso repetir, a esta altura, que é sempre imperfeito e incompleto o conhecimento humano da verdade. Mas os ordenamentos jurídicos nem por isso a afastam de sua cogitação, nem renunciam a utilizar quanto dela seja possível apreender;¹² do contrário, nem sequer cuidariam de disciplinar as provas, e adotariam com certeza maneiras mais simples e rápidas de decidir litígios, v.g. o sorteio...

7. Alega-se ainda que a atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial é incompatível com a preservação das garantias processuais das partes. O argumento teria alguma consistência se o juiz, ao exercer tais poderes, comprimissem indevidamente o exercício dos direitos conferidos àquelas pela lei. Pode ser que em algum caso específico se incorra nesse grave erro; mas é claro que se tratará de um desvio, não de fenômeno inerente à existência dos aludidos poderes: *accidente*, nunca *substância*.

Determinar *ex officio* que se ouça o depoimento de alguém não significa necessariamente cercar o direito da parte de nomear e fazer ouvir suas testemunhas. Não fica tolhida a parte em seus direitos referentes à prova pericial pelo mero fato de ordenar o órgão judicial, *motu proprio*, a realização de perícia. Raciocinam alguns como se cada gesto do juiz houvesse de erguer obstáculo à atuação da parte: se ele se move, impede-a com isso de mover-se. O raciocínio é evidentemente ilógico.

O exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial perfeitamente se compadece com a preservação das garantias processuais das partes. Pressupondo-se que, como cumpre, elas sejam devidamente científicas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugná-las, caso lhes pareçam descabidas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se descobre que garantia terá sido desrespeitada.

Dir-se-á que os litigantes não de conservar o poder de dispor de seus direitos. Ora, ninguém é forçado a invocar um direito em juízo, nem, por conseguinte, a alegar o fato de que ele se originaria. Mas aí cessa o poder de disposição. Se a parte alega o fato, é porque quer que dele se extraia esta ou aquela consequência jurídica. Impedir o juiz de fazer o possível – observados sempre os limites do pedido e da causa de pedir – para certificar-se de que o fato alegado realmente ocorreu (ou não ocorreu), será atitude manifestamente contraditória. Caso lhe resulte inconveniente, por tal ou qual motivo, a averiguação, tem ainda o litigante, no âmbito das relações jurídicas disponíveis, a opção de renunciar ao direito postulado, e com isso barrar o caminho à cognição judicial. O que de jeito algum se afigura razoável é pretender a

12. Conforme averba ZUCKERMAN, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, no vol. col. *Civil Justice in Crisis*, ed. Zuckerman, Oxford, 1999, pág. 5, “*at the foundation of procedure lies the objective of getting at the truth. This objective lies behind the entire procural organization*”. Nossa impotência para captar a verdade toda não desmerece a busca da parte da verdade que está ao nosso alcance, da mesma sorte que nossa impossibilidade de vencer por inteiro a escuridão da noite não torna menos importante o ato de acender uma lâmpada para iluminar o texto que desejamos ler.

tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, objetar a que o juiz se muna dos elementos necessários para verificar se deve ou não prestá-la nos termos requeridos.

8. Continua o mantra, todavia: “as partes, e não o órgão judicial, é que sabem o que melhor lhes convém”. A esse argumento já se deu resposta em parte, no item anterior; mas há mais que dizer a esse respeito. Ponha-se de lado, aqui, o juiz, que em todo caso deve ter interesse em que seja justo o resultado do pleito, já que fazer justiça é uma das funções principais do Estado, do qual ele é órgão. E considere-se que:

- a) em hipóteses cada vez mais numerosas, ficam sujeitas aos efeitos do julgamento e à própria autoridade da coisa julgada pessoas estranhas ao feito, não raro vastos setores da população; é o que se dá, v.g., no Brasil, nos chamados processos coletivos (exemplo: ação civil pública – Lei nº 7.347, art. 16);
- b) em certos casos, isso acontece com a totalidade dos jurisdicionados, como nas ações diretas de declaração da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) de lei ou de outro ato normativo (Carta da República, art. 102, § 2º; Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 28, parágrafo único);
- c) com bastante freqüência, são atingidos reflexamente pelos efeitos da sentença terceiros titulares de relações jurídicas conexas com a deduzida em juízo, os quais, por isso mesmo, se vêem autorizados (mas não obrigados) a ingressar no processo, na qualidade de assistentes da parte em cuja vitória têm interesse (Código de Processo Civil, arts. 50 e segs.), e bem assim a recorrer das decisões a ela desfavoráveis (art. 499);
- d) visto que sucessivas decisões no mesmo sentido vão formando um corpo de jurisprudência capaz de influir no julgamento de futuros casos análogos, o resultado do processo é capaz de afetar todos quantos se encontrem em situação semelhante à apreciada pelo juiz; o fenômeno alcança intensidade máxima, é óbvio, nos sistemas jurídicos que atribuam eficácia vinculativa a precedentes judiciais, mas não deixa de manifestar-se nos outros, conforme atesta, por exemplo, a proteção dada no Brasil à concubina, por criação jurisprudencial, muito antes que o legislador consagrasse a figura da “união estável”;
- e) mesmo fora desse âmbito, o fato de um julgamento adotar esta ou aquela tese jurídica pode produzir conseqüências relevantes para o ordenamento processual, na medida em que dê margem, v.g., ao cabimento de recursos circunscritos a *quaestiones iuris* e a incidentes como o da uniformização da jurisprudência (Código de Processo Civil, arts. 476 e segs., 555, § 1º).

Tudo isso justifica amplamente a convicção de que a simples dedução em juízo basta para cobrir de nova tonalidade qualquer conflito de interesses entre pessoas, seja qual for a natureza da relação jurídica que as liga. Litígio submetido ao exame

e decisão do juiz deixa de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado.¹³ É o que explica que, salvo casos excepcionais, o julgamento – ao contrário do que sucede, por exemplo, na arbitragem – haja de realizar-se publicamente (Constituição da República, art. 93, nº IX; Código de Processo Civil, art.155). É o que explica, também, que a imprensa divulgue decisões dos tribunais, que revistas especializadas lhes reproduzam os textos, que a doutrina as comente e discuta, que advogados, noutros pleitos, as invoquem – e assim por diante.

Não surpreende, a essa luz, ouvir de vozes autorizadas que hoje o papel primordial do processo civil se está deslocando da simples solução de litígios para a geração de benefícios sociais – numerosos e variados, inclusive o desenvolvimento do direito por meio de decisões judiciais.¹⁴

9. Até agora, aludimos sempre a “partes”, conformando-os a um generalizado modo de dizer. É hora de ressaltar que esse tipo de discurso raia muitas vezes pelo irrealismo e pode resolver-se em perversa hipocrisia. Com efeito, na maioria dos ordenamentos processuais contemporâneos, as partes são, em regra, representadas em juízo por advogados. Quase todas as proposições em que a parte figura como sujeito referem-se, na verdade, a ações ou omissões *do advogado*. Sem dúvida, no rigor da técnica, este atua em nome da parte, e seu comportamento é havido, na maioria dos casos, como comportamento a ela imputável. Por trás desse biombo técnico, entretanto, abre-se profundo abismo.

O advogado pratica (ou deixa de praticar) no processo boa quantidade de atos de que a parte por ele representada nem sequer toma conhecimento pessoal; e, ainda quando o tome, nem sempre estará em condições de valorá-los de maneira adequada. Erros profissionais são capazes de repercutir com grande intensidade na sorte do pleito; vão influir na vida do litigante, apesar da nenhuma participação direta deste no episódio respectivo. Até sanções impostas pela chamada “litigância de má-fé” gravam a parte, não o advogado, embora seja este, as mais das vezes, o único verdadeiro responsável, como ocorre – para nos cingirmos a um exemplo – no oferecimento de embargos de declaração protelatórios (Código de Processo Civil, art. 538, parágrafo único).

13. Vejam-se estes dois passos de BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in Beiträge zum Zivilprozessrecht (Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg)*, Munique – Berlim, 1949, pág. 30, que costumamos citar ao propósito: “*eine Streitsache, die der staatlichen Gerichtsbarkeit unterbreitet ist, keine Privatsache mehr ist* (uma lide submetida à justiça estatal deixa de ser matéria puramente privada”); e “*Durch die Anrufung des Gerichts ist die Streitsache aus dem privaten Bereich gezogen und zu einer öffentlichen Angelegenheit geworden* (Por força do recurso ao juiz, a lide afastou-se do terreno privado e converteu-se em assunto público”).

14. Assim, recentissimamente, JOLOWICZ, art. cit., pág. 76. No original: “*its [do processo civil] primary role has become the provision of the benefits to society that come from the operation of an effective system of civil litigation. These benefits are many and various – not only but including the development of the law through judicial decisions*”

Ora, se a atuação dos advogados é, por assim dizer, decisiva para o desfecho do pleito, não há desprezar a possibilidade de que a diferença qualitativa entre o serviço prestado por um deles e o prestado pelo outro redunde numa distorção de perspectiva que tem muito pouco que ver com a situação real das partes no que tange à matéria litigiosa. O litigante munido de maiores recursos, apto a contratar melhor advogado, goza desde logo de vantagem que desequilibra os pratos da famosa balança da Justiça. Nessas condições, sistema que confie plenamente no confronto de lutadores, ao jeito de competição desportiva, com suposto fundamento na idéia de que “as partes” sabem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses – reduzido o juiz ao papel de mero “árbitro” competente apenas para assegurar a observância de certas “regras do jogo” –, é sistema que anui de bom grado em sacrificar as expectativas de equanimidade no altar de uma quimera.¹⁵

Claro está que semelhante risco só impressionará quem atribua algum valor às noções de verdade e de justiça como ingredientes necessários da composição judicial dos litígios. Para aqueles a quem seja indiferente que se colha ou não a porção de verdade acessível ao espírito humano, e portanto que se faça ou não a justiça possível no plano terreno, tudo quanto ficou dito soará qual mero *flatus vocis*. Mas, se assim for, que necessidade haverá de movimentar – com o inevitável dispêndio de tempo, energias e recursos financeiros – a máquina judiciária? Será preferível confiar a sorte do pleito a algo mais simples, barato e rápido, como uma rinha de galos...

10. É duvidosa a designação que melhor convém ao pensamento criticado neste trabalho. Visto que seus representantes aludem, com aspas manifestamente depreciativas, a processo civil “social”, talvez se pudesse cogitar de designá-la, com análogas aspas, como processo civil “anti-social”. Mas não desejamos ferir, com tão antipático rótulo, as suscetibilidades de juristas ilustres, que nos merecem todo o respeito.

Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de *privatismo*. Sejam, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer –, numa época em que o processo civil era tido e havido como “coisa das partes” (*Sache der Parteien*, segundo a conhecida expressão alemã), tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas.

15. Vale a pena transcrever estas palavras de DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven – Londres, 1997, pág. 101: “Finally, it is important to keep in mind that a competitively organized fact-finding enterprise requires a rough equality of the two sides in dispute in order to be fair. Two one-sided accounts can be expected somehow to cancel out and expose the truth only on condition that the contestants can disburse roughly equal resources in readying their cases for trial. Absent this condition, the resultant force of the two partisan vectors, so to speak, is likely to deviate from the correct view of reality. A weak case brought by a resourceful litigant can appear unduly strong”.

CAPÍTULO XXI

**OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO:
REFLEXÕES SOBRE O TEMA**

*José Henrique Mouta Araújo**

Sumário • 1. A cognição judicial e a formação dos procedimentos – 2. O objeto litigioso e sua ligação com o estudo das questões, da preclusão, da coisa julgada e da declaração incidente – 3. Objeto litigioso e o conceito de mérito.

1. A COGNIÇÃO JUDICIAL E A FORMAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

Antes de se adentrar no tema central deste ensaio, mister refletir acerca da importância do estudo da cognição judicial, partindo da premissa de que ela gera reflexos na formação dos procedimentos e nas técnicas de urgência.

Destarte, analisando os livros do CPC, percebe-se maior grau cognitivo no processo de conhecimento (livro I), se comparado aos de execução e cautelar (livros II e III).

Por outro lado, existem procedimentos nos quais se estabelece cognição diferenciada, como os previstos no Livro IV do CPC.

Não é à toa, *v.g.*, que em mandado de segurança há tutela de mérito, mesmo caracterizado como procedimento especial cujo seqüencial de atos processuais é atípico e exclusivo.¹ Os procedimentos especiais previstos no livro IV do CPC e em legislações extravagantes, em sua maioria, fazem parte do processo de conhecimento, buscam sentença de mérito e são efetivados normalmente mediante técnicas mandamental e/ou executiva (como as ações possessórias, o próprio mandado de segurança, os embargos de terceiro, etc.).

Nestas demandas, a cognição – o grau de conhecimento do juiz acerca dos fatos e do direito discutido – normalmente sofre limitação pela natureza do direito material discutido². A cognição, portanto, reflete na formação dos procedimentos,

*. Doutor e mestre em direito (UFPA), professor de direito processual civil da UNAMA, CESUPA e FACI. Membro do IBDP. Procurador do Estado do Pará e advogado.

1. Sobre o mérito e a coisa julgada no mandado de segurança, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Aspectos envolvendo o direito líquido e certo, a decadência e a coisa julgada no mandado de segurança*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 16. jul 2004. São Paulo: Dialética, 2004.
2. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina também apontam a importância da cognição nos diversos tipos de tutela processual. De acordo com suas lições: “É possível conceber, deste modo,

funcionando como verdadeiro meio de contato entre o processo e o direito material que está sendo tutelado. Aliás, Antônio Cláudio da Costa Machado afirma que: “na verdade, a cognição funciona como um ponto de contato, ou uma “ponte”, que permite a ligação entre a realidade do direito material e a de um processo que proponha a realizá-lo o mais plenamente possível. Talvez, melhor do que “ponte” seja a idéia culinária de “ingrediente” para identificar a cognição como elemento integrante do *modus faciendi* dos procedimentos judiciais, uma vez que o fenômeno cognitivo, ao se expressar ritualmente desta ou daquela maneira por meio da regulamentação dos atos do juiz, dará este ou aquele colorido ao procedimento como um todo, tornando-o mais ou menos habilitado para a realização satisfatória da vontade do direito material, numa ótica sócio-jurídica”.³

Em situações concretas, visando melhorar a tutela do direito material, há a necessidade de formação de um seqüencial de atos processuais de forma diferenciada, sob pena de se transformar a formalidade excessiva do em fator de risco de inefetividade da tutela jurisdicional. *In casu*, limita-se o grau cognitivo do magistrado e das *questões* que podem ser discutidas, visando melhor tutelar o direito material discutido nos autos judiciais. Utilizando as lições de Kazuo Watanabe⁴ é possível visualizar o estudo da cognição em dois planos:

a) o plano horizontal (extensão), referindo-se à amplitude das matérias (questões) que podem ser discutidas e decididas em dada relação jurídica processual. Aqui é possível falar em cognição parcial ou plena;

b) o plano vertical (profundidade) refere-se ao modo como as matérias são levadas a conhecimento, ou ao momento procedimental em que é feita a análise:⁵ fala-se em cognição sumária ou exauriente, sendo ou não profundo o exame a ser feito pelo juiz.⁶

diversos tipos de tutela processual, que podem ser organizados do seguinte modo: a) o mais preocupado com a verificação precisa da existência ou inexistência do direito, realizado através de cognição plena e exauriente, definitiva ou não; b) que se contenta com a cognição parcial, embora exauriente dentro de determinados limites, hipótese em que, se a redução se der meramente em virtude de técnica processual (e não de exigência do direito material), não se poderá impedir as partes de discutir, em outro processo, temas que não tenham sido (porque não poderia ter sido, ante a vedação legal) discutidos; c) para o qual basta a probabilidade da existência do direito, para a obtenção da tutela” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. Revista de Processo. São Paulo, 2003. p. 88).

3. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 74.
4. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
5. “No plano vertical, a cognição significa que o limite para o conhecimento do objeto cognoscível é demarcado pelo momento procedimental nos diferentes tipos de procedimentos, ou seja, de acordo com suas respectivas fases até o encerramento”. (NUNES, Luiz Antônio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35).
6. Acerca da discussão quanto à ocorrência de coisa julgada nas demandas fundadas em cognição sumária e parcial, ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. Revista de Processo. São Paulo, 2003. p. 65 *et seq.*

Na formação dos procedimentos, portanto, é diversificada a concepção de *cognição*. Geralmente nos procedimentos especiais há combinação dos critérios. Na ação de desapropriação, nas ações possessórias, nos embargos de terceiro, etc., há cognição parcial⁷ (limitada quanto às questões que podem ser discutidas) e exauriente.

Contudo, nas medidas liminares *inaudita altera pars* há cognição sumária, até pelo fato de que o exame preliminar é feito normalmente antes da formação da trilogia processual.

Aliás, quanto às limitações inerentes ao estudo da cognição, vale citar lições de Fredie Didier Júnior: “a cognição pode ser parcial e exauriente: a limitação é apenas do que; quanto às questões que podem ser resolvidas, a cognição é exauriente, de sorte que a sentença (julgado) tem aptidão para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a) as peculiaridades do direito material, e/ou b) a necessidade de tornar o processo mais célere”.⁸

Percebe-se, nesse fulgor, que a implementação de técnicas de sumarização do procedimento pode significar instrumento hábil à celeridade processual. Não se deve esquecer, outrossim, que esta limitação deve ser feita no plano horizontal e não vertical, inclusive, com o objetivo de vislumbrar decisões aptas à formação da coisa julgada material.

O que importa para a formação ou não da coisa julgada é a apreciação da questão principal em cognição exauriente, mesmo que diante de um procedimento que possua grau de cognição horizontal restrita.

Portanto, a restrição cognitiva do objeto principal configura-se importante instrumento para a resolução mais célere do conflito, como ocorre em alguns procedimentos especiais, como: a desapropriação,⁹ consignação em pagamento¹⁰ ou os embargos de terceiro.

7. “O legislador, através da técnica da cognição parcial, pode desenhar procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos; o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas nos procedimentos de cognição parcial, ou seja, as questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo à outra demanda”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 24).
8. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Objeto da cognição judicial*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 06. set 2003. São Paulo: Dialética, p. 22.
9. Não se deve esquecer que na ação de desapropriação há restrição quanto às questões que podem ser lançadas pelo expropriado, mas a ele é assegurado outro procedimento, de cognição ampla, para alegações que naquele são vedadas, como a nulidade do decreto expropriatório. Por outro lado, existem procedimentos especiais cuja restrição ou ampliação advém de conduta do próprio réu, como a ação monitória, que pode ou não ser embargada (art. 1.102, do CPC).
10. Aliás, ao comentar o art. 896 do CPC, em que expressamente a legislação pátria limita as matérias que podem ser argüidas na contestação, observa Adroaldo Furtado Fabrício que: “o que se pretende, e é realmente necessário, é preservar a especificidade do objeto da ação, assegurando-se no seu âmbito a discussão do que diga respeito ao pagamento e à sua eficácia liberatória – e nada mais do que isso”. (FABRÍCIO,

2. O OBJETO LITIGIOSO E SUA LIGAÇÃO COM O ESTUDO DAS QUESTÕES, DA PRECLUSÃO, DA COISA JULGADA E DA DECLARAÇÃO INCIDENTE

Como já mencionado, a análise da cognição judicial gera reflexos na formação dos procedimentos, no estudo do conceito de questão, e no processo de formação da coisa julgada. Neste momento, cumpre-nos aprofundar os dois últimos aspectos.

A palavra *questão* em teoria geral do processo civil é utilizada com uma série de significados. Inicialmente, questão é o ponto controvertido de fato ou de direito da qual depende o julgamento do mérito¹¹.

Aqui, *questão* pode ser de fato ou de direito, mas não se confunde com o próprio mérito (ou o *thema decidendum*).

Por outro lado, a palavra *questão* também significa *ponto de fato ou de direito controvertido* (tendo em vista que nem todo ponto é questão, mas questão é ponto processual ou material)¹²⁻¹³ de que dependa o pronunciamento judicial, hipótese em que é resolvido como incidente processual¹⁴ e constará na fundamentação do julgado, como prevê o art. 458, II, c/c art. 469, ambos do CPC. Neste aspecto, as questões decididas *incidenter tantum* não são atingidas pela coisa julgada.

Aliás, utilizando consagrado conceito de questão formulado por Francesco Carnelutti, pode-se aduzir que a questão pode definir um ponto duvidoso, de fato ou de direito.¹⁵

Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 8. t. III. p. 125).

11. “Há, no processo, determinados *assuntos* (*pontos*) que, se *controvertidos*, passam a merecer a denominação de *questões*. Se a solução destas não influir na existência (ou na inexistência) do exame do mérito, de questões prévias e preliminares propriamente ditas se tratará”. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 384).
12. Tal raciocínio não se aplica às questões de ordem pública, uma vez que são questões conhecidas de ofício, sem a necessidade de contradição entre as partes.
13. Cândido Rangel Dinamarco ensina que: “ponto é, em prestigiosa doutrina, aquele fundamento da demanda ou da defesa, que haja permanecido incontrovertido durante o processo, sem que as partes tenham levantado discussão a respeito (e sem que o juiz tenha, de ofício, posto em dúvida o fundamento); discordem as partes, porém, isto é, havendo contestação de algum ponto por uma delas (ou, ainda, havendo o juiz suscitado a dúvida), o ponto se erige em questão. Questão é, portanto, o ponto duvidoso. Há questões de fato, correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes; e de direito, que correspondem à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma hierarquicamente superior”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo. n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 25).
14. Nesse sentido, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Item do pedido sobre o qual não houve decisão*: possibilidade de reiteração noutro processo. In *Temas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. (2. série).
15. De acordo com suas lições: “In quanto una affermazione, compresa nella ragione (della pretesa o della contestazione), possa generare un dubbio e così debba essere verificata, diventa una *questione*. Perciò la

Questão também é utilizada como sinônimo de objeto (*thema decidendum*), em que se poderá concluir que será atingida pela coisa julgada, haja vista que discutida *principaliter tantum*. Assim, as variáveis conceituais indicam que ora *questão* é discutida de forma incidental, ora de forma principal (objeto de decisão).

Nesse aspecto, a palavra *questão* possui íntima ligação com o conceito de mérito (objeto litigioso do processo), este concebido como questão principal a ser enfrentada e discutida durante o andamento do feito. Antes de apreciar a questão principal (*principaliter tantum*), devem ser enfrentadas as *questões prévias*¹⁶ (preliminares e/ou prejudiciais).¹⁷

Em poucas palavras, é possível afirmar que as primeiras impedem a resolução da questão principal e envolvem vícios da relação material ou da própria relação processual,¹⁸⁻¹⁹ já as segundas são condicionadoras da resolução meritória.²⁰ Assim,

questione si può definire un punto dubbio, di fatto o di diritto, e la sua nozione è correlativa a quella di affermazione”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 353).

16. “Questões prévias são aquelas que devem ser conhecidas e ‘decididas antes e fora do mérito’, constituindo uma ampla e variada sorte de pontos e questões, a respeito dos quais deve o juiz dirigir o seu conhecimento com o objetivo de verificar se o processo e a ação portam os requisitos exigidos para o seu acolhimento, tornando-os hábeis a atingir a apreciação do mérito no epílogo da etapa de cognição”. (NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença civil: perfil histórico-dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 102).
17. Celso Agrícola Barbi assim se manifesta acerca dos conceitos de pontos e questões (preliminares e prejudiciais): “No curso de uma causa, muitas vezes o juiz quer examinar vários pontos, que são premissas para a decisão final sobre o pedido do autor. Esses pontos são preliminares, ou prejudiciais, à questão principal, quando surge entre as partes controvérsias sobre esses pontos, transformam-se eles em questões preliminares, ou questões prejudiciais”. (BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 166).
18. As questões preliminares, de acordo com a Teoria de Liebman, envolvem as condições de ação e os pressupostos processuais. Contudo, aquelas muitas vezes podem se confundir com o mérito, deixando de ser preliminares. As críticas envolvendo a separação das condições da ação do mérito não são novas e merecem muita atenção no dia-a-dia forense, não estando alheio a críticas a opção legislativa prevista no art. 267, VI, do CPC. Com muitos argumentos, ver DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Um réquiem às condições da ação: estudo analítico sobre a existência do instituto*. Revista Forense. n. 351. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65-82).
19. Quanto às questões preliminares, observa Alexandre Freitas Câmara que: “são preliminares as questões enunciadas no art. 301 do CPC, cabendo ao réu alegá-las na contestação, sob pena de responder pelas ‘custas do retardamento’”. Registre-se que, no art. 301, são incluídas duas questões que não se enquadram propriamente no conceito apresentado de preliminares: a incompetência absoluta e a conexão (aí utilizando o termo em sentido amplo, abrangendo tanto a conexão *strito sensu* como a continência). Estas duas questões não chegam jamais a impedir a apreciação do mérito da causa, razão pela qual são denominadas *preliminares impróprias ou dilatórias*”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2002. v. 1. p. 241).
20. Sobre o assunto, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. p. 29-30. Também do autor, imprescindível a leitura da obra *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara. n. 16. Rio de Janeiro, 1967. p. 158-268. Ver também MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 1951.

quando enfrentadas questões prejudiciais *incidenter tantum*, não ficam acobertadas pela coisa julgada, sendo, portanto, apreciadas como fundamento e não como decisão, como prevê o art. 469, III, do CPC.²¹

É possível, como conseqüência, que estas questões sejam *objeto* de outro processo, não acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada, o que poderá, inclusive, gerar controvérsia entre duas coisas julgadas, como bem observou Arruda Alvim ao aduzir que: “se a questão prejudicial foi decidida *incidenter tantum*, sem a autoridade de coisa julgada, e, portanto, vier a ser objeto de processo autônomo e neste se lhe der solução antagônica à do processo anterior, criam-se indesejáveis posições diferentes, do mesmo Judiciário, a respeito de uma questão (art. 469, III). Certamente sobrevivem ambas as decisões, pois no primeiro processo a questão era mera questão prejudicial ao passo que, no segundo é o próprio objeto do processo. Conquanto tal situação não seja a ideal, a sobrevivência de ambas as decisões dá-se harmonicamente, subsistindo, *in totum*, os bens jurídicos definidos por tais sentenças”.²²

É possível, e plenamente justificável no sistema, a existência de duas decisões imutáveis que interpretaram a mesma questão de forma diferente, sendo que inexistirá violação à coisa julgada pelo fato de que, na primeira, a questão apreciada não fora atingida pela imutabilidade, consoante previsão contida no art. 469, III, do CPC.

Contudo, como é por todos conhecida, há a possibilidade de ampliação do objeto litigioso do processo, fazendo com que a questão prejudicial deixe de ser *incidenter tantum* e passe a ser *principaliter tantum*, de acordo com as previsões dos arts. 5º, 325 e 470 da legislação adjetiva civil (mediante declaratória incidental).²³

21. Sobre a apreciação da questão prejudicial, ensina Salvatore Satta que: “La decisione delle questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d’ufficio precede il merito della causa (art. 276 primo cpv.). La legge non detta alcuna norma sull’ordine delle questioni pregiudiziali, che talvolta no ha alcuna rilevanza pratica: sarà allora il giudice che stabilirà tale ordine, secondo il criterio dell’assorbimento o dando la preferenza alla questione più generale rispetto a quella particolare. Ma talvolta l’ordine ha grandissima rilevanza pratica, e se in molti casi esso è dettato dalla stessa logica del giudizio, poichè si deve dare la precedenza a quella questione che costituisce il presupposto logico delle altre (e così ad es. non potrà il giudice verificare la propria competenza per valore se non si ritiene territorialmente competente), in altri casi la sua determinazione implica sottili valutazioni giuridiche intorno alla natura stessa della questione proposta, e dà luogo a gravissimi dubbi”. (SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1953. p. 238).
22. ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Ação declaratória incidental*. Revista de Processo n. 20, 1980. p. 9. A única ressalva a fazer é que a questão prejudicial, quando decidida *principaliter tantum*, irá fazer parte do *objeto litigioso do processo* e não apenas do *objeto do processo* (gênero do qual aquele é espécie).
23. Celso Agrícola Barbi expõe que: “para que a *conclusão* do juiz sobre a *questão* examinada como *prejudicial* tenha força de coisa julgada, é necessário que ela seja tomada como *decisão* e não apenas como atividade de simples *conhecimento ‘incidenter tantum’*”. (BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 167). Já Marcelo Abelha Rodrigues expõe, ao abordar o art. 469, III, do CPC, que: “tanto nesse dispositivo quanto no do art. 470 do CPC, a expressão *questão prejudicial* foi tomada como ponto controvertido ou duvidoso de fato ou de direito, de cuja solução o julgamento de mérito depende. Segundo tais dispositivos, se a questão prejudicial surgir no processo de modo incidente, sendo apenas mais um degrau para a solução da lide, a decisão sobre ela não

Lógico que, nesse particular, a ampliação do *thema decidendum* – do objeto litigioso do processo – apenas caberá se a declaração incidental tiver a mesma competência da causa originária.

Portanto, a questão prejudicial poderá ser interna ou externa,²⁴ (levando-se em conta se está ou não sendo discutida na mesma base procedimental), homogênea ou heterogênea, também conhecidas por interjurisdicionais,²⁵ sendo que apenas as que o sistema permite provocação em demanda autônoma podem ser suscitadas via declaratória incidental.²⁶

será revestida da autoridade da coisa julgada. Entretanto, se a questão prejudicial surgir no curso do processo e for requerido o seu julgamento por intermédio de uma ação declaratória incidental (arts. 5º. e 325 do CPC), desde que atendidos os seus pressupostos, deixará ela, então, de ser uma simples questão, para passar a ser objeto de julgamento da ação declaratória incidental. Nesse caso, por determinação do art. 470 do CPC, a decisão definitiva que julgar a ação declaratória incidental, e, por conseguinte, a questão prejudicial, será acobertada pela autoridade da coisa julgada material”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p. 350).

24. Exemplo de prejudicialidade externa é aquela que ocorre em relação à prejudicialidade do processo penal em relação ao processo civil, quando se discute a dupla responsabilidade decorrente do mesmo ato ilícito. Nesse caso, é possível haver a suspensão do processo prejudicado até o momento em que se resolve a questão prejudicial externa. O CPC de 1973 prevê a suspensão do processo civil nos casos em que o julgamento depender de resolução da questão prejudicial externa, ex vi art. 265, IV, ‘a’. Necessário também não confundir *lide* prejudicial (como sinônimo de questão prejudicial provocada mediante ação declaratória) com *questão* prejudicial. As lições de Alfredo Buzaid nesse particular são irretocáveis e merecem transcrição: “lide prejudicial é, portanto, aquela que, podendo constituir objeto de processo autônomo e ensejar a coisa julgada, é ajuizada por qualquer das partes mediante ação declaratória incidental. Questão prejudicial, diversamente, é aquela que o juiz resolve incidenter tantum, valendo como fundamento da sentença e não lhe estendendo a coisa julgada, que fica circunscrita à conclusão do dispositivo”. (BUZOID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 389). José Rubens Costa sintetiza o problema, afirmando que: “as questões prejudiciais podem ser decididas: a) *incidenter tantum*; b) *principaliter*. A questão prejudicial é resolvida incidentemente, quando faz parte apenas da contestação ou de impugnação. É apenas objeto de defesa ou impugnação das partes. Não se converte em pedido da parte. Ao contrário, é resolvida de modo principal, quando se converte em pedido de qualquer das partes. A diferença é que, resolvida, *incidenter tantum*, pode ser discutida em novo processo; *principaliter*, será evitada em novo processo pelo efeito da coisa julgada”. (COSTA, José Rubens. *Tratado do processo de conhecimento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 968).
25. “Um dos critérios mais simples é aquele de que resulta a distinção entre a prejudicialidade *homogênea* e a prejudicialidade *heterogênea*, conforme a questão prejudicial e a prejudicada (principal) sejam ou não regidas pelo mesmo ramo do direito”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara. n. 16. Rio de Janeiro, 1967. p. 195). Já Arruda Alvim assevera que: “o problema da prejudicialidade heterogênea, pois, a nosso ver, longe de expressar um conflito, procura resolver e disciplinar as relações, entre as jurisdições penal e civil, de forma harmônica, desde que a decisão penal dependa, necessariamente, de uma decisão do juiz civil, que lhe seja anterior, ocorrendo, também, o fenômeno inverso”. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Ação declaratória incidental*. Revista de Processo. n. 20, 1980. p. 33).
26. Como aduz Arruda Alvim, “somente as questões que possam constituir-se em objeto de ação autônoma, isto é, lides, poderão ser objeto de ação declaratória incidental. A questão do valor da causa em relação ao tipo de procedimento comum a ser usado é uma questão processual preliminar, e não pode, por si só, constituir objeto de ação autônoma, não podendo, portanto, ser objeto de declaratória incidental. A prescrição por sua vez nunca poderia ser conteúdo de uma *causa prejudicial*, desde que não é questão prejudicial, mas questão de mérito (art. 269, IV), que só logicamente é apreciada antes da possível apreciação do restante”. (Ibidem, p. 11).

É possível aduzir, como conclusão desta passagem, que a coisa julgada atinge o objeto litigioso do processo, a questão principal, o *thema decidendum*, não imunizando as questões apenas conhecidas e não decididas.²⁷ Aliás, Celso Agrícola Barbi observa a finalidade da declaração incidental: “com ela se evita, pela formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, que esta venha a ser objeto de nova discussão, provas e decisão, em demandas futuras entre as mesmas partes, e que tenham como objeto, ou como prejudicial, a mesma questão. Com seu uso evita-se também o risco de decisões contrárias sobre a mesma questão nas sucessivas demandas, o que, se não é vedado, pelo menos não é desejável, porque acarreta desprestígio para a Justiça, pelo menos aos olhos dos leigos, não conhecedores dos problemas técnicos do processo”.²⁸

Ratifica-se, em síntese, que mediante declaratória incidental é possível a ampliação do objeto litigioso do processo (com a extensão objetiva da coisa julgada), fazendo com que as questões prejudiciais sejam também decididas, com a conseqüente imunização pelo limite objetivo da coisa julgada.²⁹

Logo, a cognição atinge as questões prévias; contudo, a coisa julgada apenas atingirá o objeto litigioso do processo (questão *principaliter tantum*).³⁰ Contudo, mister ressaltar que existem hipóteses em que não se analisa propriamente a questão principal, mas há a formação de coisa julgada.³¹

De outra banda, com a formação da coisa julgada, haverá também preclusão envolvendo todas as questões suscitadas, discutidas e mesmo suscetíveis no processo.³²

Vejamos um exemplo: “A” move demanda indenizatória em face de “B”, com base em procedimento de cognição plena e exauriente. Este, em contestação, impug-

27. A ação declaratória incidental também possui registro em legislações alienígenas, como o direito italiano (art. 34 do Código Italiano de Procedimento Civil, promulgado em 1940 e em vigência desde 21.4.1943) e no direito português (arts. 272 e 273 do CPC).

28. BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 170.

29. Ainda sobre a ação declaratória, conferir: PAULA, Cláudio César de. *Declaração incidental: ação declaratória incidental e arguição de falsidade documental*. Campinas: Millennium, 2005; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995; e SILVA, Adailson Lima. *Ação declaratória*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

30. Daí pelo que se faz necessário, em item próprio, distinguir o *objeto da cognição* e *objeto de decisão*. Sobre o assunto, ver DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes diferenciados de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. Genesis: Curitiba, n. 22. out/dez 2001. p. 709-34.

31. É o que ocorre, *v. g.*, com a prescrição em que, a rigor, não se trata de questão *principaliter tantum*, mas sim preliminar de mérito. Contudo, sendo acolhida a prescrição haverá resolução de mérito, *ex vi* art. 269, IV, CPC, com a redação advinda da Lei 11.232/05.

32. Como bem afirma Giuseppe Chiovenda: “precluída no está solamente l ala facultad de renovar las cuestiones que fueron planteadas y decididas, sino que precluída está también la facultad de proponer cuestiones no planteadas y que habrían podido plantearse”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión*. Ensayos de derecho procesal. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. 3. p. 229).

nou os argumentos de 1 a 5. Por vontade própria ou mesmo por desídia, deixou de suscitar os pontos³³ 6 a 8, desatendendo, desta forma, o princípio da eventualidade previsto no art. 302 do CPC.³⁴ Com a sua condenação e o trânsito em julgado, a coisa julgada atinge todas as questões decididas e os pontos não apreciados, exceto as hipóteses ensejadoras de ação rescisória.

Apontando hipótese semelhante, ensina Barbosa Moreira, em artigo publicado em seu primeiro *Temas de Direito Processual Civil* (de 1977): “entre os dois riscos que se deparam – o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças -, prefere o ordenamento assumir o segundo. Não chega a pôr a coisa julgada, em termos absolutos, ao abrigo de *qualquer* impugnação; permite, em casos de extrema gravidade, que se afaste o obstáculo ao rejuízo: aí estão, no direito brasileiro, as hipóteses de rescindibilidade da sentença, arroladas no art. 485 do Código de Processo Civil em vigor desde 1º-1-1974. Torna-a, porém, imune, em linha de princípio, às dúvidas e contestações que se pretenda opor ao resultado do processo findo, *mesmo com base em questões que nele não hajam constituído objeto de apreciação*. Se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou.”³⁵

Outro caso interessante é apontado por Eduardo Couture e merece transcrição: “em uma ação proposta por A contra B para cobrar uma quantia em dinheiro discute-se a causa lícita ou ilícita de determinada obrigação cambial que deu origem à demanda; o juiz, em sua sentença, afirma, entre outros motivos de nulidade da obrigação, como um argumento a mais dentre os muitos que formulada, que todas as obrigações cambiárias subscritas pelo réu tinham causa ilícita, motivo pelo qual é de presumir que a que deu origem ao litígio também a tivesse. É evidente, na nossa opinião, que essa premissa de que todas as obrigações cambiárias do devedor têm causa ilícita não faz coisa julgada em outra ação que o mesmo credor venha intentar contra o mesmo devedor para cobrar outra obrigação cambial, diversa da que fora objeto do processo anterior. Neste novo feito, o réu não poderá defender-se invocando a premissa, assentada no processo anterior, de que todas as obrigações têm causa ilícita. O objeto da nova demanda é diverso e o seu conteúdo jurídico não foi motivo de debate ou decisão alguma, expressa ou implícita, no dispositivo da sentença anterior.”³⁶

Com base em todos esses exemplos é possível concluir que a autoridade da *auktoritas rei iudicatae* atinge o objeto principal (aqui entendida como *principaliter*

33. Aqui são pontos e não questões tendo em vista que não foram impugnados pelo demandado.

34. Fala-se em destoar, tendo em vista que na contestação há o momento precluso para a referida impugnação.

35. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 99.

36. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: Red Livros, 1999. p. 358-9.

tantum), mas gera preclusão em relação às questões suscitadas (processuais ou de mérito), discutidas e mesmo suscetíveis no processo.³⁷ Caso contrário, poder-se-ia gerar sério risco de perpetuação das demandas, podendo a parte interessada alegar que não suscitou certo ponto e utilizá-lo para nova provocação judicial.³⁸

Ovídio Baptista da Silva também apresenta exemplo que merece transcrição: “varremos, momentaneamente, de exemplo, para figurarmos o caso de uma ação de cobrança proposta pelo mutuante contra o mutuário, em que sejam pedidos o pagamento do capital e dos juros. Em tal demanda, a questão do pagamento estará ou não estará contida no pedido inicial, de tal sorte que, sendo defesa dedutível, mas não deduzida pelo réu, a coisa julgada a abranja? Pense-se no caso em que o demandado, ignorando que seu procurador havia pagado a dívida, limita-se a contestar a cobrança alegando prescrição da ação, vindo a perder. Poderá, depois de a sentença transitar em julgado, pretender recobrar o que pagou em virtude do julgado, sob o fundamento de que a dívida objeto do primeiro processo não mais existia? Certamente não o poderá fazer, sem ofender a coisa julgada.”³⁹

37. Em outra passagem, observa Barbosa Moreira ainda sobre a formação da coisa julgada e as questões suscetíveis, que: “ora, se assim é no tocante às questões (distintas da principal) *efetivamente* apreciadas, por mais forte razão é também assim no que concerne àquelas outras de que o órgão judicial *nem sequer chegou a conhecer* – relevantes que fossem, caso suscitadas pelas partes ou enfrentadas de ofício, para o julgamento da causa. O que se passa com a solução de semelhantes questões, após o trânsito em julgado da sentença definitiva, é o mesmo que se passa com a das questões que o juiz tenha apreciado unicamente para assentar as premissas da sua conclusão: nem a umas nem a outras se estende a *auctoritas rei iudicatae*, mas todas se submetem à *eficácia preclusiva* da coisa julgada. Nesse sentido, e somente nele, é exato dizer que a *res iudicata* ‘cobre o deduzido e o deduzível’”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 100). Já Giuseppe Chiovenda assevera que: “a coisa julgada contém, pois, em si, a preclusão de qualquer questão futura: o instituto da preclusão é a base prática da eficácia do julgado; vale dizer que a coisa julgada *substancial* (obrigatoriedade nos futuros processos) tem por pressuposto a coisa julgada *formal* (preclusão das impugnações). A relação, portanto, entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim formular-se: *a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; a preclusão de questões é o expediente de que se serve o direito para garantir o vencedor no gozo do resultado do processo* (ou seja, o gozo do bem reconhecido ao autor vitorioso, a liberação da pretensão adversária ao réu vencedor)”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v.1. p. 452).

38. Proto Pisani observa que a coisa julgada atinge o suscitado e o suscetível, ao ensinar que: “questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua di criteri cui è del tutto estraneo il principio ora in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e deducibile ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezione di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o che si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio”. (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Juvenc, 2002. p. 63).

39. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 126.

Já Cândido Dinamarco foi esclarecedor ao, após diferenciar *mérito* das *questões de mérito*, demonstrar que a coisa julgada é instituto ligado ao objeto do processo, enquanto a eficácia preclusiva da coisa julgada poderá atingir as questões.⁴⁰ Assim se manifesta o professor da Universidade de São Paulo: “questões de mérito não se confundem com o próprio mérito: são questões relativas a ele, da mesma forma como as dúvidas sobre a regularidade do processo se definem como questões processuais, mas com o processo em si mesmo não se confundem. As questões que não hajam sido solucionadas antes, sê-lo-ão na sentença, porém todas as soluções assim dadas terão sede nos “motivos” e constituirão os *fundamentos* da conclusão que virá a seguir. A lei é expressa e clara ao dizer que “não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (art. 469, I). Os motivos da sentença apenas ficam a salvo de novas discussões, com referência à demanda já julgada (mesmas partes, causa de pedir e pedido). Tal é a *eficácia preclusiva da coisa julgada*, que com a própria autoridade da coisa julgada material não se confunde e que se presta a dar sentido e efetividade a esta: pudessem os motivos da sentença ser novamente discutidos, com vistas à *mesma ação já julgada*, nenhuma estabilidade teria o julgado material.”⁴¹

Não se está, com isso, formulando regra matemática e final, considerando que existem casos em que há possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, como no caso do documento novo envolvendo as questões não postas em juízo.⁴²

Contudo, não resta dúvida que a questão principal ficará sujeita à coisa julgada, enquanto as questões suscitadas e suscetíveis (de fato e/ou de direito)⁴³ ficam sujeitas

40. Necessário, portanto, restar clara a diferença entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva decorrente da coisa julgada. Aquela imuniza o *objeto litigioso do processo*, impedindo repetição da mesma ação, enquanto a segunda imuniza as questões suscitadas e mesmo suscetíveis pelas partes. Ainda sobre a teoria da tria aedem: CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v.1. p. 429-40.

41. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo. n. 34. São Paulo: RT, 1984. p. 36.

42. Ademais, na hipótese de lei declarada posteriormente inconstitucional não há preclusão quanto à alegação, inclusive, esta poderá ser suscitada via embargos à execução ou na impugnação (Lei nº 11.232/05).

43. Sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada atingindo questões de fato e de direito, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 103-06. Ainda sobre o assunto, assevera Ovídio Baptista da Silva identificando uma ação de mútuo (*observe que a menção é do Código Civil de 1916*): “Imaginemos que, numa ação de cobrança de mútuo, o réu pudesse alegar contra o autor que: a) o contrato era anulável por dolo; b) também o era por erro (art. 147 do CC); c) que a dívida estava já prescrita; d) que a ação era improcedente porque o réu já havia pagado a dívida; e) ou que o credor renunciara ao seu crédito; f) ou que houvera novação (art. 999 do CC)”. Em seguida conclui: “todas essas defesas seriam *pertinentes* para elidir a ação de cobrança de mútuo. Eram *questões da lide* abrangida pela disposição do art. 474 do CPC; se o réu não as suscitou na ação, não poderá evitar a execução da sentença arguindo-as por meio da ação de *embargos do devedor*, para que o Juiz o libere da ação executória, pois a tanto o impedirá a coisa julgada. As causas de extinção da obrigação, capazes de elidir a demanda executória, hão de ser posteriores à sentença do processo de conhecimento (art. 741, VI, do CPC)”. (BAP-

ao efeito preclusivo decorrente da coisa julgada, salvaguardando a segurança jurídica, nos termos do art. 474 do CPC.⁴⁴ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery também apresentam conclusão semelhante: “transitada em julgado a sentença de mérito, as partes ficam impossibilitadas de alegar qualquer outra questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. A norma reputa repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e contestação a respeito da lide e não o fizeram. Isto quer significar que não se admite a propositura de nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações. Caso a parte tenha documento novo, a teor do CPC 485, VII, poderá rediscutir a sentença, ajuizando ação rescisória, mas não rediscutir a lide, pura e simplesmente, apenas com novas alegações”.⁴⁵

Logo, é possível afirmar que a coisa julgada como fenômeno de imunidade atinge o objeto litigioso do processo (a questão principal – *principaliter tantum*), sujeitando a eficácia preclusiva decorrente da coisa julgada às questões de fato e de direito deduzidas e deduzíveis, restando imunizadas caso seja proposta demanda com a mesma causa de pedir.⁴⁶

Qual a conseqüência da diferenciação entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva decorrente da coisa julgada? Simples! A coisa julgada imuniza a questão principal (*principaliter tantum*)⁴⁷ e a preclusão “imuniza” as questões deduzidas ou dedutíveis pelas partes.⁴⁸ Portanto, não pode ser rediscutida a mesma lide (*mesmo*

TISTA DA SILVA, Ovídio A. e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 241).

44. Em uma só frase: a eficácia preclusiva atinge o deduzido e o deduzível. No direito italiano fala-se que “*il giudicato copre il dedotto e il deducibile*”. Sobre o assunto, indica-se obra de Andrea Proto Pisani. *Appunti sul giudicato civile e sui limiti oggettivi*. Rivista di Diritto processuale. Padova: Cedam, 1990. v. 45. p. 389 et seq.
45. NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 779.
46. Tapia Fernandes ensina que: “históricamente se ha admitido sin discusión que la cosa juzgada cubre no sólo lo efectivamente deducido en el primer proceso, sino también lo que pudo deducirse”. (TAPIA FERNANDES, Isabel. *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada*. Madri: La Ley, 2000. p. 155-6).
47. Consoante João de Castro Mendes: “aquilo que primariamente recebe força de caso julgado é o conteúdo de pensamento, ou afirmação, contido na parte dispositiva material da sentença: é o *thema decisum*”. (MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática. 1968. p. 254).
48. “Outra diferença entre a preclusão de questões no curso do processo e a coisa julgada é que a última se funda sobre a preclusão de *todas* as questões aptas a contrastar o bem deduzido em juízo, e, pois, não somente das questões propostas e decididas, mas também das que se poderiam ter proposto e não se propuseram (o que impropriamente se denomina *ulgado implícito*). Pelo contrário, a preclusão no curso do processo não exclui senão a questão decidida, assim como todas as questões secundárias em que ela se possa subdividir (por exemplo: recusada numa interlocutória a exceção de prescrição, são preclusas todas as questões concernentes à existência da prescrição). Com estas advertências é que se deve acolher o aforismo vulgar ‘*tantum iudicatum quantum disputatum*’”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. (Instituzioni di diritto processuale civile). Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 461).

pedido e causa de pedir)⁴⁹ com base em argumentos que não foram suscitados durante o decorrer da litispendência. Esta solução visa atender à segurança jurídica e à integralidade do precedente⁵⁰ decorrente do instituto da coisa julgada.⁵¹

49. Em sede doutrinária há certa controvérsia em relação à discussão se a eficácia preclusiva envolve outra demanda com a mesma ou outra causa de pedir. As alegações não deduzidas estão implicitamente decididas, inclusive, quando é possível o ajuizamento de nova demanda com outra causa de pedir? Observe o exemplo citado por Giuseppe Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*. Trad. J. G. Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1. p. 111 et seq): Vejamos uma demanda movida por passageiro de ônibus acidentado e lesionado em face da companhia transportadora, afirmando culpa de seu preposto. Julgada improcedente a ação, não poderá renovar a demanda, desta feita argumentando a responsabilidade objetiva decorrente do contrato de transporte. Nesse caso, a causa de pedir é a mesma. Há, quanto à análise do art. 474 do CPC, três correntes: a) a que entende que este artigo apenas se refere à *mesma causa de pedir*, podendo o autor propor outra demanda, desde que com causa de pedir distinta. Dentre os defensores dessa linha de pensamento é possível citar Barbosa Moreira (*Temas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 1. série. p. 103-4) e Egas Moniz de Aragão (*Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 327 et seq); b) uma segunda corrente, em que se inclui Araken de Assis, amplia o conceito de eficácia preclusiva para além da causa de pedir discutida e mesmo não discutida na demanda. Citando o exemplo da embriaguez e do adultério capazes de fundamentar a separação de corpos conjunta ou isoladamente, uma vez que também separadamente podem ensejar como causa de pedir para a separação. Contudo, conclui que “ainda uma vez, sem embargo da enfadonha repetição, se insiste que a eficácia preclusiva da coisa julgada, face ao disposto no art. 474, abrangerá, em princípio, todos os fatos jurídicos dedutíveis na ação de separação (adultério, embriaguez e qualquer outro apto a incidir na regra), tenham, ou não, sido deduzidos na demanda”. (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 147). Já José Maria Tesheiner encontra-se numa posição intermediária, ao defender que o art. 474 apanha a hipótese de fatos da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico. No caso da separação baseada em adultério sem sucesso, é possível nova demanda, não baseada em adultério – exceto superveniente – mas em embriaguez. Sintetiza o professor gaúcho quatro hipóteses para chegar à conclusão citada: “a) fatos da mesma natureza que produzem o mesmo efeito jurídico; b) fatos de natureza diversa, mas que produzem o mesmo efeito jurídico; c) fatos da mesma natureza que produzem efeitos jurídicos diversos, ainda que iguais; d) fatos de natureza diversa e que produzem efeitos também diversos”. (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 161). De todos os posicionamentos, o primeiro nos parece mais adequado, considerando a expressa redação do art. 474 do CPC. Ademais, sendo diversas as *causas de pedir*, não se trata da mesma ação, não sendo atingida quer pela coisa julgada quer pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Por fim, visando arrematar a questão no sentido de que a *eficácia preclusiva* está limitada pelo pedido e causa de pedir, vale transcrever o posicionamento de José Ignácio Botelho de Mesquita: “as decisões proferidas na primeira ação declaratória *incidenter tantum* se tornam indiscutíveis em qualquer processo futuro que tenha o mesmo pedido do anterior, identificado pelo objeto e pela causa de pedir, mas *nada impede que sejam livremente discutidas em qualquer novo processo em que seja deduzido novo pedido, que se distinga do anterior pelo objeto ou pela causa de pedir*. E nada impede porque, nesse caso, não se estará de modo algum discutindo ou modificando o resultado a que se chegou no processo anterior”. (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 80).
50. Sergio Menchini corretamente observa que: “l’efficacia preclusiva rappresenta lo strumento indispensabile per impedire attentato all’integralità della precedente decisione in futuri procesi, e, dell’altro lato, essa non si risolve in un vincolo positivo, che colpisce direttamente la questione, impedendone il rieseme ad ogni effetto, ma in un vincolo negativo indiretto, cha la investe in via soltanto mediata, al fine di garantire al vincitore il godimento del risultato del processo”. (MENCHINI, Sergio. *Il giurato civile*. Torino: UTET, 1988. p. 25).
51. Logo, é possível concluir que a eficácia preclusiva está intimamente ligada à coisa julgada da questão principal. Se outra for a questão principal, em outra lide, é possível novamente suscitar a questão já preclusa na demanda anterior.

Por outro lado, se houver outra relação processual, há a possibilidade de suscitar a questão deduzida ou não na demanda anterior.

Vejamus um caso: A move causa com cognição exauriente e plena envolvendo condenação de B a pagamento de taxas decorrente de contrato. Naquela relação processual, o réu não suscitou a nulidade ou inexistência do contrato (apesar de possível). A sentença julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento do objeto requerido pelo autor. Logo, a coisa julgada atingirá a questão principal (condenação de pagamento da taxa).

Aqui, não poderá o réu discutir novamente a *mesma lide*; ou seja, não poderá deduzir questionamento acerca do contrato se não o fez durante o decorrer da demanda, tendo em vista que a segurança jurídica imuniza o objeto principal e gera a preclusão, envolvendo as questões suscitadas e suscetíveis.

Não obstante, é possível que A proponha outra demanda, baseada no mesmo contrato, pretendendo condenar o réu ao pagamento de outra taxa ou outra obrigação (*outro pedido*).

Nesse caso, poderá o réu suscitar na defesa a inexistência ou nulidade do contrato, uma vez que diverso é o objeto desta nova demanda. E o autor não poderá afirmar que a coisa julgada atingiu a legalidade do contrato, posto que foi conhecida, mas não decidida (conforme art. 469 do CPC). Alguns poderiam imaginar: é possível a existência de duas “coisas julgadas” contraditórias? A resposta há de ser afirmativa, considerando que a primeira imunizou apenas a questão principal, sendo que a alegação de inexistência de contrato restou apenas preclusa internamente. Já a segunda é nova demanda, como novo objeto principal, podendo ser suscitada a questão envolvendo o contrato.

Aliás, raciocínio semelhante ocorre nos casos envolvendo questões prejudiciais discutidas e decididas *incidenter tantum*.

A questão prejudicial caso seja conhecida, mas não decidida, ficará adstrita aos fundamentos do *decisum* e, portanto, não ficará imunizada, como se observa ao analisar os arts. 468 e 469 do CPC.⁵²

52. Diferenciando *ponto* e *questão prejudicial*, assim se manifesta Antônio Scarance Fernandes: “havendo dúvida sobre o ponto, seja ela suscitada pelas partes que podem manifestar sua controvérsia, seja ela levantada de ofício pelo juiz, ele se transforma em questão. A questão é o ponto duvidoso. Assim também a questão prejudicial. É a dúvida sobre o ponto prejudicial. Diferentemente do ponto prejudicial, que é visto pelo juiz como algo já assentado, a questão prejudicial deverá ser por ele apreciada, emitindo finalmente um juízo a seu respeito. O juiz decide incidentalmente a respeito da questão prejudicial para que seja possível a solução da questão prejudicada”. (FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais. São Paulo: RT, 1988, p. 59). Já Enrico Tullio Liebman, em seu clássico *Manuale*, ensina que: “È un’affermazione troppo ampia, perchè non sono coperte dal giudicato le più o meno numerose questioni di fatto e di diritto che il giudice ha dovuto esaminare per decidere la causa, le quali hanno rappresentato il cammino logico da lui percorso per pervenire alla conclusione, ma

3. OBJETO LITIGIOSO E O CONCEITO DE MÉRITO

Tema dos mais contraditórios e relevantes, tanto no direito nacional quanto no estrangeiro, refere-se ao conceito de *mérito* como o *objeto litigioso do processo*.

A intenção da exposição de motivos do CPC foi conceituar *mérito* como sinônimo de *lide*. Como informa Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do CPC de 1973: “o projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.⁵³

Realmente, ao se observar as lições de Carnelutti, é possível conceituar a lide como: “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma decisão definitiva de mérito”.⁵⁴

Em outra passagem, observa Carnelutti que os contornos da lide podem ser verificados antes mesmo da existência do processo, daí ser possível falar-se em lide total ou parcial.⁵⁵

Já outra parte da doutrina, identifica o conceito de *mérito* como as *questões de fundo do processo*.⁵⁶ Percebe-se, portanto, que o mérito possui íntimo relacionamento com a questão material posta em juízo.

Contudo, em que pese o esforço dessa concepção, não se deve confundir *mérito* com *questões*. Como observa a doutrina processual (como, v.g., Barbosa Moreira), consoante já citado, questões em sentido lato são pontos de fato ou de direito controvertidos e que devem ser resolvidos. Referidas questões podem estar ligadas às preliminares ou mesmo ao mérito.

perdono ogni importanza dopo che egli ha pronunciato la sua decisione. Tra l'altro, ache le questioni pregiudiziali eventualmente sorte nel processo subiscono analogo trattamento. Conciene ricordare che di regola le questioni pregiudiziali vanno conosciute *incidenter tantum*, sono cioè oggetto di cognizione, ma non di decisione, con efficacia logica, ma non imperativa”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1976. v. 3. p. 168-9).

53. BUZOID, Alfredo. *Exposição de motivos do CPC de 1973*. n. 6.

54. Carnelutti apud BUZOID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 103.

55. Sobre o assunto, ver CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 907-8.

56. Enrico Túlio Liebman defende que todas as questões, cuja resolução pode influir direta ou indiretamente na decisão acerca da proposta foram em seu todo o mérito da causa. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intellectus, 2003. v. 1. p. 151).

Logo, um aspecto diz respeito ao estudo das questões (preliminares ou de mérito), e outro é o estudo do próprio mérito.⁵⁷ Referidas questões podem ou não influenciar ou mesmo impedir o julgamento do mérito (como as prejudiciais e preliminares) ou mesmo fazer parte deste último, mas com ele não se confundem, inclusive, não sendo imunizadas pela coisa julgada.

Há ainda aqueles que identificam mérito como a própria demanda,⁵⁸ o que também não fica imune à críticas, considerando que esta é o ato inicial de impulso da atuação jurisdicional, a exteriorização do direito de ação; a rigor não se confundindo com o objeto litigioso do processo.⁵⁹

Em que pese ainda a existência de divergência, aponta-se, inclusive, para conceitos posteriormente estabelecidos no presente trabalho, o conceito de mérito como elemento ligado à própria pretensão processual (*concebida como a submissão a um interesse*).

Destarte, ao provocar a jurisdição, o autor poderá, pela demanda, apresentar sua pretensão visando à solução pelo Poder Judiciário, sendo esta pretensão processual o mérito do processo (*na verdade, era – e não é mais – pretensão material que, uma vez provocada a jurisdição, passou a ser processual*).⁶⁰

57. Ademais, o conceito de *questão* também pode estar ligado ao *objeto litigioso do processo*. De fato, existem questões enfrentadas *incidenter tantum* e outras decididas *principaliter tantum*. Como bem ensina Arruda Alvim: “há que se ter presente que o conceito de lide ou objeto litigioso (ou, segundo alguns, com menos precisão, o de objeto do processo), distingue-se do conceito de questão. Lide é a própria expressão do conflito de interesses, *tal como retratada no processo*, ao passo que questão é dúvida, *levantada pelas partes, ou, originariamente, até pelo juiz*, a ser resolvida, para aplicar-se a lei à lide, ou, segundo a terminologia, a nosso ver inadequada, de Carnelutti, compor a lide. Ou, ainda, para aplicar a lei a uma *questão processual*”. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 87).

58. Ovídio Baptista da Silva assevera que: “os processualistas controvertem a respeito da determinação dos chamados *limites objetivos da coisa julgada*, que outra coisa não são senão a própria demanda vista depois de definitivamente julgada. A demanda, como se disse, é a *res in iudicio deducta* ou a *res* posta sob julgamento, que, depois da sentença, transforma-se em *res iudicata*. Sendo assim, é natural que não se possa interpretar convenientemente uma dada sentença e determinar o campo das *questões decididas* se não se puder apreciar as exatas dimensões da lide ou da demanda, julgada pela sentença. A demanda, em verdade, é a *res iudicanda* que se transforma em *res iudicata*, quando julgada”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 241-2). Ainda sobre *os limites objetivos da coisa julgada*, ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980. p. 916-21) e CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1988.

59. Também demonstrando certa distância entre os conceitos de mérito e demanda, vide: CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2002. v. 1. p. 198-9. Já Marcelo Navarro Ribeiro Dantas aduz que: “pode-se, portanto, classificar mérito a objeto litigioso, pedido e lide (esta última, não como conceito sociológico, à maneira carneluttiana, mas jurídico-processual, de relação jurídica litigiosa conforme trazida à discussão em juízo). (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Admissibilidade e mérito na execução*. Revista de Processo. n. 47. São Paulo: RT, 1987. p. 33).

60. Rosalina P. C. Rodrigues Pereira aponta uma imprecisão na legislação alemã no que concerne ao conceito de objeto litigioso, ao ensinar que: “o conceito de objeto litigioso difundido no direito alemão se deveu à imprecisão do conceito legal de pretensão. Regra geral o ZPO alemão ao se referir a objeto litigioso

Esta pretensão relaciona-se com o próprio pedido manifestado em juízo. Nesse aspecto, vale destacar mais uma vez as lições do Professor Cândido Dinamarco: “o vocábulo *mérito*, de uso corrente e empregado muitas vezes no Código de Processo Civil, *expressa o próprio objeto do processo*. A pretensão ajuizada, que em relação ao processo é seu objeto, constitui o mérito das diversas espécies de processos. O mérito do *processo de conhecimento* é a pretensão trazida com o pedido de julgamento que a reconheça e, portanto, a acolha. O mérito do *processo de execução* é a pretensão a receber a coisa pleiteada – e não uma sentença. O do *processo monitorio* é o mesmo, porque a tutela final que ele pode conceder é de natureza executiva (entrega da coisa móvel ou do dinheiro: art. 1.102-C)”.⁶¹

Kazuo Watanabe também enfrenta o conceito de *mérito*. De acordo com suas lições: “sua exata conceituação depende, antes de mais nada, do uso de terminologia adequada, pois a respeito do tema – como acontece, com grande dano à ciência processual, também em relação a muitos outros assuntos e pontos – não se põem de acordo os processualistas”. E conclui: “lide, *res in iudicium deducta*, fundo do litígio, objeto do processo, objeto litigioso do processo são expressões utilizadas como sinônimas de mérito da causa”.⁶²

Fácil é perceber que a intenção – não imune a críticas – do legislador de 1973 foi atribuir à conceituação de mérito como sinônimo de lide. Contudo, a terminologia mais adequada liga o conceito de mérito ao de *pretensão processual* identificada pelo pedido aduzido pelo autor.⁶³

utiliza-se do termo ‘pretensão’ §§ 60, 147 e 148. A pretensão que identifica o objeto litigioso não é, no entanto, a pretensão material, mas um conceito puramente processual”. (PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 170). Já Arruda Alvim corretamente assevera que: “o objeto litigioso consiste no próprio objeto da decisão de mérito do juiz, excluídas, portanto, quaisquer questões preliminares, propriamente ditas, como também, até mesmo, uma questão prejudicial, que não se coloque como reclamando a decisão, por meio de declaratória incidental do juiz. Por outras palavras, podemos dizer que o objeto litigioso é conceito coincidente com a idéia de *mérito*, tal como delineado pelo autor”. E, em seguida, conclui: “é a projeção da pretensão, no processo, que configura o objeto litigioso, ou elemento material da litispendência, sobre o qual vai pesar a autoridade de coisa julgada”. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Ação declaratória incidental*. Revista de Processo. n. 20. 1980. p. 25).

61. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2. p. 182.

62. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 97.

63. Em artigo já citado, Dinamarco arremata observando que: “Por ora, satisfaço-me em concluir quanto à *pretensão processual como objeto do processo*, excluídas as questões e incluído também que a lide ou a própria demanda inicial é que consubstanciem tal objeto. Ela é a aspiração do demandante, veiculada pela demanda, devendo sobre ela prover o órgão jurisdicional”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo. n. 34. São Paulo: RT, 1984. p. 45). Também Ricardo de Barros Leonel ratifica que: “admitindo-se pois a maior amplitude do objeto do processo com relação ao objeto litigioso do processo, verifica-se a possibilidade de identificar a pretensão processual como objeto litigioso do processo, concluindo-se ainda no sentido da exclusão da lide deste conceito, bem como da demanda inicial, que é apenas o instrumento ou veículo pelo qual aquela é trazida ao conhecimento judicial,

Como já enfrentado, o conceito de mérito tem íntima relação com o estudo da cognição. Esta, no plano horizontal, tem como conteúdo a tutela de *mérito*, a busca da solução da pretensão processual deduzida. Contudo, mesmo sendo identificado o conceito de *mérito* como de *pretensão processual*, é fato que apenas será apreciado após a superação das questões prévias (preliminares e prejudiciais).

Aliás, no desenvolvimento do conceito de objeto litigioso do processo, Liebman criticou a teoria Carnellutiana, quando este afirmou ser a lide o conteúdo principal do processo. Ensinou que o objeto litigioso do processo nem sempre está ligado à lide, mas sim à *pretensão processual*⁶⁴ – ao pedido formulado pelo autor. Quando Liebman apontou o conceito de lide (conflito de interesses contraditórios) afirmou que esta poderá ser ou não apreciada pelo Judiciário, desde que seja objeto de provocação judicial. Em suma: apenas será apreciado o conflito de interesses efetivamente delimitado.⁶⁵

para fins de apreciação”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e o princípio do duplo grau de jurisdição*. In Causa de pedir e pedido no processo civil. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (Coord.). São Paulo: RT, 2002. São Paulo: RT, 2002. p. 352).

64. José da Silva Pacheco, em obra clássica ainda na vigência do CPC de 1939, citando Pontes de Miranda, faz distinções importantes. De acordo com suas lições: “Pontes de Miranda distingue direito, pretensão, ação e ‘ação’, no sentido processual. A pretensão não se confunde com o direito, que se opera por si, sem necessidade de ato ou omissão do devedor. A pretensão exige a omissão ou ato do devedor. A pretensão supõe exigibilidade e é, de regra, acionável”. (PACHECO, José da Silva. *Ações executivas e execução de sentença*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 21). Também citando Pontes de Miranda e citando exemplo de um credor de uma importância, representada por nota promissória, Fábio Gomes (em obra conjunta com Ovídio Baptista da Silva) aponta o seguinte conceito de pretensão: “a pretensão: usando-se do exemplo antes mencionado, não haverá qualquer dificuldade em se vislumbrar a modificação que se operará quando do termo final do prazo previsto: o credor poderá exigir do devedor o cumprimento da obrigação. Esta posição subjetiva de poder *exigir* de outrem alguma prestação positiva ou negativa denomina-se, segundo a lição de Pontes, *pretensão*. A partir da data do vencimento, ou do advento do termo final, poderá então o credor, sem agir contra o direito, *premir* o devedor no sentido de que o mesmo cumpra a prestação; poderá, por exemplo, telefonar-lhe ou enviar-lhe correspondência cobrando”. (GOMES, Fábio e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 129). Contudo, no exemplo citado tem-se a pretensão em sentido material, já que no campo processual a pretensão indica o intervalo temporal que margeia o ajuizamento da demanda. Nesse sentido, vale citar outra passagem das lições de Fábio Gomes: “A *pretensão processual*, que é ainda o estado de que o direito se reveste a partir do momento em que se torna exigível. Com uma divergência sem maior relevância quanto à clássica visualização do fenômeno, entendemos ínsito na pretensão a exteriorização do *ato de pretender*; por isso, vislumbramos a pretensão, no plano processual, como encaminhamento que deflagrará a ação, ou seja, o estágio intermediário entre o direito subjetivo, enquanto estado inerte, e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado”. (Ibidem, p. 130).
65. Destarte, mais uma vez vale citar Fábio Gomes que, baseado nos ensinamentos de Liebman, destaca: “Lide é conceituada por Liebman como conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. Não aceita ele, por conseguinte, o conceito carnellutiano, com toda razão afirmando, apoiado em Calamandrei, que se o conflito de interesses não entrar para o processo tal como se verificou na vida real, descaberá ao Juiz conhecer do que não constitui objeto do pedido”. (Ibidem, p. 115).

Nesse aspecto, o objeto litigioso do processo é delimitado pelo conteúdo da petição inicial – pelo pedido formulado pelo autor, pela pretensão material identificada na inicial (que se transforma em processual).⁶⁶

Nem sempre o processo espelha a totalidade da relação jurídica material existente entre as partes, mas o *objeto litigioso* reflete única e exclusivamente aquele delimitado na petição inicial.⁶⁷

Aliás, mais uma vez é importante citar lições de Cândido Rangel Dinamarco para bem delimitar o objeto litigioso do processo: “estão caracterizados os três conhecidos *elementos identificadores* da ação e da demanda (os três *aedem*, de tradicional doutrina), que tanta utilidade têm na vida dos processos. Eles servem, antes e acima de tudo, para determinar o provimento que será lícito ao juiz emitir, pois definem a sua natureza (condenatório, constitutivo, etc.), especificam-lhe o objeto e extensão (o bem da vida), delimitam os seus fundamentos (os fatos, a situação da vida concreta alegada ao demandar) e indicam o alcance subjetivo desejado (partes). Descrevendo tudo isso, pode-se ir dizendo agora, é a demanda que define o *objeto do processo*, ou “objeto litigioso do processo” em torno do qual será exercida a jurisdição em cada caso concreto, ao juiz não sendo lícito desconsiderá-lo, ampliá-lo por iniciativa própria ou pronunciar-se acerca do outro objeto”.⁶⁸

O pedido – objeto litigioso do processo (*streitgegenstand* dos alemães) – limita-se pela pretensão processual apresentada pelo autor, não englobando as questões que são conhecidas, mas não decididas.⁶⁹ Sidney Sanches, em estudo sobre o tema *objeto*

66. “O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira pretensão processual); a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver implementada através da atividade jurisdicional”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005. v. 1. p. 373).

67. Schwab demonstra a correta concepção de objeto litigioso do processo, ao aduzir, interpretando a ZPO, que: “La pretensión de que habla la ZPO es un concepto puramente procesal. Al respecto, reina pleno consenso en la doctrina y también en la práctica. Por tal razón, se habla generalmente de pretensión *procesal*. La pretensión procesal es el objeto litigioso. Trátase de conceptos sinónimos, que pueden sustituirse el uno por el otro o intercambiarse sin dificultad, aun cuando desde el punto de vista idiomático, y probablemente también por su contenido, su significado sea distinto. ‘Pretensión procesal’ expresa el anhelo, la petición del actor. ‘Objeto litigioso, en cambio, es un concepto neutral, objetivado, que requiere ser llenado y plantea la cuestión de su contenido’”. (SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968. p. 05).

68. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo. n. 34. São Paulo: RT, 1984. p. 23.

69. Também Liebman exclui do conceito de coisa julgada a atividade lógica exercida para justificar a decisão. Sobre o assunto, ver: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 67-8. Já Karl Heinz Schwab atesta que a pretensão processual é o objeto litigioso do processo, senão vejamos: “Por regla general, la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) al referirse al objeto del litigio, no habla del objeto litigioso. Las más de las veces habla de pretensión”. (SCHWAB, op. cit., p. 4-5). Também Rosemberg utiliza a expressão *objeto litigioso* do processo, na obra: ROSEMBERG, Léo. *Tratado de derecho procesal civil*. 5. ed. Trad. Ángela Romera Vera. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1955.

do processo e objeto litigioso do processo, conclui que: “só uma parte do “objeto do processo” constitui o “objeto litigioso do processo”: é o mérito, assim entendido o pedido do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o pedido do réu na reconvenção; o pedido do réu, formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices; o pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentais (sobre as questões prejudiciais); o pedido do autor ou do réu contra terceiro na denunciação da lide; o pedido do réu no chamamento ao processo; o pedido do terceiro contra autor e réu, formulado na oposição”.⁷⁰

Existem casos cujo conflito de interesses (conceito extraprocessual) é mais amplo do que o objeto litigioso, bem como há situações em que o procedimento não admite a discussão da totalidade do conflito, como naqueles pautados pela cognição restrita. Bem a propósito, observa Milton Paulo de Carvalho que o pedido é o: “conteúdo da demanda, a pretensão processual, objeto litigioso do processo, o mérito da causa. É o anseio, aspiração do demandante, de que para aquela parcela da realidade social por ele trazida na demanda e que lhe está sendo prejudicial seja dada solução conforme ao direito segundo o seu modo de entender”.⁷¹

Já de acordo com o posicionamento de Liebman: : pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito, concedendo ou negando, em consequência, a medida requerida pelo autor. Esse conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, representa seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a *lide*, ou seja, o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz”.⁷²

O sistema processual brasileiro, no CPC, em seus arts. 128 e 460, espelhou tal diretriz, fixando os limites do objeto litigioso entre dois termos: pedido e resposta do réu, indicando, inclusive, vícios nos casos em que os julgamentos são *extra, citra* ou *ultra petita*.

É possível concluir, de acordo com os objetivos traçados neste ensaio, que o *mérito*, como *objeto litigioso do processo*, reflete a pretensão processual – o pedido formulado pelo autor (e eventualmente pelo réu – nos casos de ações dúplices, pedidos contrapostos, reconvenção/declaração incidente, ou mesmo por terceiros, como

70. SANCHES, Sidney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. Revista de Processo n. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 47.

71. CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 97.

72. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 102.

no caso da oposição).⁷³ Sentença que resolve o mérito *propriamente dito* é a que enfrenta a provocação, deixando de lado o conflito não provocado.⁷⁴

Necessário destacar, por derradeiro, que o objeto litigioso do processo também serve como parâmetro para identificar a proximidade entre ações, como litispendência, coisa julgada, conexão, continência e estabilização da demanda.

73. No caso da ação declaratória incidental, é possível, inclusive, falar em pretensão prejudicial, ligada à questão prejudicial que poderá (ou não) ser objeto de declaratória incidental. Da mesma forma, há prejudicialidade quando há oposição incidental.

74. Mais uma vez, vale citar Liebman ao criticar o conceito Carnellutiano de lide: “o juiz está ligado e limitado em seus poderes por essa escolha do autor: ele não pode de ofício compor o conflito na forma que achar mais apropriada e sim limitar-se a concordar, ou não, com a solução que lhe foi apresentada. A lei dá ao autor a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade da escolha no modo de resolver a controvérsia, exigindo dele a indicação da forma concreta e determinada de tutela que pretende conseguir para satisfação de seu interesse”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 98). Já Ovídio Baptista da Silva observa que: “a controvérsia que haja ficado fora do processo não passa de um boato, de que ele, eventualmente, poderá ter notícia por meio de uma leitura de jornal, ou através de uma conversa de esquina. Ela será tão relevante, sob o ponto de vista processual, como qualquer outro boato. Não pode haver lide fora do processo pela simples razão de que o conceito de lide foi criado para a solução de um ou de vários problemas peculiares ao processo”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 114).

CAPÍTULO XXII

A INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO RAMO PROCESSUAL: NEOPROCESSUALISMO OU PROCESSO CONSTITUCIONAL? INDEPENDENTE DA NOMENCLATURA ADOTADA, UMA REALIDADE INQUESTIONÁVEL

*José Herval Sampaio Júnior**

Sumário • 1. Delimitação do tema e considerações iniciais sobre a Constitucionalização do Direito – 2. Neoprocessualismo: compreensão hodierna – 3. A Jurisdição como protetora dos direitos no caso em concreto – 4. O modelo constitucional de processo e as garantias constitucionais processuais – 5. Peculiaridades de cada ramo processual e sua relação com as garantias constitucionais processuais – 6. Processo Constitucional como método hodierno de trabalho dos processualistas – Conclusões – Referências.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A Constituição e todo o seu estuário normativo impuseram, por si sós, uma necessidade de reflexão sobre a contaminação dos valores dispostos nela em todos os demais ramos do Direito, conduzindo, por conseguinte, a um raciocínio de que o Direito – a qual só é dividido por questões didáticas – passe a ter uma base constitucional que seja necessariamente obedecida em toda a sua atuação.¹

* Mestre e Doutorando em Direito Constitucional, Especialista em Processo Civil e Penal, Professor da UERN (Universidade do Estado do Rio Grande do Norte), UNP (Universidade Potiguar), ESMARN (Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte), Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização de Direitos Humanos da UERN, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Juiz de Direito.

1. “Para o constitucionalista, ciente da hierarquização do ordenamento jurídico, em cujo topo figura o ordenamento constitucional escrito, parece não haver nenhum problema na subordinação de todo o ordenamento jurídico à constituição. Mas não é a esse fenômeno que se quer fazer referência quando se fala em constitucionalização do direito, título deste trabalho. Com constitucionalização do direito quer-se aqui fazer menção, em linhas gerais, que serão desenvolvidas no decorrer do trabalho, à **irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito**”. Grifo nosso. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18. O autor no início de sua obra já deixa claro que esse movimento não é

Nesse contexto de simples compreensão, mas de difícil aplicação prática, é que se denota o movimento da constitucionalização do Direito, o qual se denota facilmente a sua ligação com a supremacia constitucional e a jurisdição constitucional, contudo, não se restringe a esses pontos, pois o mais importante é que as autoridades estatais e até mesmos os cidadãos se conscientizem que a escolha idealizada na Constituição seja viva e operável, para tanto, imprescindível esse espraiamento dos valores em toda a conduta humana, quer no espaço público quer no espaço privado.

Sua origem é bem discutida, pois o próprio controle da constitucionalidade dos atos em geral já induz a necessidade de observância da Constituição em qualquer caso, porém o interessante nessa ambientação é justamente a preocupação anterior de que o ato em si esteja em observância aos valores constitucionais, não porque a Constituição é a lei maior e por hierarquia deva ser obedecida, mas que o seu espírito seja levado em consideração e materializado nos casos em concreto, principalmente quando ocorrem conflitos de interesses em que o Direito é incerto em relação aos contendores.

Daí a sua íntima relação com a ação, jurisdição e principalmente o processo. Ora por meio da função jurisdicional as pessoas discutem o seu direito e este deve ser pensado sempre em relação aos valores constitucionais - escolhidos pela sociedade política em um momento ímpar - e a sua conservação é uma necessidade social, logo, todas as relações devem se inspirar neles, sob pena de o poder do povo ser um mero jogo de palavras.

Importante nesse diapasão e com sentido vinculante para todos os poderes foi uma decisão marcante e até mesmo pioneira do Tribunal Constitucional Alemão, no famoso caso Lüth, citada no livro de Virgílio Afonso da Silva, como se pode observar:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um (...) fortalecimento da validade (ou) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; **legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.** *Grifo nosso.*²

Desse modo, verifica-se que esse movimento, apesar de ainda iniciante no Brasil, começa a ganhar contornos nesses últimos anos a ponto de ter, no mínimo, quebrado

tão elementar assim e não é visto somente no aspecto formal, pelo contrário, toda a sua tese é construída justamente sob a ótica material e que limita a autonomia da vontade até mesmo entre os particulares. Para esse estudo é importante que o operário do Direito com mais veemência esteja envolvido nesse constante e indispensável agir constitucional.

2. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

alguns dogmas de ramos antes tidos como intocáveis e no ramo processual já assume feição de mudança radical da atuação dos que laboram com o Direito.³

Os seus reflexos, em que pese ainda serem pequenos em razão da magnitude que seus efeitos devem operar com a sua solidificação, já são bem notados, principalmente em matéria de função jurisdicional e efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

A Constituição tem que ser vivida e sentida pelos cidadãos que fazem parte da sociedade civil e que a ela devem subserviência. Esse sentir em todas as condutas humanas é o principal obstáculo, pois, em que pese não ser razoável a intromissão do poder público em todos os setores da vida privada, mesmo em um modelo de um Estado que se diz também social como o nosso, não se pode permitir, por outro lado, que os núcleos essenciais dispostos na Carta Magna não se façam presentes, pelo menos na maioria das situações vividas pelo indivíduo.

Ao se analisar abstratamente os princípios constitucionais de justiça e os direitos e garantias fundamentais, infelizmente se nota um déficit grande em relação à realidade social brasileira, daí porque esse fenômeno vai ser muito importante na luta contra o abismo entre o ser e o dever ser, funcionando, nesse contexto, para os que lidam com a ciência do Direito, como instrumentos de garantia para materialização de tais normas.

São dignas de registro as ponderações de Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos nesse tocante:

A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social.⁴

Desse modo, a constitucionalização do Direito traz como reflexo principal – não só aos que lidam com o Direito, mas na realidade, toda a sociedade brasileira – a necessidade imanente de que toda atuação humana seja balizada em conformidade com

3. No encontro de processualistas realizado pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), o professor Cássio Scarpinella Bueno mencionou que o processo atualmente deve ser analisado por outro método de pesquisa, qual seja, o firmado nas premissas constitucionais, tendo dividido seu pensamento em quatro grupos, quais sejam, as garantias constitucionais do processo, a organização judiciária, as funções essenciais da justiça e os remédios constitucionais, o que demonstra a profunda influência em todos os ramos processuais, como ora defendemos.
4. BARROSO, Luis Roberto.; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Temas de Direito Constitucional, Tomo III, Rio de Janeiro:Renovar, 2005, p. 59.

os princípios ali estabelecidos, sendo esse exercício uma forma real de efetivação da democracia, tão prestigiada em nosso país.⁵

Desta forma, todo o norte desse movimento está centrado nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que, em nosso constitucionalismo, assume papel preponderante em toda a atuação do jurista, condicionando todo o seu agir e impondo uma cultura diferenciada no estudo dos ramos autônomos do Direito, que, na realidade, não são tão autônomos assim, justamente por terem que se perfilar nos valores constitucionais dispostos nesses direitos.⁶

Essa irradiação necessária dos valores constitucionais por todos os ramos do Direito conduziu no aspecto jurídico a uma nova forma de se pensar a interpretação e aplicação de todas as normas e, por conseguinte, a uma visão processual mais consentânea com a realidade constitucional, desvirtuada do formalismo que sempre lhe foi inerente, já que o substrato material que dá guarida a esse movimento deve ser observado necessariamente em toda a atividade jurisdicional.⁷

2. NEOPROCESSUALISMO: COMPREENSÃO HODIERNA.

Os direitos e garantias fundamentais, como vimos, são quem comandam todo esse processo de compreensão da Constituição como centro do ordenamento jurídico e de um processo que tenha como premissa a concretização desses direitos em cada caso concreto, para tanto, o jurista contemporâneo, necessariamente, tem que levar em consideração os valores no estudo da ciência jurídica, bem como se despir do manto da neutralidade e pureza, que por muito tempo o transformou em autômato,

5. É de bom alvitre que se registre que no Brasil esse movimento ainda é incipiente e que a sua estruturação se deu no Direito Alemão a partir de decisões como a citada pelo Tribunal Constitucional, ressaltando, no entanto, que os Estados Unidos, a par de seu efetivo controle da Constituição desde os seus tempos mais remotos, como o caso *Marbury x Madison*, vem se consolidando, de forma que lá todo o Direito tem como centro de análise a Carta Suprema e que, no Brasil, nos últimos dez anos, isto vem ocorrendo, tendo o nosso Supremo Tribunal Federal importante atuação nesse sentido, com uma hermenêutica constitucional mais cristalina.
6. Nesse diapasão é interessante que se acresça ao que já fora dito até agora sobre a constitucionalização do direito, uma observação relevante do constitucionalista mexicano Miguel Carbonell em artigo recentemente publicado no Brasil, que trata da eficácia dos direitos sociais e na qual retrata a força deste movimento no mundo: “En todo caso, importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social es una tendencia firme do constitucionalismo contemporâneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante em el desarrollo del Estado constitucional em el siglo XX, com el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales e las sociedades modernas; tales valores, bajo esse nuevo paradigma, adquieren una protección inédita em otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales. Miguel Carbonell, *Eficácia de la Constitución y derechos sociales: elementos para una teoría compleja*, pág. 261. Constituição e efetividade constitucional. Coordenadores George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite, Editora JusPodivm, 2008.
7. Daí a idéia de que o processo constitucional é uma realidade que não podemos mais negar, sendo imperioso que todo o estudo do processo passe pelas premissas constitucionais que tratam expressamente dessa atividade e aí os valores constitucionais restem obedecidos.

sem qualquer preocupação social por seus atos. Na realidade, houve uma aproximação da Ciência com a Filosofia.⁸

Dentro dessa perspectiva, observa-se facilmente que os direitos e garantias fundamentais que tratam da forma de se assegurar os direitos em geral são juridicamente o alicerce para o neoprocessualismo (processo constitucional em nossa visão⁹), já que toda a leitura e a conseqüente aplicação das normas criadas pós Constituição passam compulsoriamente por eles, não como guias abstratos aos juristas, mas como elementos que devem necessariamente ser materializados por meio do processo com amparo direto da Carta Maior.¹⁰

Nesse sentido, é importante que se registre a posição de Marinoni quando faz menção a importância que os direitos fundamentais possuem atualmente em nosso ordenamento, inclusive na ótica processual:

8. “Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”. Luis Roberto Barroso, Neo-Constitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, artigo publicado no Jus Navigandi e em diversos outros sites e também em livros e revistas, com acesso em 09 de junho de 2007.
9. Em nosso livro *Processo Constitucional nova concepção de jurisdição*, publicado pela Editora Método/Forense Grupo Gen, 2008, desenvolvemos essa idéia com mais vagar de modo a demonstrar que hodiernamente é impossível se trabalhar o processo, qualquer que seja o ramo, sem que se considere a influência marcante das garantias constitucionais processuais.
10. “É importante, pois, ressaltar que o neoconstitucionalismo busca unir a base dogmática à base teórica, já que a separação entre ambas as vertentes não pode ser taxativa; muito pelo contrário, deve ser integrativa, visto que, por um lado, as estruturas dogmáticas-jurídicas correm o risco de reduzidas à simplicidade repetitiva de decisões e aplicações literal das leis se forem utilizadas sem a teoria constitucional avançada e, por outro, as teorias, se formuladas sem a dogmática, principalmente sem seus exemplos concretos, de ordem pragmática, perdem sua força e seu objetivo. Isso não quer dizer que esse trabalho seja dogmático. Ele apenas não se esquece da dogmática constitucional brasileira, para que possa caminhar com ela, e, principalmente, para que os resultados possam ter efetividade. *Esse é, aliás, o segundo propósito: desenvolver o neoconstitucionalismo de modo a demonstrar sua aplicabilidade no contexto brasileiro*, e, para isso, fazem parte do desenvolvimento deste trabalho juízes, advogados, promotores, defensores, procuradores e demais profissionais que atuam na atividade forense e têm a árdua tarefa de levar a teoria para um resultado efetivo, mesmo com toda a resistência pelo novo. É tanto para o público que já adquiriu um pensamento constitucional sofisticado como para os operadores do dia-a-dia que escrevemos. Sem a participação de todos, a teoria não é divulgada nem aplicada, permanecendo apenas no campo teórico, e para muito poucos”. Eduardo Ribeiro Moreira. Neoconstitucionalismo, A invasão da Constituição. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 16. O ilustre professor defende nesse livro muito bem esquematizado que o neoconstitucionalismo e seus reflexos se constitui em uma nova teoria do direito, daí a necessidade, firmada já na introdução de seu trabalho, que os profissionais do direito a conheçam e possam aplicar. Isso é muito importante e como visto marca também todo o processo constitucional.

Compreendida a nova concepção de direito e as principais características do Estado constitucional, isto é, a subordinação da lei às normas constitucionais, a transformação do princípio da legalidade e da ciência do direito, a rigidez da Constituição, a plena eficácia jurídica das suas normas, a função unificadora da Constituição, assim como a imprescindibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de sua omissão e a necessidade de a lei ser aplicada sempre de acordo com a Constituição, resta agora tratar da função que a nova ciência jurídica emprestou aos direitos fundamentais, construindo uma teoria que faz de tais direitos não só um suporte para o controle das atividades do Poder Público, mas também um arsenal destinado: i) a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direitos a prestações sociais); ii) a proteger os direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (direitos à proteção); e iii) a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (direitos à participação)... Por outro lado, para se compreender o que o juiz faz quando decide - se atua a vontade da lei etc. -, é necessário entender, além da concepção de direito do Estado contemporâneo, a função dos direitos fundamentais materiais. Mas, como a adequada prestação jurisdicional depende da universalidade do acesso à justiça, do plano normativo processual, da estrutura material da administração da justiça, bem como do comportamento do juiz, também é preciso pensar na relação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e o “modo de ser” da jurisdição, ou melhor, entre o direito fundamental processual do particular e a capacidade de o Estado efetivamente prestar a tutela jurisdicional.¹¹

Em toda essa conjuntura, repita-se e nunca é demais, são os direitos e garantias fundamentais que tratam sobre processo (garantias constitucionais processuais) então a mola mestra que conduz todo esse processo de Constitucionalização do Direito Processual, impondo uma nova concepção da ação e da jurisdição, por conseguinte todos os ramos processuais são influenciados, já que na realidade essa contaminação mexe com vários dogmas do processo brasileiro¹², que, tendo inspiração italiana, ainda se reveste de um formalismo e autonomia que andam na contramão da efetividade dos direitos de um modo geral, ou seja, contra a sua própria razão de ser.¹³

11. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p.63-64.
12. Vivemos um momento crucial para todo o processo brasileiro. Discutimos bastante e é questão de tempo hoje a publicação dos novos Códigos de Processo Civil e Penal, que estão em andamento e que para sua formatação, sem sombra de dúvidas, os seus criadores levaram em consideração as prescrições da constitucionalização ora defendidas, além do que a necessária simplificação do processo e dos procedimentos em geral com a prioridade à celeridade observada nos últimos anos.
13. “As Constituições contemporâneas têm por característica marcante a positivação de amplos catálogos de direitos fundamentais, os quais normalmente acompanhados de preceitos que disciplinam sua aplicação, com o escopo de estabelecer um regime especial de disseminação desse modelo de constitucionalismo consolidou-se a partir da segunda metade do século XX, estando relacionada à reconstrução dos sistemas jurídicos de países europeus que viveram experiências de banalização dos direitos humanos, e que promoveram ajustes de contas com o passado mediante a adoção de textos constitucionais dotados de dimensão ética e prospectiva, cuja perenidade seria assegurada gravando-se os dispositivos garantidores dos direitos com “clausulas de eternidade”.... Nesse contexto, a nota essencial do constitucionalismo recente é a generalização do esforço de tutelar juridicamente os direitos fundamentais, como passo indispensável para a construção do Estado Democrático de Direito. Em consequência, a jurisdição dos

Destarte, o arcabouço jurídico que alicerça a Constitucionalização do direito e o neoprocessualismo tem uma fonte só, qual seja, a necessidade imanente que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição saiam do papel e passem a fazer parte da vida das pessoas, sendo importante a função jurisdicional, todavia, o mais relevante é que esses direitos sejam cumpridos pelo poder público e particulares em geral, daí porque a Constituição tem que ser vista como norma de caráter obrigatório.

Entendamos, pois, por neoprocessualismo, numa visão inicial, justamente essa contaminação dos valores constitucionais em todos os ramos processuais, de modo que as garantias constitucionais processuais previstas expressamente no bojo da Constituição impõem uma releitura de todas as regras e princípios processuais, sendo inadmissível a aplicação de quaisquer expressões normativas processuais em desacordo com as premissas dispostas em tais garantias, daí o porquê da afirmação de que a jurisdição tem que ser vista sempre como tuteladora dos direitos em geral e só processo nessa visão atinge tal objetivo.

3. A JURISDIÇÃO COMO PROTETORA DOS DIREITOS NO CASO EM CONCRETO

A par do exposto até o presente momento, verificamos que não só a sociedade mudou, mas o próprio Direito evoluiu para atender a essa mudança social, como deve ser, conduzindo, por conseguinte, a uma necessidade inarredável de que a atividade jurisdicional se amolde à conjuntura atual e para tanto àquela idéia de simples desvelar da vontade abstrata da lei no caso concreto não mais atende aos anseios e não se coaduna com o ideário democrático.

Desta forma é imprescindível que em cada situação específica haja a construção de uma norma jurídica que atenda as necessidades específicas de direito material pleiteada e que ao mesmo tempo estejam em conformidade com os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, a construção da norma jurídica no caso concreto é um corolário da atividade hermenêutica que tem na Constituição o centro de atuação e os direitos e garantias fundamentais o coração de toda a Carta Magna, daí porque se faz imprescindível que se distinga norma de texto normativo, pois este pode ter várias

direitos fundamentais tem buscado estabelecer uma série de pautas e critérios destinados a garantir a efetividade jurídica desses direitos. E a intensificação dessa preocupação, presente na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais, permite identificar os contornos próprios da interpretação constitucional dos direitos fundamentais, a qual é caracterizada por determinadas técnicas e princípios especiais". PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p-1-2.

acepções dependendo do contexto fático, logo a norma nada mais é do que o produto da interpretação de um texto normativo.¹⁴

Sobre essa atividade criativa do aplicador da lei, são lúcidas as ponderações de Jane Reis Gonçalves Pereira ao destacar a natural ampliação do Poder Judiciário na produção jurídica:

“A teoria da interpretação constitucional passou por intensa evolução a partir da segunda metade do século XX. Diversos fatores históricos impulsionaram uma participação mais ativa do Poder Judiciário no processo de produção jurídica, tornando anacrônica a hermenêutica jurídica tradicional, a qual concebia a interpretação das leis como mera revelação da vontade legislativa. Na atualidade, o Direito tem sido entendido como uma “obra coletiva”, iniciada pelo constituinte, mediada pelo legislador e concluída pelo Juiz, que, conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções aos problemas concretos... **A interpretação constitucional compreende um processo de construção.** Porém, adotar essa tese não implica afirmar que atividade criativa do interprete seja ilimitada ou desprovida de parâmetros. Esta permanece vinculada à Constituição, à experiência jurídica e às regras de linguagem. É também imprescindível que a interpretação seja dotada de coerência, objetividade e capacidade de persuasão... **O reconhecimento de que a interpretação constitucional tem uma irrefragável dimensão criativa e que as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz a, por vezes, buscar a solução além do texto não importa em legitimar o arbítrio ou o subjetivismo.** Grifos nosso.¹⁵

Interessante também trazeremos, mais uma vez, o magistério de Luiz Guilherme Marinoni que atenta à idéia de que essa construção da norma jurídica não significa tão-somente criação da norma para o caso concreto, bem como deixa claro a função do juiz no Estado Constitucional:

“A construção dessa norma jurídica não significa criação de norma individual para regular o caso concreto ou criação de norma geral, nos moldes anteriormente vistos. A norma jurídica cristalizada mediante a conformação da lei e da legislação ou do balanceamento dos direitos fundamentais pode ser dita uma norma jurídica criada diante das peculiaridades do caso concreto, mas está longe de ser uma simples norma individual voltada a concretizar a norma geral, ou mesmo de representar a criação de um direito...O Juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, diante da transformação do próprio conceito de direito, apenas o aplica. Ou seja, no Estado Constitucional não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou

14. Essa acepção tem assento na teoria de Muller, todavia, uma análise mais debruçada com certeza fugiria da tônica do trabalho, sendo importante, todavia, a partir do que já fora explanado ressaltar que a atividade do Juiz contemporâneo, em que pese a necessidade de respeito às funções dos demais Poderes, é também criativa, ou seja, apesar de não poder inovar no ordenamento jurídico, dentro do caso concreto, constrói a norma que por excelência atenda aos interesses em específico e a par dos valores constitucionais.

15. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Editora Renovar, 2005, págs. 499/500.

a atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.”¹⁶

A necessidade do juiz em cumprir os ditames constitucionais a partir dos direitos e garantias fundamentais já lhe dá a maleabilidade para a construção da norma jurídica que melhor atenda ao pleito em específico, sem que se utilize de expedientes reparatórios, que na maioria das vezes são paliativos e acabam por violar o direito à tutela jurisdicional efetiva. Deste modo, a construção da norma jurídica em concreto é um corolário da atuação jurisdicional calcada nos pilares constitucionais e que revoluciona toda a atividade processual.

Pensar diferente a essa realidade, posta pelo Estado Constitucional Democrático de Direito, é retirar do cidadão um dos seus direitos mais básicos e que ao mesmo tempo possibilita a fruição de todos os demais, daí porque, mesmo sem se aprofundar no exame detido das teses hermenêuticas contemporâneas e que de alguma forma influenciaram essa atividade de construção da norma jurídica do caso concreto, é cristalino que ao Juiz Constitucional, por excelência, não existe outra alternativa a não ser essa atuação mais ativa e consolidadora desse perfil garantidor.

Por fim, para reforçar o até agora expandido, é de se trazer a lição de André Ramos Tavares, que se utiliza das considerações de Dalmo Abreu Dallari com o intuito de comprovar que a atividade do Juiz também é valorativa, o que ratifica, por conseqüência a tese da construção da norma jurídica do caso concreto, a partir das necessidades de direito material:

“Como anota Dalmo de Abreu Dallari, os juízes exercem atividade política em dois sentidos: tanto por integrarem um dos poderes do Estado, como por aplicarem normas jurídicas, que são necessariamente políticas. Além disso, continua o renomado autor, os juízes, enquanto cidadãos, exercem o maior dos direitos políticos, que é o voto, o que inegavelmente demonstra que possuem convicções políticas pessoais, não se revelando como entes “apolíticos”. Mais ainda, o juiz, por mais que procure ser justo, estará sempre influenciado pelas circunstâncias de sua vida, e terá sempre de fazer escolhas, entre normas, entre argumentos, entre interpretações possíveis, entre interesses em conflito que sejam mutuamente (mas não concomitantemente, em dado caso concreto) protegidos pelo Direito. Nesses casos, conclui Dallari, a decisão judicial será sempre política, sendo que, em qualquer hipótese, haverá efeitos sociais **(problema da necessária inserção num contexto social da regra jurídica, que não existe por si só abstratamente)**. Basicamente, o que há é simplesmente uma interpretação da Constituição. Não se legisla, interpreta-se. *Grifo nosso*.¹⁷

Destarte, pode-se afirmar que é impossível querer crer que o juiz esteja totalmente alheio ao mundo ao seu redor, ou seja, que sua atividade se limite a uma fria e indiferente aplicação da lei, logo, a construção da norma jurídica é quase que

16. Luiz Guilherme Marinoni, Teoria Geral do Processo, Editora RT, 2006, Pág. 101/102.

17. André Ramos Tavares, Tribunal e Jurisdição Constitucional, Celso Bastos Editor, 1998, págs. 52/53.

automática no sentido de uma efetiva tutela dos direitos dos cidadãos quando da atividade jurisdicional, pois só assim dir-se-á que se vive em um Estado Democrático.

A par dessas considerações, vê-se de forma bem nítida que o Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode ser alcançado com as linhas mestras atuais que ainda influenciam o nosso processo, precisando urgentemente que se faça não só a leitura constitucional proposta, que é um antecedente lógico, mas que todas as ações e omissões sejam travadas com o intuito de ver o direito material efetivamente tutelado em cada caso concreto.

4. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Entendemos por modelo constitucional de processo, para fins de compreensão da extensão do direito a uma tutela efetiva, na linha defendida pelo escopo maior da função jurisdicional, o conjunto de garantias constitucionais referentes ao processo dispostos no rol de direitos e garantias fundamentais e que, de forma expressa, vinculam toda essa atuação jurisdicional diferenciada, impondo, por conseguinte, uma releitura de todas as normas processuais de modo que os valores ali dispostos resem consagrados em todas as situações fáticas submetidas a um processo judicial e algumas delas até mesmo administrativo.

Para iniciar essas considerações e ao mesmo tempo demonstrar a força desse modelo atualmente - já que nada mais é do que uma faceta de todo o processo de constitucionalização do Direito - agora no enfoque processual, cite-se como exemplo a Reforma do Judiciário que trouxe mais um inciso ao rol de direitos e garantias fundamentais, prevendo expressamente o direito à duração razoável do processo, logo esse valor passa a conduzir toda a seara processual, impondo a todos os Poderes, em especial o Judiciário, o dever de tomar atitudes concretas para que esse direito seja materializado em todos os sentidos.

Destarte, todos os incisos do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam do processo, condicionam toda a atuação do legislador na atividade de regulamentação e dos que laboram com o Direito, tudo para fazer valer seus comandos, daí que toda a interpretação dos dispositivos processuais vigentes deve passar necessariamente pelas garantias constitucionais processuais, sendo a que assegura o pleno acesso à Justiça e a uma tutela efetiva a mola propulsora das demais.

Reza o inciso XXXV do artigo 5º: “*A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito*”. A amplitude desse texto normativo para a compreensão da norma que se extrai do modelo constitucional de processo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência é algo interessante, pois, a partir desse dispositivo - aparentemente simples - revolucionou-se todo o processo a ponto de não haver diferenças radicais entre os diversos ramos processuais, impondo ao poder

público a consecução de várias atividades para que a Justiça efetivamente tutele todos os direitos dos cidadãos em cada caso concreto.

Nesse sentido é imprescindível que se analise também o disposto no inciso LIV do artigo 5º “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; o qual na mesma esteira do inciso anterior comentado, tem uma amplitude que se poderia dispensar todas as outras previsões existentes sobre garantia processual, eis que sua feição encontra amparo substancial, logo, vinculando toda a atividade jurisdicional.

Para se ter uma idéia, mesmo que perfunctória, registre-se a seguinte situação: o CPC prevê um prazo de 15 dias para resposta a uma inicial, o que se afigura bem razoável, dentro de uma previsão abstrata. Ocorre que pode haver um caso específico, que, pela situação fática ou até mesmo jurídica, depois de uma citação, verifique-se que é impossível se fazer uma contestação dentro desse prazo.

Ora, se a análise for feita dentro de uma ótica formal, o devido processo legal resta assegurado, pois ao demandado lhe foi dado o prazo legal, contudo, numa visão material e dadas as circunstâncias do caso, não é possível o verdadeiro exercício da defesa, desse modo, esse prazo necessita ser ampliado para que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa na situação em concreto.

A jurisdição precisa se acostumar não só com a análise sempre a partir dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, já para se encaixar no modelo constitucional de processo, mas também que o caso concreto deve cingir toda a sua atuação e que a previsão abstrata é só um modelo de orientação e não uma disposição que necessariamente tenha que ser observada, principalmente quanto ao seu aspecto formal, já que as técnicas de controle de constitucionalidade e a própria necessidade de concretização dos valores constitucionais impõe uma postura diferenciada e preocupada em que a decisão judicial seja célere, adequada e principalmente efetiva, e com respeito às garantias constitucionais das partes.

Na linha do direito à jurisdição específica enfocada, não só o autor tem esse direito, pois a parte demandada tem mesmo direito e deseja que a pretensão do autor não seja reconhecida, mas não deixa de ser um direito de ação nos mesmos termos.

Essa visão constitucional equaciona melhor o problema e assegura um equilíbrio que deve ser mantido pelo juiz durante todo o processo e quando de sua decisão, de acordo com as peculiaridades, decidirá com quem o direito material se encontra e acaso não cumprida a decisão, materializará o reconhecido.

Não se faz necessária a indicação de todas as garantias constitucionais processuais¹⁸, já que o objetivo desse artigo é tão-somente demonstrar que a atividade

18. Indicamos o nosso livro *Processo constitucional nova concepção de jurisdição* para aprofundamento da matéria já individualizado em nota anterior.

jurisdicional contemporânea não pode, sob hipótese alguma, deixar de levar em consideração tais garantias, daí essa compreensão ser tida como modelo constitucional de processo a informar todo o agir do processualista. Interessante é a posição de Cássio Scarpinella Bueno nesse sentido:

Dessa forma, meu objetivo principal é fornecer ao público leitor um verdadeiro guia para leitura de um Código que não é mais propriamente, Código, mas que nem por isto, só por isto pode ter sua correta interpretação e aplicação negada ou negligenciada. É oferecer, digo de uma vez, uma proposta de leitura unificada, coesa, sistemática, do que é novo, a partir de um núcleo duradouro de normas jurídicas, o “modelo constitucional do processo”. Justamente porque o que falta àquilo que chamamos, pelo hábito, pelo costume, de Código de Processo Civil, é unidade, coesão e sistematização, este ponto de partida das reflexões sobre o processo civil (os valores que a Constituição Federal quer que sejam realizados pelo Estado-Jurisdição em matéria civil), é, a esta altura, o verdadeiro norte, o fio condutor, que tem como emprestar uma sensação necessária de unidade aos trabalhos legislativos mais recentes, viabilizando sua esmerada aplicação. O processo civil, sabemos todos, tem de ser “efetivo” por “efetividade do processo” vale destacar que ele deve ser entendido como meio de solução de controvérsias, mediante atuação do Estado; ele tem de produzir resultados práticos não e não criar mais problemas e mais dificuldades, além daqueles apresentados pelos interessados na solução do litígio. É a busca de soluções que moveu e que move a produção deste trabalho¹⁹

Em trabalho de parceria deste autor com o colega de magistério e magistratura Pedro Rodrigues Caldas Neto, afirmamos naquela oportunidade que o modelo constitucional de processo tem total aplicabilidade no processo penal, com mais veemência inclusive, por restringir um direito dos mais caros ao cidadão, a liberdade, em que pese se deixar clara a inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais. Assim foi enunciado:

Portanto, nunca é demais repetir que o processualista, além de ter em mente que sua atividade não tem um fim em si mesmo, ou seja, é marcadamente instrumental em relação ao direito material, deverá se nortear por todas as premissas presentes nos direitos fundamentais citados e, em alguns casos, não só sopesá-los, mas também aplicá-los diretamente, tudo para fazer valer esse propugnado modelo constitucional de processo, que nada mais significa do que a visão dos valores encampados pela nossa Carta Magna, que, no processo penal, representou verdadeira inversão dos seus eixos valorativos, indo da feição marcadamente utilitarista de 1941, ao perfil preponderantemente garantista de 1988, como no decorrer dos capítulos seguintes se fará observar.²⁰

19. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v.1 São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.
20. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval.; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de Prisão e Soltura sob a ótica Constitucional*, São Paulo: Método, 2007, pág. 59.

Dessa forma, vê-se que o modelo constitucional de processo tem como escopo fazer com que todas as leis que tratam de processo sejam lidas a partir da necessidade de que o direito fundamental a uma tutela efetiva seja respeitado, tudo em consonância com as garantias constitucionais processuais.

Essa ligação é imprescindível para que se tenha um processo realmente preocupado em assegurar a realização do direito material, já que a fase autonomista do processo já cumpriu seu papel e hoje não pode ser mais valorizada, como infelizmente parte da doutrina ainda teima em insistir com visões mecanicistas e formais por excelência.

Diante do exposto, pode-se concluir que é imprescindível para essa nova concepção de jurisdição que os operários do Direito, na prática utilizem-se, em todas as suas atividades dentro do processo, desse modelo constitucional de processo, para justamente tornarem real o direito fundamental à tutela jurisdicional e as próprias garantias constitucionais processuais.

Para que no mundo real exista de fato o direito fundamental à tutela jurisdicional faz-se imprescindível também que as autoridades públicas tomem várias atitudes concretas, tendo neste ponto especial destaque a atividade do legislador, no que tange a criar técnicas processuais específicas que sejam capazes de assegurar uma efetiva proteção a todos os direitos materiais, pois só assim pode-se dizer que existe direito a uma tutela jurisdicional e, por conseguinte, uma jurisdição eficaz.

Nesse sentido, vários dogmas precisam ser transpostos. Primeiro é essencial que se extirpe do mundo jurídico a compreensão de que o acesso à justiça se limita tão somente ao direito a uma sentença, mesmo que de mérito. O cidadão, quando recorre ao Poder Judiciário, na maioria das vezes, deseja ver o seu suposto direito restabelecido *in natura* e não a uma reparação. Ele queria que nada tivesse ocorrido e que a Justiça lhe dê de volta o que fora tomado, por exemplo.

Entretanto, se se fizer uma análise das regras processuais vigentes, verificar-se-á, facilmente, que as mesmas sempre priorizam a tutela reparatória.

Segundo, tem-se que verdadeiramente permitir à população acesso à justiça no sentido de dotar o cidadão mais pobre, que é a maioria esmagadora quem mais necessita da Justiça e quem menos tem acesso de meios que lhe permitam levar suas angústias a esse Poder.

Para tanto, a primeira coisa a se fazer é de fato instituir em todo o país uma Defensoria Pública que atenda efetivamente a essas pessoas, permitindo-as que suas querelas não sejam resolvidas por meios espúrios, ou melhor, sem solução e muitas vezes demandando para atividades criminosas, o que emperra a Justiça do outro lado. Aí talvez o exemplo mais claro da inefetividade das normas constitucionais, pois esse direito fundamental é previsto expressamente e infelizmente a maioria esmagadora da população não sabe o que é Justiça.

Nesse sentido, sabe-se que a culpa não é do Judiciário e até o legislador já fez sua parte, pelo menos o constituinte, como registrado supra, faltando ao Poder Executivo de todo o país cumprir o que está disposto em um direito e garantia fundamental do cidadão, qual seja, a assistência judiciária integral e que não deixa de ser um mecanismo processual, acaso existente, de se alcançar o direito à tutela jurisdicional, já que hoje, para essa parte da população, isto é uma ilusão das maiores.²¹

Não cabe em sede deste artigo maiores comentários, contudo, patente que essa ausência macula a Justiça de nosso país e somente vontade política dos governantes em virar essa página triste que deve ficar somente para a história e ainda esquecida se possível. Terceiro, é imperioso que se deixe de valorizar o processo sob o aspecto formal como se esse instrumento de proteção de direitos fosse a coisa mais importante, quando cediço que ele não pode ter um fim em si mesmo.

Talvez esse dogma, que atualmente, infelizmente, ainda campeia trabalhos de parte da doutrina, precise ser constitucionalizado, na linha aqui defendida, com mais veemência justamente para se colocar o processo no seu devido lugar de efetivo protetor dos direitos materiais, ou seja, um processo que sempre traga resultado concreto na proteção dos direitos materiais.

Alguns direitos já trazem insito neles o seu mecanismo processual de tutela, enquanto alguns dispositivos processuais ainda teimam em prescrever regras que não se identificam com essa nobre função de proteção dos direitos, a qual a jurisdição contemporânea não pode se dissociar, sob pena de sua finalidade não ser atingida.

Poder-se-ia destacar diversos outros tabus a serem ultrapassados por essa visão mecanicista da jurisdição e de um processo altamente formal na linha dos códigos vigentes, contudo, o objetivo não seria frutífero, já que, nesse momento, o mais importante é se destacar que a jurisdição contemporânea necessita que o legislador esteja atento a essas barreiras e crie técnicas processuais específicas que sejam capazes de assegurar direitos materiais, também específicos, e que infelizmente os procedimentos padrões não são eficazes.

Entretanto, é cediço que apesar das ultimas reformas processuais, terem, de alguma forma, criado algumas dessas técnicas, muitos direitos específicos ainda estão sem o seu devido procedimento, o que sem uma visão mais ativa do juiz, significa em última análise uma atividade jurisdicional sem proteção efetiva desses direitos, o

21. Com muita tristeza venho fazendo uma comparação forte com esse problema, pois se analisarmos com calma é como se fosse um estelionato institucional, pois a previsão dessa assistência retrata uma falsa impressão de que a população carente tem advogados para principalmente defender os acusados de crime ou então aquelas mães que buscam tão-somente o alimento de pais irresponsáveis. Essa é que é a grande verdade. Precisamos pensar os problemas de processo a partir da realidade, ou seja, de fora para dentro e não o contrário como infelizmente ainda se vê e na qual essa visão constitucional tentar acabar, já que o caso concreto sempre é priorizado.

que se afigura inadmissível dentro do contexto de constitucionalização ora defendido e que tem os direitos e garantias fundamentais como pilares do sistema.

Destarte, mesmo que não haja técnicas processuais específicas, como, por exemplo, pode-se citar a inexistência de muitas processuais para descumprimento de determinações judiciais que envolvam direitos não abarcados pelas normas já previstas, impõe-se ao juiz, para fazer valer o direito à tutela jurisdicional efetiva, utilizar-se de procedimentos semelhantes ou até mesmo criar procedimentos específicos para o caso concreto, tudo com respeito às garantias constitucionais processuais.²²

É inadmissível que hoje a jurisdição não seja guiada pelas necessidades de direito material em específico e do caso em discussão. Esse é o grande desafio da atividade jurisdicional contemporânea.

A tempestividade também é outro valor priorizado em nosso ordenamento e que não pode ser dissociada dessa visão do processo constitucional e dessa nova concepção de jurisdição, sendo, portanto, imprescindível que as técnicas processuais criadas pelo legislador ou pelo juiz em cada caso concreto, para que haja efetivamente a tutela dos direitos, leve em consideração a questão da celeridade, a qual se encontra atrelada com os outros valores já comentados e que perfilha o modelo constitucional de processo.

Em obra coletiva, também enunciamos a importância das técnicas processuais para uma efetiva tutela de direitos, como se observa abaixo:

Esse desafio, por outro lado, também impõe que exista na lei ou então a partir das decisões judiciais técnicas processuais específicas que assegurem ao vencedor da demanda a obtenção do próprio direito violado ou ameaçado e não a sua reparação, como comumente se vê na prática. Essa tendência tem que ser expurgada da teoria e prática de nosso direito, ficando a tutela reparatória como subsidiária ou então em caso de requerimento expresso do prejudicado... Destarte, esta é a principal preocupação de todos que estudam o Direito processual, atualmente, de modo que se faça valer o seu aspecto instrumental e utilitário, a partir da efetiva satisfação das

22. “O juiz, afinal, não precisa mais ser visto com desconfiança, como alguém que precisa ser limitado, pois representa faceta do Estado a ser manietada, como se via no direito liberal burguês. Hoje o juiz deve assumir a condição de autoridade - que lhe é própria - exercendo os poderes conferidos ao Estado (e atribuídos a este agente político em específico) para reconhecer, realizar e, enfim, atribuir, os direitos proclamados pela ordem jurídica. Como pondera Marinoni, a respeito do afastamento do princípio da congruência no campo das tutelas específicas, “essa proibição (de decidir fora do pedido da parte) tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um ‘inimigo’, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social”. Sérgio Cruz Arenhart. Reflexões sobre o princípio da demanda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 601.

necessidades materiais de quem teve o seu direito violado ou ameaçado, sem que haja excessivo rigor formal e ao mesmo tempo a cega procura de uma Justiça rápida e efetiva, sem a observância do devido processo legal em sua ótica material. O equilíbrio entre esses valores é uma das principais funções dessa nova Jurisdição.²³

Nesse sentido, verifica-se a importância dessas técnicas no cenário atual para que se possa dizer que a jurisdição efetivamente recoloca as coisas nos seus devidos lugares, ou seja, como antes da violação ou até mesmo ameaça.

Quanto a esse último aspecto, a jurisdição precisa avançar muito, pois infelizmente a legislação ainda é muito tímida na previsão de tutelas inibitórias, o que aumenta a responsabilidade do juiz em assegurar essa proteção preventiva, como prevê a Constituição e alguns direitos materiais, como o da personalidade, por exemplo, que sem esta proteção especial muitas vezes são ineficientes no plano real.

Mais uma vez se socorre das lições de Luiz Guilherme Marinoni, que em sede de tutela inibitória, assim dispõe:

A recente “reforma do Código de Processo Civil” e, especificadamente a introdução no Código do novo art. 461, confere-nos importante oportunidade para extrair do tecido normativo uma nova tutela jurisdicional, ou seja, uma tutela que seja efetivamente capaz de prevenir o ilícito. Essa tutela não só chama a atenção dos civilistas para o equívoco da unificação das categorias de ilicitude e da responsabilidade civil, que espelha a idéia, bastante difundida, de que a única tutela contra o ilícito é a de reparação do dano, mas faz também surgir, no plano do direito processual, uma tutela alternativa àquelas que sempre estiveram sob os cuidados dos processualistas....É claro que tudo isso somente é possível porque o processo é pensado a partir de outro ângulo visual – pensar o processo em termos de “tutela de direitos” é assumir nova postura perante o direito processual – capaz de romper com a ilusão de que as categorias do direito processual possam ser construídas ao redor de uma ação uma e abstrata e, portanto, de um pólo metodológico que simplesmente ignore a necessidade de o processo ser manchado pelas tintas do direito material a que deve dar resposta.²⁴

Antes de concluir esse tópico é essencial que registremos também a necessidade de que dentro desse contexto de efetiva tutela dos direitos através do processo, não se olvide para a questão dos direitos transindividuais, como bem dispostos na Constituição, pois é indiscutível que não se pode tratar esses direitos da mesma forma dos direitos individuais, logo, é indispensável que não só o legislador se preocupe com tal fato, como fez ao instituir o Código de Defesa do Consumidor, mas também o juiz se livre das concepções fechadas do processo comum ordinário, criando alternativas para solução dos problemas em específico que surgem no dia a dia forense.

23. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Visão Panorâmica da última reforma do CPC numa ótica constitucional* in CAVALCANTI, Bruno.; ELALI, André.; VAREJÃO, José Ricardo. Coordenadores. *Novos Temas de Processo Civil*. São Paulo: MP, 2007, p. 266-268.

24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: RT, 2003, p- 24-26.

Diante dessas considerações, constatamos de forma bem nítida que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode ser alcançado com as linhas mestras atuais que ainda influenciam o nosso processo, precisando urgentemente que se faça não só a leitura constitucional proposta, que é um antecedente lógico, mas que todas as ações e omissões sejam travadas com o intuito de ver o direito material resguardado em cada caso concreto, tendo as técnicas processuais papel relevante e indispensável, quer as instituídas pelo legislador, quer as criadas em específico pelo juiz.

5. PECULIARIDADES DE CADA RAMO PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

A par de tudo o que se disse até agora, verificamos que apesar de existir uma marca constante em toda espécie de processo, há peculiaridades em cada um dos ramos, que também precisam ser levadas em consideração a fim de que essa visão do processo constitucional atinja seu objetivo de efetivamente tutelar todos os tipos de direito.

Neste sentido é que tentaremos desenvolver de forma genérica - é claro - algumas particularidades dos ramos de processo mais utilizados pelos cidadãos de forma que o leitor possa vislumbrar que essa preocupação é interessante e atende ao que preceitua o artigo 5.º inciso XXXV da CF (acesso à justiça efetiva).

Começaremos pelo processo civil estrito senso em que se verifica que na maioria dos casos temos direitos materiais disponíveis, logo a preocupação, do juiz principalmente, não deve ser tão acurada, pois, por exemplo, a não apresentação de uma resposta, apesar de devidamente cientificado do ônus, é uma conseqüência razoável a ser suportada pelo contumaz.²⁵

Agora essa conseqüência não pode ser de plano a procedência do pedido, mesmo naqueles casos em que o direito debatido é totalmente privado, eis que o devido processo legal impõe a necessidade de que se busque a verdade mais aproximada da real e o respeito ao que fora estabelecido na lei e o CPC prevê diversos atos a serem cumpridos, justamente para regulamentar essa garantia.

Não é o caso de se levantar diversas outras especificidades de tal ramo, já que a idéia por nós defendida é tão-somente suscitar o dever dos operários do direito em ficarem atentos a essas peculiaridades que fazem realmente a diferença.²⁶

25. É evidente que não se pode levar esse exemplo ao extremo já que em alguns casos, como o de indenização por dano moral, em que o direito na maioria das vezes é disponível, a não apresentação de qualquer resposta no prazo não deve induzir a procedência do pedido e muito menos o valor indenizatório pleiteado, logo o juiz pode e deve em alguns casos designar audiência de instrução, em que devem ser carreadas aos autos prova do alegado.

26. A previsão do julgamento liminar de improcedência não atenta ao devido processo legal e seus consectários da ampla defesa e contraditório, como tivemos a oportunidade de afirmar em livro por nós já citado e que agora se registra por ser oportuno: “Destarte, a novel disposição vem, tão-somente, fazer valer o

Outro processo muito utilizado, principalmente pela população pobre e isso deve também ser levado em consideração, é o processo trabalhista e neste em que pese teoricamente se tratar de direitos disponíveis, não se pode analisar do mesmo modo que os processos cíveis *stricto sensu*, pois se fala de verbas alimentícias e o pagamento regular das mesmas pela classe empresarial tem um reflexo direto na coletividade e até mesmo no desenvolvimento do país.

Não se pode, por exemplo, achar natural que uma empresa feche as portas e deixe todos os seus empregados sem pagamento de alguns meses de salário e todas as demais verbas alimentícias. O juiz laboral além de todas as garantias constitucionais processuais que deve assegurar as partes tem outras preocupações sociais coletivas, ou seja, que transcendem àquele processo singular. Essa particularidade tem que ser trabalhada de forma perene, daí porque a execução nesses processos pode e deve ser iniciada de ofício.²⁷

espírito constitucional implementado com a Reforma do Judiciário, qual seja, a decantada efetividade e celeridade processual, justamente naqueles casos que a doutrina cognomina de “aventuras jurídicas”, onde o indivíduo teima em adentrar com uma ação defendendo uma tese jurídica, que não encontra guarida em nossos Tribunais, daí porque, despiendo que o Estado Juiz exerça vários atos, com uma perda de tempo, se a decisão já está acertada, ou seja, a tese implementada na inicial, já fora rechaçada em outras oportunidades em situações iguais. Não se convence de que o direito de acesso a Justiça, como qualquer outro direito, também fundamental ao cidadão, possa ser tido como absoluto. Além do mais, está se lidando com outro direito fundamental do cidadão, a duração razoável do processo e a própria efetividade, que restarão comprometidas em diversos outros processos, justamente pela grande quantidade de ações fadadas ao insucesso de plano, que correm tão-somente para fazer valer formalmente regras, que no caso em específico poderiam ser dispensadas, como assim ocorreu, com a novel previsão. Tais argumentos podem ser tidos como desprezíveis ante o possível ferimento ao princípio da ampla defesa, com a dispensa da citação. Não se pensa desta forma, por vários motivos. Primeiro, não é novidade do CPC a dispensa de citação e nem por isso se alegou tal ferimento, pois o artigo 295 já previa diversos casos em que a petição inicial era indeferida, sem que houvesse a complementação da relação processual e até mesmo em questões, tidas pelo Código, como de mérito, a exemplo, da decadência. Segundo, o maior interessado na citação, para formalmente fazer valer o princípio da ampla defesa, é o próprio beneficiado com a decisão, que evitará a constituição de advogado pelo menos, neste primeiro momento e não vai ter interesse recursal algum para se insurgir contra o julgamento liminar do feito. Terceiro, o novo artigo, por opção do legislador e atendendo a idéia de duplo grau de jurisdição, possibilita ao prejudicado a interposição de apelação, onde expressamente se abre a oportunidade de retratação, em cinco dias, o que vem a inclusive a compatibilizar o contraditório, ao determinar a ciência ao recorrido e o direito de responder ao recurso. Não bastasse tais opções extremamente claras, onde o prejudicado pode comprovar o total desacerto da decisão do Juiz, se, por exemplo, tiver errado faticamente ao aplicar entendimento anterior do juízo a situação totalmente diversa, ou até mesmo o caso dos argumentos usados na decisão considerada paradigma tiverem “caído por terra” junto aos Tribunais Superiores, abre-se ao mesmo, com a apelação, a própria discussão da causa jurídica em si, se por acaso, essa sua decisão for isolada desta força dos precedentes, a qual o novo modelo constitucional de processo trouxe, como incremento a celeridade e efetividade processual”. José Herval Sampaio Júnior. *Visão Panorâmica da Última Reforma do CPC numa ótica constitucional* in CAVALCANTI, Bruno.; ELALI, André.; VAREJÃO, José Ricardo. Coordenadores. *Novos Temas de Processo Civil*. São Paulo: MP, 2007, p. 294/295.

27. Os direitos sociais são uma espécie de direito e garantia fundamental que precisa ser trabalhado pelo Poder Judiciário de modo individuado e especial, pois infelizmente temos uma dívida com a população pobre muito grande e somente uma visão diferenciada e assistencial como prevê as regras e princípios do processo laboral pode obter sucesso nessa empreitada. Daí porque os processos trabalhistas são todos

Já o direito processual penal tem em jogo, em todo o seu desenvolvimento dois valores bem definidos, quais sejam, a necessidade de se garantir a segurança pública e o respeito muitas vezes intransigente ao direito de liberdade, logo os operários dessa espécie de processo tem particularidades intensas e que precisam ser sopesadas em cada caso concreto.²⁸

Portanto o processo penal tem uma função social muito grande e os operários não podem se descurar desta idéia, principalmente nesse momento infelizmente de grande violência que assola o mundo inteiro, daí deve ter o caráter punitivo, mas também educativo e preventivo, com o espírito de que nem sempre a prisão é a melhor solução, contudo, em alguns casos ela é imprescindível e somente uma ação firme vai melhorar essa profunda inversão de valores porque passa nossa sociedade.

Também é importante que se registre algumas peculiaridades do processo eleitoral, que busca proteger um valor muito importante para a sociedade brasileira, que é a democracia. Desta forma, não se pode querer pensar que esse processo não deve, na medida do possível, enxergar as práticas abusivas dos detentores de mandato e daqueles poderosos que desejam governar e fazer leis em nosso país.

Não se pode querer cumprir as regras do processo eleitoral sem a devida atenção aos valores constitucionais, já que infelizmente, muitas vezes, as leis são feitas para acomodar diversos outros interesses, que não o da coletividade, logo os juízes eleitorais detém uma parcela importante de responsabilidade no resultado final do jogo democrático.²⁹

mais rápidos e com um procedimento cada vez mais enxuto, já que os empregadores não podem achar de que o descumprimento de seus deveres não vai ser imediatamente reparados, evidentemente com o respeito ao devido processo legal, mas com um conjunto de ferramentas específicas que possam ser úteis para os problemas peculiares existentes nesse direito misto.

28. Mais uma vez recorro ao que disse em companhia de meu amigo e irmão Pedro Rodrigues Caldas Neto, em livro já citado: “Destarte, as reflexões *supra* se aplicam como uma luva à atividade estatal de restrição da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que conduz à necessidade de o Poder Público em geral, e em especial a magistratura, passar a sopesar os interesses em cada caso concreto, ou seja, o direito fundamental do cidadão em responder ao processo penal em liberdade e o interesse social de acautelamento da segurança social e da própria eficácia do processo. Os primados constitucionais da presunção de não-culpabilidade e os direitos e garantias individuais previstos no art. 5.º referentes ao *status libertati*, bem como os vetores hermenêuticos que conduzem à supremacia material e formal da Constituição, impõem a adoção de um modelo constitucional de processo penal, ao qual todos devem subserviência a fim de que os valores constitucionais sejam efetivamente respeitados no plano fático”. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval.; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de Prisão e Soltura sob a ótica Constitucional*, São Paulo: Método, 2007, p. 62.
29. É muito grande a discussão hoje sobre os efeitos do princípio da presunção de inocência para aquelas pessoas, principalmente detentores de mandato eletivo, que tiveram os seus nomes figurando na lista de pendência junto à administração pública, feita pelos diversos Tribunais de Conta, que têm o papel de fiscalizar o cumprimento dos princípios e regras constitucionais e legais por parte daqueles que mexem com dinheiro público e na apuração técnica desses tribunais muitos governantes e parlamentares desviaram dinheiro e cometeram diversas ilegalidades e mesmo assim, por força do peculiar princípio citado, ainda podem ser candidatos a candidatos e ter o seu registro de candidatura deferido. Essa conclusão, de modo

Por fim ainda entendemos oportuno lembrar aos que laboram com o processo administrativo, que esta regra geral tem as mesmas premissas do processo judicial, como estabelecido em nossa Carta Magna “aos litigantes em processo judicial ou administrativo serão assegurados a ampla defesa e o contraditório, com os meios e recursos a eles inerentes”.

Desta forma, as particularidades devem ser sopesadas em cada situação fática, principalmente o fato da decisão não ser definitiva e se poder sempre rediscutir a nível judicial, contudo, se os administradores, balancearem moderadamente as garantias constitucionais processuais e os princípios próprios do direito administrativo, como por exemplo, o da supremacia do interesse público sobre o privado³⁰, com certeza as suas decisões serão mantidas pelo Poder Judiciário.

Para fechar todo esse raciocínio de unidade e ao mesmo tempo peculiaridades de cada ramo processual, trazemos a distinção de José Alfredo de Oliveira Baracho em obra já citada:

“A disciplina que se ocupa dos órgãos e das normas processuais decide controvérsias de caráter constitucional. Ela é relativamente recente, pois mesmo que haja existido instrumentos e instituições para solução desta tipologia de conflitos há bastante tempo a revolução constitucional americana norte americana e os ordenamentos que se inspiraram nela vieram a ser situadas nos anos 30 do século XX, quando surgiu a preocupação de novas análises científicas, tendo como centro as controvérsias entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o órgão “protetor” ou “defensor” da Constituição. Hector Fiz- Zamudio entende que o ponto de partida mais adequado para uma análise sistemática do assunto deve fundamentar-se e partir

algun, pode ser aceita, por si só, pois já se demonstrou nessas linhas que os direitos e garantias fundamentais não podem ser considerados absolutos, daí no nosso entender, haver o dever do juiz eleitoral em analisar as circunstâncias de cada caso concreto, se imiscuindo inclusive no mérito de processos ainda não julgados, tão-somente para análise das condições de elegibilidade previstas na Constituição e nas leis eleitorais. Desta forma, vê-se claramente que os operários do direito em geral tem que estar vigilante aos valores constitucionais e ao mesmo tempo as particularidades de cada ramo e do caso concreto em específico.

30. “Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles é possível destacar: a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto”. Luis Roberto Barroso, Neo-Constitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, artigo publicado no Jus Navigandi, com acesso em 09 de junho de 2007.

da disciplina genérica conhecida como “Teoria ou doutrina geral”, do processo ou do Direito Processual, como criação do “processualismo científico” que surgiu na Alemanha e na Itália, evoluindo de forma acentuada, conforme ressaltam diversos doutrinadores. Salvatore Satta contribuiu para reelaborar, em relação ao processo, todos os grandes temas da Teoria Geral do direito. Existem diversas concepções sobre a Teoria ou doutrina geral do processo ou do Direito Processual que parte da sistematização dos princípios, conceitos e instituições comuns a todos os ramos do processo, estudados de maneira unitária, de conformidade com as instituições fundamentais de toda disciplina processual. **Em cada um dos segmentos pertencentes ao campo do Direito Processual, existem matizes e modalidades peculiares que não impedem a existência de direcionamentos gerais. A independência das diversas disciplinas processuais, a respeito do direito substantivo, é relativamente recente, sendo que a distinção iniciou-se com o Direito Processual Civil e Direito Processual Penal, sendo que apenas mais tarde surgiram outros segmentos, como um Direito Processual Administrativo, o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e novos segmentos da processualística. Com o tempo apareceu a mais moderna orientação processualística, através do processo constitucional.** Várias dúvidas doutrinárias surgiram sobre o conteúdo desta disciplina, de caráter processual. Alguns autores dão-lhe uma extensão ampla, quando entendem que deve compreender a análise de todas as normas fundamentais que regulam as instituições de caráter processual. De acordo com o entendimento de Domingo Garcia Belaúnde, a essência desta disciplina está contida no estudo das características processuais inseridas na Constituição. Apesar de ser um ramo do direito processual, não se afasta do Direito Constitucional, desde que compreende a análise da jurisdição, garantias e processo e órgãos, todos eles de natureza constitucional. Tal entendimento é semelhante ao de Germán J. Bidart Campos, ao sustentar que o processo constitucional, ou Direito Processual Constitucional ou ainda Direito Constitucional Processual, que se encontram vinculados à jurisdição constitucional, de maneira sintética, regulando o processo constitucional e tem por objeto matéria constitucional. Oswaldo Alfredo Gozaíni dá ao processo constitucional um âmbito mais amplo, que não compreende apenas as garantias constitucionais, mas as instituições processuais que se regulam pelas normas fundamentais, como o direito de ação e o devido processo legal. As dificuldades de definição devem-se à estreita vinculação entre Direito Constitucional e Direito Processual, principalmente quando certos autores negam expressa ou implicitamente que existem duas disciplinas: uma do campo processual e outra do constitucional, ainda quando se encontram em uma situação de confluência. A única forma de delimitar ambas as matérias é o entendimento de que podem configurar duas maneiras de estudos que podem qualificar como Direito Processual Constitucional em sentido estrito e outra denominada Direito Constitucional Processual, ambigüidade que para nós será afastada com a denominação processo constitucional”. *Grifo nosso*.³¹

Desta forma, o que pretendemos é enunciar o processo constitucional a partir da nova concepção de jurisdição como um todo, claro constitucional, e das garantias

31. José Alfredo de Oliveira Baracho, *Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 320/322.

constitucionais processuais, como método de análise e aplicação constante de todos ramos processuais, independentemente da questão disciplinar na forma das brilhantes considerações do professor Baracho e dos autores pelo mesmo citado e que no tópico seguinte fecharemos o raciocínio.

6. PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO MÉTODO HODIERNO DE TRABALHO DOS PROCESSUALISTAS

Depois de tudo que dissemos até agora, podemos estabelecer alguns referenciais para que o processo constitucional, na linha aqui esposada, tenha a maior aplicabilidade possível. Será que é necessário criarmos ou já existe a disciplina processo constitucional?

Temos a convicção de que não é se criando mais leis, mais códigos, mais disciplinas, enfim novas modalidades para que necessariamente as coisas mudem. Se porventura algumas universidades³², por exemplo, criarem essa disciplina, com certeza, isso será bom para que as idéias desse processo possam realmente influenciar todos os ramos processuais, porém esse não é o maior problema.

Portanto, resta-nos neste último tópico explicarmos como essas idéias do processo constitucional podem na prática contaminar efetivamente todos os ramos processuais. Nesse sentido, talvez a forma mais fácil, por enquanto, é termos este processo como um método imprescindível de pesquisa de todos os tipos de processo, ou seja, um novo olhar sobre esses ramos, de modo que eles possam conseguir atingir os seus objetivos de proteger os respectivos direitos materiais, porém, antes de tudo, todos devem subserviência aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, daí a pertinência do processo constitucional como um antecedente lógico e obrigatório no nosso sentir.

Nesse diapasão, é importante que se traga de plano as idéias de João Batista Lopes, em obra já citada, que trata do valor efetividade no processo civil - aplicando-se evidentemente a todos os ramos - tão perseguido pelo processo e na qual a visão constitucional o prioriza de todas as formas:

“O processo civil brasileiro vive momento de grande evolução em razão da recente reforma processual e das fortes tendências doutrinárias, entre as quais a constitucionalização do processo e a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional. A expressão constitucionalização do processo comporta dois significados

32. A Universidade Potiguar, instalada no Estado do Rio Grande do Norte, que tenho orgulho de lecionar, tendo faculdades de Direito no campus de Natal e Mossoró possui em seu cabedal de disciplinas especificadamente o processo constitucional, tratando de todos os temas por nós enfrentado, com o acréscimo dos remédios constitucionais, o que se afigura muito interessante e a prática vem demonstrado isso, o que poderia ser copiado por diversas outras faculdades e universidades. Cito ainda a UNIFOR (Universidade de Fortaleza), na qual conclui minha graduação e mestrado, sendo professor do curso de especialização e na qual também tem a disciplina processo constitucional.

distintos: (a) criação de nova disciplina, na grade curricular, denominada direito constitucional processual ou direito processual constitucional; (b) novo método ou modo de estudar o processo com os olhos voltados para a Constituição. A criação de nova disciplina, a para das tantas já existentes, não se afigura necessária, já que o objeto de estudo de que se cuida é o próprio processo civil, posto que sob a perspectiva constitucional. Mais adequado se mostra falar de constitucionalização do processo como simples método de trabalho em que o processo é estudado sob à luz dos princípios e valores expressos ou implícitos na Constituição Federal. Importa ressaltar, a rigor, essa tendência não é recente, como se pode confirmar, por exemplo, em obras escritas há mais de 50 anos, como a clássica *Processo, ideologias, sociedade* de Mauro Cappelletti.³³

Estas pertinentes e atualizadas observações merece, com certeza, algumas digressões dentro do que fora estabelecido neste artigo como base para o neoprocessualismo ou processo constitucional na nossa visão. Primeiro é de se apontar os acertos quanto à pelo menos por enquanto não se pensar necessariamente em outra disciplina, justamente para que a força dos valores constitucionais sejam impregnados em todos os ramos processuais.

Segundo, que essa relação entre o processo e a Constituição não é tão nova assim e tal fato comprova que os processualistas parecem viverem em outro mundo, pois não acordam para o fato de que o processo deve se adaptar integralmente as realidades sociais e esta é dinâmica, logo os direitos e garantias fundamentais, no nosso entender, são o ponto de equilíbrio que deve ter toda a atuação do processo nesse cotejo com a realidade e com as ações do legislador.

Por outro lado, não concordamos com o adjetivo simples utilizado pelo mestre pelo fato de que este pode ser mal interpretado e como vimos esse processo constitucional revolucionou as bases do processo, não só ao fazer com que esta seja visto por outro ângulo³⁴, como defendemos, mas também, até mesmo quase que

33. João Batista Lopes. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Estudos de Direito Processual Civil homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora RT, 2005, p.134.

34. O professor e emérito processualista contemporâneo Cássio Scarpinella Bueno em palestra memorável nas VII Jornadas Brasileiras de Direito Processual, coordenando um painel sobre processo constitucional, o que demonstra a força do tema hoje entre os processualistas, enunciou de modo bem enfático, a partir de suas idéias doutrinárias em todos os volumes de seus cursos, a necessidade de que o processo constitucional seja visto como um método de pesquisa, estabelecendo o modelo constitucional de processo, que a par de cada ramo deve ir se agregando. Em artigo publicado em duas coletâneas, sob o nome sugestivo de Bases científicas para um renovado direito processual, do conclave que comemorou os cinquenta anos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), na qual também tive a honrar de publicar um artigo, o professor disse o seguinte quanto ao processo civil, mas sem nenhuma dúvida se aplica aos demais ramos: “A parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado Brasileiro é a Constituição Federal. É por isto que tanto os seus fins como também a forma de atingi-los, isto é, os seus meios, têm que ser extraídos, em primeiro plano, daquele corpo normativo. Eis a importância de o direito processual civil ser estudado o que pode e deve ser chamado de “modelo constitucional”, expressão que deve ser compreendida amplamente para compreender todas as diretrizes

automaticamente, mudado a concepção da jurisdição e da ação que hoje deve ser construída a partir das peculiaridades de cada caso concreto, ou seja, adequada a uma efetiva tutela de direitos.

Desta forma vimos que essas mudanças influenciaram todos os ramos processuais de uma forma que até mesmo o legislador, não só no processo, mas também no direito material e como dito essa relação deve ser a mais próxima possível, passaram a perceber que somente as particularidades do caso concreto é que permitem ao juiz uma ação mais aprumada com a proteção dos valores constitucionais e hoje já é fato que muitas leis já estão repletas de disposições abertas, que permitem a acomodação pelas circunstâncias específicas da situação. Nada mais é do que o reflexo desse novo olhar que se propugna.

Dentro de todo esse contexto é importante que mais uma vez se utilize dos ensinamentos do constitucionalista-processualista José Alfredo de Oliveira Baracho, que em sua clássica obra nos brinda com um alicerce de estudiosos do direito constitucional e processual do mundo inteiro, remete-nos a idéia da existência de uma nova disciplina, todavia, seus comentários somente reforçam a força das inserções constitucionais no processo, aqui apontada, e as divergências de nomenclatura e abrangência do processo constitucional, mencionando o seguinte:

“Nos últimos anos, o Direito Processual não modificou o seu caráter científico, nem tampouco seu papel no direito público. Não modificou substancialmente seu enfoque, apesar de seu conteúdo ter se enriquecido, com alta dosagem substantiva, que lhe deu outra fisionomia. **Convém lembrar a conferência de um dos clássicos Carnelutti, em 1965, reconhecendo que a figura do juiz era realmente**

que, desde a Constituição, influenciam e determinam a compreensão do direito processual civil e de cada um de seus institutos. Nesse contexto, o processo, método de atuação do Estado, no sentido de técnica que deve ser utilizada pelo Estado-juiz para prática e exteriorização de sua “vontade” (uma vontade vinculada a determinados fins preestabelecidos, uma “vontade funcional”, em sentido técnico), de seus atos em cada caso concreto, é forma de garantir que este equilíbrio entre “meios” e “fins” seja adequadamente alcançado. Seja porque é técnica de colocar lado a lado a autoridade estatal (o magistrado) o dever de atuar publicamente e motivadamente. O processo, desse prisma de análise, garante indispensável equilíbrio entre “autoridade” e “liberdade”; garante o equilíbrio entre os seus “resultados” e a “técnica” que o impõe e o que justifica em um modelo de Estado como o brasileiro. A “constitucionalização” do direito processual civil não se esgota, contudo, apenas na compreensão como método de atuação do próprio Estado. É inegável que o pensamento jurídico considerado como um todo atravessa uma sensível alteração de pólo metodológico com a que se vem sendo chamada de “abertura” da norma jurídica. De um ordenamento jurídico claramente “hermético”, em que a lei deixava pouco ou quase nenhum espaço para ser preenchido pelo intérprete e aplicador, passou-se gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito *criem a melhor solução para cada caso concreto*. E não só: alteração de pólo metodológico que elege, conscientemente, não a *lei* como referencial normativo basilar e bastante mas a *Constituição* e toda a dogmática relativa aos direitos fundamentais”. Itálico original. Cássio Scarpinella Bueno. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. Coleção Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Instituto Brasileiro de Direito Processual 50 anos. Volume 1. Coordenadores: Athon Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon, p. 416/417.

importante no processo, pelo que devia-se abandonar o mito do legislador. Houve uma ampliação do conteúdo e um enriquecimento de suas perspectivas, não lhe retirando a definição essencial, nem precisando de modificar sua denominação. Como todos os ramos do direito, o Direito Processual sofreu diversas modificações que ampliaram vastamente seu conteúdo. As transformações ocorridas no Direito Constitucional e no Direito Processual tiveram grande importância na fase de elaboração científica dos conceitos sobre jurisdição e processo. As novas perspectivas do processo constitucional e do Direito Processual Constitucional foram examinadas pelos constitucionalistas, com o importante impulso dos processualistas que redigiram trabalhos essenciais como: Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Coutore, Fix-Zamudio, González Pérez, Vescoci, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrio, Gozaini, entre outros... O tema Processual Constitucional não pode se afastar do Direito Constitucional, desde que constitui a base direta do processo constitucional, que se encontra na própria Constituição. O Processo Civil e o Processo Penal têm seu fundamento na Constituição, mas ela em si mesma não os contém. O que se encontra em uma Constituição, além da consagração dos direitos fundamentais, é o nome dos instrumentos processuais protetores, na medida em que servem para proteger a própria Constituição, sendo a referência direta, e não indireta, pelo que estamos perante processos constitucionais em sentido estrito. **Os temas consagrados no texto constitucional levam à compreensão de que o ensino do Direito Processual Constitucional deverá fazer referência aos aspectos processuais de defesa da Constituição, o que muitas vezes dificulta a sua existência como disciplina autônoma.** Os diversos manuais, bem como a jurisprudência constitucional, têm fornecido elementos para a compreensão da sistemática constitucional, dentro de uma visão processualística. Os estudos comparatistas são necessários para a compreensão dos temas ora expostos, onde podemos encontrar livros que relatam de maneira adequada os temas necessários à compreensão dos modelos de jurisdição constitucional com destaque para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no qual Konrad Hesse dedica-se ao estudo do parágrafo 19, dedicado ao Tribunal Constitucional Federal³⁵. *Grifos nossos*

Essas observações desse mestre são interessantes e denotam com muita veemência essa relação indissociável que deve haver entre processo e Constituição, contudo, quando defendemos a idéia de que por enquanto talvez seja melhor vê todas essas premissas constitucionais e irradiação dos valores em todos os ramos do processo como método e não disciplina é justamente para que não se associe sempre a jurisdição constitucional, como enuncia Baracho, já que o objeto desse processo constitucional é bem mais amplo, daí entendermos que a caso se defenda de imediato a disciplina, o passo pode ser muito longo.

Além do mais o que verdadeiramente importa não é a forma de se vê e analisar essa indiscutível contaminação dos valores constitucionais em todos os ramos processuais, mas exatamente a sua observância por todos que lidam com o processo,

35. José Alfredo de Oliveira Baracho, *Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p.335/341.

pois como expusemos houve uma verdadeira revolução em todos os conceitos básicos, de modo que a trilogia ação, processo e jurisdição fora toda modificada, sendo indiscutivelmente necessário uma nova Teoria Geral do Processo, afastada das concepções científicas formais e totalmente alinhada com os direitos e garantias fundamentais do cidadão e com o processo atrelado ao direito material.

Nesse sentido e com o olhar de futuro aguçado, como é cediço, nos ensina o notável processualista Luiz Guilherme Marinoni:

“Assim, muito mais do que novas regras, é preciso elaborar uma nova *teoria do processo*. É urgente uma teoria capaz de explicar a realidade normativa construída pelas reformas processuais que ocorreram nos últimos quinze anos para se delinear a fisionomia do processo civil brasileiro. Não se quer dizer que a necessidade de uma nova teoria do processo decorra das alterações que foram realizadas no tecido normativo-processual. A imprescindibilidade de uma nova teoria do processo deriva, antes de tudo, da transformação do Estado constitucional, e da conseqüente remodelação dos próprios conceitos de direito e jurisdição. De modo que a necessidade de uma nova teoria do processo resulta da relatividade histórica da própria teoria do processo. Os conceitos de jurisdição, ação, defesa e processo, por sua inquestionável ligação a uma “forma” de Estado, não podem ser afirmados fora de um contexto histórico, o que torna impossível pretender válidos, diante do Estado constitucional brasileiro, os conceitos clássicos de teoria do processo, sem questioná-los a partir do direito constitucional e da teoria do direito. Diante disso, conclui-se que não como ter um “renovado direito processual civil”, como propõe o Instituto Brasileiro de Direito Processual, sem uma teoria do processo elaborada à luz do Estado Constitucional e da teoria da tutela dos direitos. Frise-se que as elaborações dogmáticas – e assim as eventuais propostas legislativas – que versam sobre o processo de conhecimento, a execução e o processo cautelar não podem ter sustentação, nem ao menos lógica interna, sem uma teoria do processo que possa lhe dar fundamento”.³⁶

Sem sombra de dúvidas, podemos afirmar que todas estas idéias de Marinoni se aplicam a todos os ramos do processo, dentro das peculiaridades por nós perfunctoriamente já traçadas, contudo, como o próprio mestre nos ensina, o importante é perceber a influência direta das transformações que o Estado Constitucional e o próprio Direito como um todo propiciaram e, por conseguinte, força uma remodelação de todas as disciplinas processuais a fim de que os novos contornos não sejam mais uma vez meras palavras em um papel escrito.

Com esse enfoque de concreção é que se propõe esse novo olhar para todos os ramos processuais, de modo que a partir desse método de trabalho os cidadãos ao se utilizarem desse instrumento chamado processo vejam realmente a sua força fática de proteger todos os direitos estabelecidos em nosso ordenamento jurídico.

36. Luiz Guilherme Marinoni. Idéias para um renovado direito processual. Coletânea Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Instituto Brasileiro de Direito Processual 50 anos. Volume 1. Coordenadores: Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon, p. 142.

CONCLUSÕES

A Constituição passou a ser o documento mais importante de uma sociedade, todavia, essa supremacia, por si só, não foi suficiente, num primeiro momento, para que os seus valores restassem cumpridos por todas as autoridades e pelo povo, que também lhe deve subserviência. Estava a sociedade, infelizmente, acostumada com a autonomia privada que as leis lhe permitiam.

A constitucionalização do Direito é a ideologia dominante do século XX e com certeza se consolidará no século atual, impondo um novo olhar sobre todos os ramos do Direito, em especial os processuais, aos quais obrigatoriamente são atingidos pela conseqüente irradiação dos valores constitucionais, tornando peça inaugural e basilar dos mesmos, provocando, por outro lado, uma imanente revisitação de seus institutos.

No ramo processual em especial conduziu a essa nova concepção de jurisdição e ao mesmo tempo ação, pois ao deslocar o centro da atuação para a Constituição e para os direitos e garantias fundamentais, os juizes ao decidirem, obrigatoriamente são influenciados pelos valores que devem ser concretizados nas situações em específico, ou seja, todo o processo agora é constitucional.

O neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo têm seus alicerces jurídicos nos direitos e garantias fundamentais, que devem ser observados ou no mínimo levados em consideração em toda a atuação pública e até mesmo dos particulares, logo, a atuação jurisdicional é automaticamente atingida por essa filtragem constitucional, condicionando, por conseguinte, uma revolução nos ramos processuais.

A atividade jurisdicional eminentemente constitucional impõe ao magistrado a construção da norma jurídica em específico com atribuição de sentido no caso concreto e a par das peculiaridades deste e sempre com o escopo de ver protegido os direitos e garantias Fundamentais do cidadão.

Os diversos direitos e garantias fundamentais, que tratam do processo, ou seja, as garantias constitucionais processuais, que informam todo o processo, condicionam todo o agir do processualista contemporâneo, a ponto de se afirmar que ele se encontra atrelado ao modelo constitucional de processo, que impõe uma leitura sistemática de todo o processo diante dessas premissas indissociáveis, devendo-se expurgar interpretações que priorizem o tecnicismo e a formalidade exagerada.

Para que materialmente exista um direito à tutela jurisdicional efetiva, faz-se necessário que tanto o legislador quanto o juiz, em caso de omissão, criem técnicas processuais específicas que sejam eficazes para a proteção do direito *in natura*, pois as previsões atuais prestigiam demasiadamente a tutela reparatória, que, na maioria das vezes, não tutela o direito e ainda gera outros conflitos no seu cumprimento, assim sendo, nesse processo constitucional que se arrima na nova concepção de jurisdição delineada, as técnicas processuais e a tutela de direitos constituem a essência.

Os ramos processuais em específico possuem peculiaridades que devem necessariamente ser observadas pelos operários do direito, contudo, tais particularidades não podem, sob hipótese alguma, fundamentar um descumprimento injustificado das garantias constitucionais processuais e isso é o que marca o processo constitucional.

O processo constitucional, ou neoprocessualismo para alguns, a partir de todas as características delineadas nesse artigo deve se constituir em um método de pesquisa de todos os ramos do processo, tudo sem prejuízo de que futuramente tenhamos uma disciplina própria, contudo o mais importante de tudo isso é que o processualista seja efetivamente contaminado por todos os valores constitucionais que a sua atividade, por excelência, deve tutelar.

REFERÊNCIAS

- AMENDOEIRA, Sérgio Jr. Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional. A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da Tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona. 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de, in artigo publicado em homenagem a Raymundo Faoro, intitulado O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Organizador. *A nova Interpretação Constitucional: Poderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo. A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona. 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinela. *A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil v.1*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinela. *A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil v. 2*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 1ª Edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

- CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio. Coordenadores. Coletânea Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Instituto Brasileiro de Direito Processual 50 anos. Volume 1, maio 2007.
- DUARTE, Bento Herculano. e DUARTE, Ronnie Press. Coordenadores, *Aspectos Polêmicos do Processo Civil*. v.2. São Paulo: Método, 2007
- FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. Wambier, Tereza Arruda Alvim. Coordenadores. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional A sociedade aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1997.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991.
- LEITE, George Salomão e LEITE. Glauco Salomão. Coordenadores. *Constituição e efetividade constitucional*. Editora Jus Podivm, 2008.
- LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho, Coimbra e RT Editora, 2009.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo Constitucional nova concepção de jurisdição. 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Método/Forense Grupo Gen, 2008.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval, CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de Prisão e Soltura sob a ótica constitucional*. 2ª Edição, São Paulo: Grupo Gen, 2009.
- LIMA, José Luiz Carlos e SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Medidas Liminares no Processo Civil Um novo enfoque. 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 1ª Edição, São Paulo: Editora RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnicas Processuais e Tutela de Direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da Sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Editora Malheiros.
- ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 7ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Constitucional e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Uma Nova Crítica do Direito, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense 2004.
- TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPÍTULO XXIII
**LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN
Y OTRAS CUESTIONES PROCESALES (APUNTES SOBRE
LA SENTENCIA EXPEDIDA EN VIRTUD DEL PRIMER
PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL)**

*Juan Monroy Palacios**

Sumario • 1. Imposibilidad de resolver la cuestión casatoria a partir del art. 453 – 2. La presunta inconstitucionalidad del art. 400 CPC – 3. Aspectos críticos de la decisión suprema: 3.1. Una contradicción insuperable; 3.2. ¿Quién puede ser titular de una demanda indemnizatoria por daño ambiental?; 3.3. Una interpretación innecesariamente forzada; 3.4. ¿Qué remedios existen contra una transacción?

Atendiendo a la gentil invitación a participar en esta importante iniciativa científica, quisiera compartir algunas reflexiones con relación a la sentencia expedida por la Corte Suprema del Perú con ocasión del Primer Pleno casatorio en materia civil¹; sentencia que ha dado lugar a la discusión de cuestiones procesales de carácter general y, por tanto, de singular relieve.

Este pequeño trabajo se divide en tres secciones. La primera es la única que ya ha sido expuesta en otra parte y reproduce, con modificaciones mínimas, una nota dada a conocer el 31 de enero de 2008², fecha anterior a la publicación de la sentencia en comentario. En ella intento demostrar, a diferencia de lo que algunos piensan, por qué el art. 453 CPC³, debido a su carácter específico, no sirve, al menos por sí sólo, para resolver uno de los problemas planteados en sede casatoria, es decir, *si la transacción extrajudicial puede oponerse vía excepción*. En la segunda parte expreso mi opinión acerca de la presunta inconstitucionalidad del art. 400, norma

* Miembro de la Asociación Peruana, del Instituto Iberoamericano y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

1. Es oportuno señalar que además de este trabajo he escrito uno complementario titulado *Sobre el ámbito de actuación de la Corte Suprema en materia casatoria y la excepción en el ordenamiento procesal peruano (Apuntes a propósito de dos reacciones con relación al primer Pleno Casatorio Civil)*, en *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 1, 2008, pp. 97-101.
2. Que apareciera bajo el título *Transacción extrajudicial y excepción procesal*, colgada en *derechoyproceso.blogspot.com*
3. En adelante, los artículos que no vayan acompañados de las iniciales “CPC” se entenderán, igualmente, como parte de dicho ordenamiento.

que prevé, precisamente, la celebración de los Plenos Casatorios en nuestro país. Finalmente en la tercera formulo algunas críticas puntuales a la sentencia casatoria.

1. IMPOSIBILIDAD DE RESOLVER LA CUESTIÓN CASATORIA A PARTIR DEL ART. 453

En el marco del proceso judicial que ha dado lugar al Primer Pleno Casatorio Civil de nuestra Corte Suprema, destaca como uno de los temas que será objeto de pronunciamiento el referido a la posibilidad de oponer exitosamente como excepción una transacción extrajudicial. Hasta donde se tiene entendido, existen dos pareceres opuestos en los jueces supremos; unos consideran que esta opción es válida y otros, por el contrario, entienden que ello sólo es posible para el caso de las transacciones judiciales. Veamos las implicancias de este problema interpretativo.

El fundamento de quienes niegan la posibilidad de oponer una excepción de transacción extrajudicial tendría su base normativa en el art. 453 del Código Procesal Civil, el cual señala lo siguiente: “Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro: 1. Que se encuentra en curso; 2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme; 3. En que el demandante se desistió de la pretensión; ó 4. En que las partes conciliaron o transigieron”.

Sin embargo, si ello fuera así, podemos advertir que tal postura adolece de un problema interpretativo severo. Una cosa es que el art. 453 establezca determinados supuestos donde las excepciones mencionadas deben declararse fundadas sin más (referidos todos a casos de “identidad de procesos”); y otra, muy distinta, es considerar que dicho dispositivo legal establece una *exclusividad*, según la cual, dichos supuestos son los *únicos* que permiten fundar las excepciones. ¿En qué parte de la norma en cuestión se plantea esa pretendida exclusividad? La casuística procesal es lo suficientemente rica y compleja para prevenirnos de ensayar semejantes generalizaciones o, más aún, para disuadirnos de crear principios procesales sobre la base de interpretaciones normativas tan sesgadas.

Para demostrar la limitación de tal lectura, miremos más allá de la norma a través de tres ejemplos:

1) El socio A demanda a la empresa B la impugnación de un acuerdo general de accionistas y, transcurridos unos días, se desiste de la pretensión. Concluido este proceso, ¿es posible que, semanas después, demande por lo mismo a la empresa C, que absorbió a B? Sin duda que no. La eventual excepción de desistimiento de la pretensión que oponga C deberá declararse FUNDADA. Sin embargo, a efectos de lo que venimos exponiendo, notemos que este supuesto no se encuentra previsto en el art. 453. ¿Por qué? Porque no estamos ante *casos formalmente idénticos*. En el primer proceso, la relación fue entre A y B y en el segundo entre A y C, un sujeto de derecho distinto, sin la menor duda, a B.

2) Si A demanda a B el pago de arrendamientos utilizando como título un contrato celebrado entre ambas partes en 1995 y, a la finalización del proceso, obtiene una sentencia que declara infundada la demanda por falsedad de aquél, ¿es posible que, sin temor a que le sea opuesta una excepción de cosa juzgada, demande nuevamente al mismo B el pago sólo de una parte de las rentas mensuales demandadas en el proceso anterior, valiéndose para ello nuevamente del contrato cuya falsedad ya ha sido judicialmente declarada? A pesar que no estamos ante *procesos idénticos* (en todo caso, el objeto del primero contiene al segundo, es decir, habría *continencia*), la respuesta vuelve a ser la misma: no es posible. La excepción que cosa juzgada que pudiera oponer B en el segundo caso deberá, sin duda, declararse FUNDADA.

3) Por último, apreciemos este ejemplo: A, sujeto privado, demanda a B, una Municipalidad, para que se declare judicialmente que su propiedad abarca, además de la extensión reconocida por registros, 150 metros de extensión correspondientes a la ribera del río Rímac, con el cual colinda. Días después y sin perjuicio de las defensas que ha opuesto en el primer proceso, B inicia uno segundo para que se declare, más bien, que la ribera en cuestión le pertenece a ésta y que el terreno de A no colinda con el río, sino termina varios metros antes.

La primera impresión es que se descarta cualquier posibilidad de considerar que hay procesos idénticos: mientras en el primero A es el demandante y B el demandado, en el segundo sucede exactamente lo contrario. Sin duda no hay identidad. Sin embargo, ello no obsta para considerar que, ante la eventualidad de que en el segundo proceso B oponga excepción de litispendencia, ésta deba declararse fundada. De no ser así, se correría el riesgo de que se expidan fallos contradictorios, lo cual es evitado a toda costa por nuestro ordenamiento jurídico.

En función de las tres hipótesis expuestas se puede concluir que el art. 453 no abarca todos los supuestos donde es posible declarar fundadas las excepciones a las que hace alusión, sólo regula parte de aquellos (cuando hay *procesos idénticos*). Así, volviendo al caso que deberá resolver la Suprema, podemos deducir además que *si el sustento para considerar que sólo es posible oponer exitosamente como excepción una transacción judicial, con exclusión de la extrajudicial, es dicho artículo (el 453), el argumento es errado*. Del enunciado normativo en cuestión se estaría extrayendo, en base a una mala interpretación, una norma inexistente.

Con cargo a seguir desarrollando esta cuestión en otro ámbito, preguntémosnos, analizando brevemente el aspecto central del problema planteado por el Pleno Casatorio, ¿qué diferencia a la transacción extrajudicial de la judicial en cuanto a sus componentes esenciales? Sustancialmente nada⁴. En ambos casos estamos ante un

4. Es curioso advertir cómo en nuestra cultura jurídica los elementos formales suelen imponerse sobre los conceptos. Así sucede con la transacción: no son pocos los que, erradamente, consideran que la judicial y la extrajudicial constituyen dos institutos distintos, cuando en realidad se trata de dos clases

acuerdo con concesiones recíprocas, pese formalmente exista una diferencia: mientras la primera fue originariamente concebida para desplegar sus efectos en el ámbito privado, solucionando un conflicto de intereses ajeno al proceso (porque lo evita); la segunda, la llamada “judicial”, actúa en el contexto de un conflicto de intereses ya llevado al proceso. Se advierte así que el origen y estructura de ambas, sustentado en el ejercicio de la autonomía privada (¡ningún juez tiene poder para obligar a transigir!), es fundamentalmente el mismo.

Por esta razón, en el plano procesal el Juez sólo se limita a homologar la transacción: ni si quiera la promueve y, menos aún, la crea o la perfecciona. Sólo verifica y aprueba su eficacia compositiva a nivel judicial⁵.

En conclusión, consideramos equívoco cualquier intento de diferenciar el tratamiento como excepción que merece la transacción judicial respecto de la extrajudicial utilizando como sustento el art. 453 CPC. Que la Suprema se disponga a darnos luces al respecto importa una situación, sin duda, muy importante para la adecuada interpretación de las normas procesales, pues es necesario erradicar de nuestra práctica judicial posturas de sabor puramente formal. Sin embargo, sin desmerecer el valor del tema que abordado, no perdamos de vista que el verdadero problema que encierra el proceso que la Suprema tiene en sus manos (que atañe sólo indirectamente –como veremos en el § 3– a la tutela de los derechos fundamentales, en particular, de los vinculados con la salud y al medio ambiente) es mucho más profundo, razón por la cual, esperamos que su tratamiento se mantenga ajeno a cualquier consideración formalista como la que ahora hemos criticado.

2. LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 400 CPC

Resulta curioso que luego de 15 años de vigencia del CPC e inmediatamente después de la celebración del primer Pleno Casatorio realizado en función de lo prescrito por el art. 400, se escuchen recién algunas voces que sostienen la inconstitucionalidad de este dispositivo y, por tanto, de todo lo que la Suprema haya podido realizar en estricto cumplimiento de aquél.

correspondientes a una *misma* categoría, razón por la cual se encuentran regidas “por los *mismos* principios y producen los mismos efectos, diferenciándose ambas sólo en cuanto a su forma” (Abraham Luis VARGAS, *Transacción*, en *Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 795).

5. Naturalmente, esta eficacia compositiva no tiene por qué dar lugar, en todo supuesto, a la conclusión del proceso; ésta sólo se producirá cuando el ámbito de las controversias resueltas por la transacción coincida con el objeto del proceso. Nada excluye que una transacción sólo ponga fin a una parte de las controversias judicializadas (art. 337, primer y tercer párrafo CPC). En tal hipótesis, el proceso deberá continuar su desarrollo hasta que se sentencie lo que aún permanezca irresuelto, es decir, con un objeto más reducido. De igual parecer es DINAMARCO, según el cual, “en caso de acuerdo sustancial parcial –que deja residuos en el objeto del proceso, a ser juzgados– o tratándose de aspectos puramente procesales no extintivos, el acto con el que el juez les da vigor es interlocutorio y no terminal del proceso” (*Acordos judiciais e a perícia arbitral no processo civil brasileiro*, en *Fundamentos do processo civil moderno*⁵, II, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 965).

Más allá de que, como lo señala el art. 100 CPConst.⁶, el plazo prescriptorio de la demanda de inconstitucionalidad ya ha transcurrido en exceso, es oportuno ensayar algunas reflexiones al respecto (sobre todo por el hecho que tal operación no es ociosa, si tenemos en cuenta la salvedad que prevé el enunciado normativo citado).

El fundamento principal para sostener la inconstitucionalidad aludida, según LEDESMA⁷, está representado por el art. 143 de la Constitución⁸ y por los arts. 22, primer párrafo y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁹. La norma constitucional que, como todo el cuerpo normativo que la contiene, no hace mención alguna a los “Plenos Jurisdiccionales”, discrimina los órganos que componen el Poder Judicial en dos partes: los que “administran justicia a nombre de la Nación”, por un lado, y los “que ejercen su gobierno y administración”, por el otro. Por su lado, las normas de la LOPJ señalan expresamente que corresponde a las Salas Especializadas de la Corte Suprema ordenar la publicación “de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que” serán de obligatorio cumplimiento y que los plenos jurisprudenciales se reúnen “a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad”. Es decir, en líneas generales, de la lectura de ambos cuerpos normativos no es posible deducir que los plenos jurisdiccionales tienen poder para emitir precedentes, pues su actividad estaría limitada al ámbito administrativo. Esto no tiene cómo ser refutado.

Sin embargo, no es menos cierto que: 1) la Constitución no niega la posibilidad de que un órgano del Poder Judicial realice actividades jurisdiccionales y administrativas, de acuerdo al contexto donde se desempeñe. Por ello, deducir la inconstitucionalidad del art. 400 de la sola lectura de la norma fundamental resulta inexacto; 2) si la correcta interpretación del texto constitucional debiera provenir, como se dice, de las normas citadas de la LOPJ, que sólo atribuyen poder de emitir precedentes a las Salas Especializadas y no al Pleno, entonces el ejercicio estaría incompleto. ¿Por

-
6. Artículo 100.- Plazo prescriptorio.- La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.
 7. *Las incongruencias del Primer Pleno Casatorio Civil*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, 116 (2008), p. 73.
 8. Artículo 143.- El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración.
Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.
 9. Artículo 22.- Publicación de Ejecutoria.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.
(...)
Artículo 116.- Plenos jurisdiccionales.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

qué? Porque se obvia un dispositivo básico para valorar la autoridad de las *normas procesales específicas*. Me refiero a la Vigésima Tercera de las Disposiciones Finales y Transitorias de la misma, que otorga a aquéllas supremacía sobre las que componen este cuerpo normativo. Consecuentemente, si, como ha quedado evidenciado, el art. 400 se impone respecto de cualquier norma de la LOPJ y si, por el lado constitucional, no existe dispositivo alguno que, por sí sólo, niegue al pleno jurisdiccional poder para expedir precedentes, resulta erróneo tachar de inconstitucional la labor de la Corte Suprema que venimos comentando.

Antes de concluir con este apartado es oportuno aludir a otra imputación de inconstitucionalidad por parte de LEDESMA¹⁰. Para ella, el art. 400 viola también el derecho al juez natural, en la medida que permite que la Sala Plena interfiera una causa, avocándose y expidiendo decisión final, cuando aquello le corresponde no a un órgano de gestión administrativa, sino a una Sala Especializada, es decir, a uno que ejerce función jurisdiccional. El argumento resulta igualmente insostenible si advertimos que el derecho al juez natural se resuelve, básicamente, en la necesidad que exista un juez predeterminado por ley. De este modo, si, como hemos visto, el art. 400 establece por sí mismo esta predeterminación y, a su vez, en base a lo argumentado, aquél dispositivo no colisiona contra ninguna norma constitucional, entonces encontramos que ni por uno o por otro camino la labor de la suprema, con relación al Primer Pleno, puede considerarse inconstitucional.

3. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA DECISIÓN SUPREMA

Al menos en el precedente referido a la transacción, la Corte Suprema da muestras de haber actuado del modo adecuado. Sin embargo, tanto en esta materia como en la referida al art. 82, los criterios de interpretación aplicados parecen no haber sido los mejores. Veamos algunas cuestiones puntuales de la decisión:

3.1. Una contradicción insuperable

Un conjunto determinado de sujetos demanda una indemnización cuya cuantificación está basada en dos situaciones: daño a la salud y daño ambiental. La defensa opone excepciones de *transacción extrajudicial* (porque ya se habría producido un acuerdo en cuanto a los daños producidos a la salud) y *falta de legitimidad para obrar activa* (habida cuenta que los particulares que fungen como demandantes no forman parte del listado previsto por el art. 82 CPC para la tutela de intereses difusos).

Según la Suprema deben estimarse ambas excepciones. ¿Es lógicamente posible una decisión semejante? Creemos que no. En todo momento la demanda fue tratada

10. Op. loc. cit. En realidad no es una nueva imputación, sino un fundamento adicional para tachar de inconstitucional el referido art. 400.

como una pretensión única con fundamentación doble (daños a la salud y al ambiente, como ya vimos). Si esto es así, resulta jurídicamente imposible que el derecho reclamado en una pretensión ya haya sido objeto de transacción y, simultáneamente, que los actores carezcan de legitimidad para obrar respecto de aquél por tratarse de un interés difuso (¿?). ¿Acaso estos son transigibles? Sabemos que no. Entonces, ¿cómo un sujeto puede estar incurso en ambas excepciones a la vez? Confesamos no comprenderlo.

Tal vez lo que el Juez Supremo debió hacer es reconocer que, en realidad, cada uno de los sujetos demandantes ostentaba dos pretensiones indemnizatorias, una por daño a la salud y otra por daño ambiental, respectivamente. De esta forma, como resulta evidente, habría desaparecido la contradicción planteada, independientemente de la corrección de las decisiones. Sin embargo, como están las cosas, la decisión resulta equívoca: la excepción, *species* al igual que la demanda del *genus* petición, se individualiza por su petitorio. Consecuentemente, *a*) sobre éste recae el pronunciamiento judicial, no sobre sus fundamentos¹¹ y *b*) la *congruencia* (p.e. la no contradicción) de una decisión se analiza, igualmente, por la forma cómo se resuelven los petitorios (en el fallo), no por la valoración racional de sus fundamentos (lo cual daría lugar a una problemática distinta: la justicia de la decisión¹²).

3.2. ¿Quién puede ser titular de una demanda indemnizatoria por daño ambiental?

Existe una diferencia sustancial entre considerarse titular de un interés de orden ambiental haciéndose responsable, entre otras cosas, por su tutela, respecto de reconocerse titular de una *indemnización* por daño ambiental. El primer caso da lugar a un proceso para la tutela de intereses difusos, según lo prevé el art. 82; el segundo supuesto, que contiene una obligación de dar de carácter y función estrictamente patrimonial, supone un mero conflicto entre particulares. Esto es ratificado por el contenido mismo de la demanda donde se aprecia, indubitablemente, que cada sujeto pide una indemnización para sí. Es decir, quien interpuso la demanda no fue un grupo indeterminado de sujetos, sino, por el contrario, un conjunto de particulares dentro del cual cada actor invocó una titularidad propia, perfectamente identificable y divisible.

Esto nos lleva a advertir que la excepción debió declararse infundada: nunca hubo en disputa un interés difuso. Sin embargo, conviene aclarar que si bien la indemnización por daño ambiental constituye una pretensión individual, nada obsta –y, seguro, de aquí proviene la confusión– para que, en supuestos extremos y por

11. Cfr. Eduardo GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milán: Giuffrè, 1967, pp. 34 y ss.

12. Sobre esta interesante cuestión v. Michele TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, en *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 222 y ss.

cuestiones de política del derecho, la enorme cantidad de sujetos afectados en daños ambientales de gran magnitud aconseje elegir un defensor único con cargo a que, firme la sentencia que ampare la demanda, se proceda a la liquidación de ésta y al pago de la indemnización correspondiente a cada uno de los sujetos afectados. Esta modalidad de tutela de un interés homogéneo, que eventualmente da lugar a la formación de los llamados litisconsorcios unitarios¹³, constituye una técnica aplicable a procesos colectivos que nada tienen que ver con los intereses difusos, cuya titularidad la Suprema consideró, mal, que se encontraba en entredicho.

Así y todo, en el supuesto negado que la materia hubiera sido difusa, llama la atención el conservadurismo exhibido por la Suprema. Mientras que la tutela de los derechos e intereses que atañen al medio ambiente tiende a la expansión y a su desformalización en todo el planeta, nuestros jueces del más alto nivel optaron por inventar una barrera irracional para el acceso de los ciudadanos de a pie a la justicia ambiental: ¿en qué parte del art. 82 CPC se dice que los sujetos expresamente mencionados son los *únicos* legitimados para obrar en este tipo de procesos?

3.3. Una interpretación innecesariamente forzada

A pesar de las advertencias que hacíamos en la primera parte respecto de la inidoneidad del art. 453 para resolver la cuestión referida a la posibilidad de incluir a la transacción extrajudicial en la lista de las excepciones, el primero de los precedentes instituidos señala que esto sí es factible (situación con la cual concordamos), pero como producto de una interpretación sistemática de aquél artículo, junto con el del 446.10 y con las normas que prevé el Código Civil en materia de transacción.

La maniobra interpretativa resulta a todas luces artificial. Es difícil, por ejemplo, identificar cuál es la contribución sistemática del art. 453, que regula únicamente los casos de fundabilidad de *transacción extrajudicial en procesos idénticos* (ver § 1), a la dilucidación del problema. Por nuestra parte, pensamos que la posición adoptada por la Suprema era mucho más simple de ser defendida. Veamos:

- El art. 446.10 regula la excepción de “conclusión del proceso por conciliación o transacción”. Una interpretación literal del enunciado normativo nos arroja dos posibilidades: a) que mediante ese inciso se prevea la excepción de *conclusión del proceso por conciliación* y la de *conclusión del proceso por transacción*, o b) las excepciones de *conclusión del proceso por conciliación* y de *transacción*. Sobre este elemental pero sólido planteamiento se alternan las vías de solución al problema planteado ante la Suprema.

- El paso siguiente debía resolverse en un doble nivel: a) analizar en el plano dogmático, legislativo y jurisprudencial si en el derecho nacional y comparado es

13. Cfr. José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio Unitário*, Río de Janeiro: Forense, 1972, pp. 136 y ss.

posible que las transacciones extrajudiciales, en los casos donde hayan eliminado de manera preventiva las controversias que posteriormente fueron objeto de un proceso, son pasibles de poner fin a éste por medio de la excepción o por cualquier otra vía abreviada que haga prescindir de la necesidad que se expida una sentencia; b) investigar si en el plano del derecho material la transacción es un instituto que posee una doble tipología o si, en realidad, transacción judicial y extrajudicial son dos institutos distintos.

- Pues bien, en ambos supuestos la respuesta hubiera sido igual de contundente: a) la transacción extrajudicial sirve precisamente para eliminar una controversia que corre el riesgo de judicializarse, *ergo*, es pasible de extinguir el objeto del proceso, *ergo*, cumple la misma función de la transacción judicial¹⁴; b) sustancialmente, transacción extrajudicial y judicial son parte de un mismo instituto jurídico. Esta diferencia de matiz no varía la estructura y función que el instituto de la transacción, unitariamente entendido, cumple en el ordenamiento¹⁵.

- En consecuencia, la respuesta de la Corte Suprema hubiera sido la misma que la actual, sólo que en lugar de dar tantas vueltas (y gastar tantas páginas) pudo proponer, con sólida investigación, lo que en términos prácticos es lo que aplicarán todos los jueces: el art. 446.10, tal como se encuentra redactado, conteniendo dos excepciones: la de *conclusión del proceso por conciliación* y la de *transacción*, es

14. “Lo que distingue esencialmente a la transacción de todo otro contrato es la calidad del objeto al cual se dirige en consenso de las partes. En efecto, si es cierto que los contratos representan en sustancia la composición de un contraste entre dos intereses contrapuestos mediante el acuerdo de las partes, el carácter específico de la transacción consiste en lo que ella opera no, como sucede en otros casos, sobre un conflicto de intereses meramente económico, sino sobre una controversia jurídica, es decir, regulada por el derecho, por lo cual, por tanto, cada una de las partes puede también dirigirse al juez para que éste invoque la aplicación autoritativa del derecho.

La transacción, que tiene por tanto un campo de aplicación común también al proceso, si bien produce sus efectos sobre relaciones jurídicas sustanciales corrientes entre las partes, presenta, sin embargo, indirectamente un interferencia con el proceso porque absorbe en sí, como la sentencia, el poder procesal de acción y llega hasta el proceso y lo vacía de contenido si éste había ya surgido. La controversia, por tanto, es eliminada (...).” Enrico Tullio LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1932, pp. 261 y 261. Sobre el mismo punto, con abundante bibliografía, Giuseppe DE STEFANO, *Contributo alla doctrina del componimento processuale*, Milán: Giuffrè, 1959, pp. 161 y ss. Finalmente, cabe recordar a CARNELUTTI, quien bajo el rótulo “composición de la litis por obra de las partes” agrupaba a la renuncia, al reconocimiento y, por supuesto, a la transacción, sin hacer distinción alguno respecto de su carácter judicial o extrajudicial. Cfr. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*⁴, Roma: Foro Italiano, 1951, pp. 64 y 65.

15. En realidad, el verdadero problema que ha atormentado a la doctrina consiste en establecer hasta qué punto la transacción posee una eficacia o autoridad equiparable a la sentencia judicial. Así, por ejemplo, según CARRESI, la transacción opera “sobre la situación litigiosa de la misma manera que la sentencia, es decir, dando vida a una situación final que, sustancialmente, es idéntica a la que da vida la sentencia y difiere de ésta solamente en los aspectos que más propiamente se vinculan a la naturaleza procesal del proveimiento” (*La transazione*, Torino: UTET, 1954, p. 102). En cuanto a las similitudes y diferencias entre la excepción de cosa juzgada y la de transacción (*exceptio rei per transactionem finitae*, prescindiéndose del todo si ésta es judicial o extrajudicial), véase, del mismo autor, pp. 168 y ss.

decir, incluyendo en un mismo nivel, como siempre debió ser, a la extrajudicial y a la judicial¹⁶.

3.4. ¿Qué remedios existen contra una transacción?

A raíz de la expedición de la sentencia casatoria bajo comentario, hemos visto que para un sector de la doctrina nacional los remedios contra la transacción varían dependiendo si ésta es extrajudicial o no. De este modo, si lo es, la transacción podrá ser cuestionada en base a las reglas propias del derecho material. Por el contrario, las transacciones judiciales, al quedar homologadas por resolución expedida por el órgano jurisdiccional, sólo podrían serlo en base a la revisión civil por fraude procesal (art. 178). Refuerza esta posición la letra misma del artículo citado, según el cual, es pasible de revisión civil el “acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso”.

No compartimos esta posición. Dado que la transacción constituye un negocio jurídico gobernado por las reglas de derecho material, independientemente de su judicialización, desde nuestro punto de vista aquella sólo es pasible de cuestionamientos provenientes precisamente del derecho material¹⁷. Esto, naturalmente, no excluye que el auto homologatorio pueda ser impugnado vía revisión, en caso se identifique la comisión de un fraude procesal en su concepción. Esta última solución legislativa no nos es del todo satisfactoria porque termina convirtiendo en acto procesal aquello que no lo es. Sobre este punto en particular consideramos que el legislador yerra al considerar que todo acto generador de efectos procesales es, por ese sólo hecho, procesal. A la luz de la transacción extrajudicial, pero también de otros institutos de derecho material como la renuncia o la conciliación extrajudicial encontramos que una concepción semejante carece de todo sustento.

16. Por supuesto, nuestra respuesta está lejos de pretender ser general y atemporal (*sub specie aeternitatis*). Responde simplemente a la que consideramos es la realidad de nuestro ordenamiento. En el derecho alemán, por ejemplo, la transacción judicial (*Prozeßvergleich*) es sin ambages un contrato procesal (*Prozeßvertrag*), proveniente de una solución amigable (*gütliche Beilegung*) que cuenta entre sus elementos constitutivos (*Tatbestandsmerkmale*) su necesaria realización ante la autoridad judicial (*vor einem deutschen Gericht*). Cfr. Othmar JAUERNIG (a partir de la obra de Friedrich LENT), *Zivilprozessrecht*²⁸, Munich: C.H. Beck, 2003, pp. 194-199. Del mismo modo, Hans-Joachim MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*⁵, Munich: C.H. Beck, 2000, pp. 166 y ss.; Peter ARENS, *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß*, Berlín: Gehlen, 1968, pp. 101 y ss.

17. “Reina con relativa tranquilidad una distinción a este respecto: a) los efectos del negocio homologado se rigen por la disciplina jurídico-sustancial que le compete (derecho privado, por ejemplo), en tanto que b) los de la homologación en sí misma, por la ley procesal. Resultado práctico: a) el cuestionamiento del negocio jurídico-sustancial se sujeta a las reglas del derecho material (vicio del consentimiento, etc.) y se hace mediante las vías ordinarias del proceso; b) eventuales vicios del acto homologatorio pueden conducir a la rescisión de éste, por los motivos que la ley indica y mediante la vía de la acción rescisoria” (Cándido Rangel DINAMARCO, *Acordos judiciais*, cit., pp. 965 y 966). En el mismo sentido, CARRESI, *Ibid.*, pp. 218 y 219.

Finalmente, contra nuestra postura se podría alegar que la homologación, por sí misma, adquiere la autoridad de la cosa juzgada, razón por la cual, no se podría cuestionar la transacción que la motivó sin remover previamente aquélla. Esto no es cierto. Eufemismos de lado, la homologación judicial se expresa a través de un auto donde el juez no realiza pronunciamiento sobre el mérito alguno, sino sólo se limita a verificar que se hayan configurado los elementos constitutivos de la transacción. Aquélla supone, en otras palabras, un control absolutamente superficial, en nada equiparable a la actividad cognitiva necesaria para la expedición de una sentencia. Adicionalmente, el auto homologatorio se limita a certificar, por sí mismo no declara, modifica o extingue derecho alguno¹⁸. Por ello mismo, anulada una transacción en un proceso ordinario posterior a la homologación, la consecuencia necesaria será que se retrotraigan los efectos hasta el momento anterior a su celebración, obviamente dejando incólume aquellos derechos transmitidos de buena fe o que, por otros motivos, no sean pasibles de retornar a su estado pretérito, conforme enseña la mejor doctrina¹⁹.

-
18. “Homologar es volver el acto que se examina semejante, adecuado al acto que debería ser. Quien cataloga clasifica; quien homologa identifica. Ser homólogo es tener la misma razón de ser, lo cual es más que ser análogo, y menos que ser lo mismo. La homologación puede ser simple juzgamiento de que están satisfechos los presupuestos de forma, o sobre simple autenticidad (...) La sentencia de homologación es un acto jurídico procesal *transparente*. Si se decreta la nulidad o es anulado el negocio jurídico de transacción, por algunas de las causas que el derecho material prevé, cae la homologación porque la eficacia nulificante, *por dentro* del acto jurídico global (homologación y negocio jurídico homologado) rescinde al acto jurídico envolvente. Tenemos pues nulidad o anulación *interior* y consecuencia rescindente *exterior*. El derecho material dice cuál es la causa de nulidad o de anulación; el derecho procesal alude a aquélla porque a éste cabe regir el acto jurídico procesal envolvente” (Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Ação Rescisória*², Campinas: Bookseller, 2003, p. 406 y 407).
19. “Los negocios jurídicos de derecho material, consignados en los autos procesales, son negocios jurídicos sujetos, en cuanto a su eventual extinción, a las reglas de derecho material. Los actos procesales, que envuelven aquellos negocios jurídicos, se rigen por el derecho procesal” (Ibid., p. 410).

CAPÍTULO XXIV
**CONCEITO E FUNDAMENTO
DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS**

*Leonardo José Carneiro da Cunha**

Sumário • 1. Conceito de *perpetuatio jurisdictionis* – 2. Requisitos para que se produza a *perpetuatio jurisdictionis* – 3. O momento determinante da *perpetuatio jurisdictionis* – 4. Cessação da *perpetuatio jurisdictionis* – 5. Conteúdo da *perpetuatio jurisdictionis*: 5.1. Estado de fato; 5.2. Estado de direito – 6. Fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*: 6.1. A *perpetuatio jurisdictionis* e a segurança jurídica; 6.2. A *perpetuatio jurisdictionis* e a garantia do juiz natural; 6.3. A *perpetuatio jurisdictionis* e o princípio da economia processual; 6.4. A *perpetuatio jurisdictionis* e o princípio da duração razoável – 7. Nota conclusiva sobre o conceito e o fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*

1. CONCEITO DE *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

Com a propositura da demanda, já passa a haver lide pendente, ou seja, surge a *litispêndencia*¹. Acontece, porém, que, enquanto não se realizar a citação válida, a litispêndencia existe apenas para o autor. Com a citação, o réu passa a integrar a relação processual, a partir de quando também se terá litispêndencia relativamente ao réu.

A litispêndencia inicia-se com a propositura da demanda perante o órgão jurisdicional, e não com sua aceitação pelo juiz ou com a citação do réu. A propositura da demanda dá origem à litispêndencia, ou seja, a litispêndencia nasce da propositura da demanda. Em outras palavras, a demanda é o ato que dá início ao processo e lhe determina a pendência.

* Mestre em Direito pela UFPE; Doutor em Direito pela PUC/SP; Professor-adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE); Professor-colaborador do curso de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e Procurador do Estado de Pernambuco e advogado.

1. No direito brasileiro, considera-se proposta a demanda quando a petição inicial for despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara (CPC, art. 263). No direito português, considera-se proposta a demanda quando recebida a petição inicial do autor na secretaria judicial do tribunal onde é apresentada. A legislação portuguesa permite a remessa da petição inicial pelo correio. Neste caso, a demanda se considera proposta na data do registro postal (BAPTISTA, José João. *Processo civil I – parte geral e processo declarativo*. 8ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 330).

Ao ser proposta a demanda, surge, então, a litispendência em relação ao autor, somente havendo litispendência quanto ao réu, quando este for citado.

A litispendência, enfim, surge com a propositura da demanda, mantendo-se durante toda a tramitação do processo, a ponto de José Manuel Chozas Alonso dizer que “litispendência-processo” formam um binômio inseparável no que respeita à sua extensão temporal².

Iniciada com a propositura da demanda, a litispendência perdura até o momento em que o processo se finaliza. Se o processo estiver suspenso, ainda persiste o estado de litispendência. Processo suspenso não é processo findo, nem processo extinto. Enquanto a pretensão deduzida na demanda puder ser objeto de uma resolução, ainda se mantém o estado de lide pendente.

Proferida sentença de mérito e sobrevindo o trânsito em julgado, resta cessada a litispendência. A litispendência encerra-se, então, com o trânsito em julgado da decisão final³. Daí a estreita vinculação que existe entre a litispendência e a coisa julgada, não somente em seu significado similar, mas também em seu encadeamento temporal: a litispendência encerra-se exatamente quando se inicia a coisa julgada⁴. Daí a afirmação de Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo quem “*a coisa julgada é uma litispendência que terá chegado ao fim*”⁵.

Da litispendência exsurgem vários efeitos, como a *perpetuatio jurisdictionis*⁶, a fixação do objeto litigioso, além de impedir a repropositura da mesma demanda⁷.

Os efeitos da litispendência mantêm “atual” a demanda no momento da prolação da sentença. Essa, na lição de Chiovenda, seria uma expressão de um princípio ou tendência geral que se manifesta nas leis processuais, segundo a qual se deve impedir que a necessidade de servir-se do processo resulte em dano para aquele que tem razão⁸.

Daí por que a litispendência acarreta o “congelamento” dos efeitos processuais tal como estão no momento da propositura da demanda⁹.

2. *La perpetuatio jurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*. Granada: Editorial Comares, 1995, p. 13.
3. LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco – parte prima: il procedimento di cognizione*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962, § 40, p. 164; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, § 40, p. 226.
4. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 14-15.
5. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, n. 1.2.1, p. 40.
6. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., passim.
7. GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. 5ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, t. 1, p. 332.
8. Sulla “perpetuatio iurisdictionis”. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 273.
9. A propósito, Hugo Alsina entende que um dos efeitos da litispendência é o de dar, em caso de acolhimento do pleito, plena satisfação ao autor, porque este não tem de suportar as conseqüências da resistência injustificada do réu, de maneira que a sentença tem efeito retroativo, é dizer, deve o juiz colocar-se como se estivesse no dia da propositura da demanda, como se tivesse pronunciando a sentença naquele mesmo

De todo modo, o que importa deixar assente é que muitos dos efeitos da demanda somente são produzidos, imediatamente, em relação ao autor, repercutindo quanto ao réu, a partir da citação válida.

Não é o que ocorre, contudo, com a *perpetuatio jurisdictionis*. Esta é produzida imediatamente, desde logo, com a simples propositura da demanda, seja para o autor, seja para o réu. Enfim, a *perpetuatio jurisdictionis* constitui efeito da demanda, produzindo-se com a simples propositura não apenas para o autor, mas também para o réu.

Em alguns sistemas processuais, a simples propositura da demanda gera a litispendência, produzindo efeitos processuais sobre o *órgão jurisdicional*, sobre as *partes* e sobre o *objeto do processo*, de forma a tornar tais elementos imutáveis, os quais não se sujeitam a modificações decorrentes de fatos ou direitos supervenientes¹⁰. A imutabilidade relativa ao órgão jurisdicional é identificada como *perpetuatio jurisdictionis*, enquanto a que se relaciona às partes equivale a *perpetuatio legitimationis*, sendo certo que a impossibilidade de *mutatio libelli* consiste na imutabilidade do objeto do processo.

A jurisprudência dos tribunais espanhóis identifica a *perpetuatio jurisdictionis* como um conceito que abrange todas essas conseqüências. Em sentido “estrito” ou “próprio”, a *perpetuatio jurisdictionis* é o efeito da litispendência pelo qual se “perpetua” por toda a duração do processo a jurisdição e a competência¹¹. Num sentido mais amplo, a *perpetuatio jurisdictionis* é considerada como um dos efeitos mais transcendentais da litispendência, referindo-se também a *todos* os outros fatores condicionantes do processo, os quais devem ser considerados pelo juiz como existentes no momento da propositura da demanda. Por esse sentido mais largo, a *perpetuatio jurisdictionis* abrangeria vários efeitos processuais da litispendência, tais como a impossibilidade de mudança do objeto (*mutatio libelli*) e a chamada *perpetuatio legitimationis*¹².

No processo civil brasileiro, a *perpetuatio jurisdictionis* identifica-se com o sentido “estrito” ou “próprio” a que se refere a jurisprudência dos tribunais espanhóis. Segundo o disposto no art. 87 do CPC, determina-se a competência no momento em que a demanda é proposta, sendo irrelevantes as modificações no estado de fato

momento (*Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1958, v. 3, p. 27). Esse entendimento não tem plena aplicação no direito brasileiro, exatamente porque os efeitos da litispendência somente são produzidos para o réu, depois que este é validamente citado (CPC, art. 219 e 263).

10. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., 1995, p. 29-30; ALSINA, Hugo. Ob. Cit., p. 27; LENT, Friedrich. Ob. cit., p. 165; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. 25ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, § 40, p. 227; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: E.J.E.A., 1955, t. 2, p. 127-137.

11. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 95-96.

12. Idem, p. 96-98.

ou de direito que pudessem alterar os critérios que a fixaram. Noutros termos, a *perpetuatio jurisdictionis*, na sistemática brasileira, torna imutáveis os critérios que definem a competência, não guardando pertinência com a inalterabilidade das partes ou do objeto do processo.

A *perpetuatio jurisdictionis* impõe a inalterabilidade da competência, a qual, uma vez firmada, deve prevalecer durante todo o curso do processo. O que se torna inalterável é o *juízo*, e não o *juiz* que o encarna¹³.

Proposta a demanda, a competência judicial, mercê da *perpetuatio jurisdictionis*, permanece insensível a qualquer mudança superveniente das circunstâncias que lhe determinaram¹⁴, exatamente porque a competência deve existir no momento da propositura da demanda¹⁵. Daí se revela o escopo da *perpetuatio jurisdictionis*, que é o de assegurar a indispensável estabilidade ao processo¹⁶.

Tudo isso está a demonstrar, portanto, que a *perpetuatio jurisdictionis* constitui um efeito processual da litispendência, que acarreta a imutabilidade dos critérios que fixaram a competência, razão pela qual qualquer mudança no estado de fato ou de direito que altere um daqueles critérios não atinge, em princípio, o processo em curso, não modificando a competência já estabelecida naquele momento da propositura¹⁷.

A *perpetuatio jurisdictionis* opera-se em *todos* os tipos de processo, produzindo-se, até mesmo, nos procedimentos de jurisdição voluntária, de vez que se trata de regra ampla, aplicando-se de forma genérica¹⁸.

2. REQUISITOS PARA QUE SE PRODUZA A *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

Segundo José Miguel López Roldán e Yolanda Girón Gutiérrez¹⁹, para que se opere a *perpetuatio jurisdictionis*, é preciso:

13. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Perpetuatio iurisdictionis*. Alterações da competência absoluta e funcional. Critério de estabelecimento da competência interna dos órgãos do tribunal. Prevenção regimental. Momento de eficácia do ato processual. Papel do escrivão. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, set. 2005, v. 30, p. 112.
14. CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla “*perpetuatio iurisdictionis*”. *Cit.*, p. 292.
15. LACOPPOLA, Vito. *La competenza civile nella pratica e nella giurisprudenza*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 19.
16. ALVIM, Arruda. A “*perpetuatio iurisdictionis*” no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, out.-dez. 1976, v. 4, p. 17.
17. Eis a definição de *perpetuatio jurisdictionis* proposta por José Manuel Chozas Alonso: “*es el efecto procesal de la litispendencia por el cual, una vez que se han determinado la jurisdicción y la competencia de un Juez o Tribunal conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas existentes en el momento de la presentación de la demanda, no surtirán efecto alguno, sobre los citados presupuestos procesales, las posibles modificaciones que pudieran producirse con posterioridad tanto respecto al estado de hecho como a la norma jurídica que los habían determinado.*” (ob. cit., p. 102).
18. ALVIM, Arruda. A “*perpetuatio iurisdictionis*” no Código de Processo Civil brasileiro. *Cit.*, p. 17.
19. *Competencia judicial en materia civil*. Granada: Comares, 1998, p. 18.

- a) que haja a iniciação de um litígio, mediante a apresentação e admissão da demanda, originando-se o fenômeno processual da litispendência;
- b) que haja competência do juízo conforme os fatos e normas existentes no momento da apresentação da demanda (tal momento é determinante para estabelecer se existia ou não a competência do órgão judicial e se se vai perpetuar ou não a competência);
- c) que sobrevenha algum fato em razão do qual a competência deveria corresponder a outro órgão judicial (aí já estará perpetuada a competência, sendo irrelevante tal fato superveniente).

Quer isto dizer que, proposta a demanda, opera-se a *perpetuatio jurisdictionis*, desde que o juízo seja, no momento da propositura, competente. Sendo incompetente o juízo, no momento da propositura da demanda, não se opera a *perpetuatio jurisdictionis*.

A doutrina espanhola costuma afirmar que a *perpetuatio jurisdictionis* somente se produz quando a demanda for “admitida” ou “fundada”. Para o sistema brasileiro, demanda admitida ou fundada é aquela que preenche as condições da ação, possibilitando a análise do mérito pelo juiz. Não é, porém, nesse sentido que se diz que a demanda, para que se produza a *perpetuatio jurisdictionis*, seja admitida ou fundada. Segundo esclarece José Manuel Chozas Alonso, “demanda fundada”, para efeito de produção da *perpetuatio jurisdictionis*, deve ser entendida como “demanda admissível”, assim considerada aquela corretamente proposta perante o juízo que, em abstrato, dispõe de competência. Nesse sentido, a demanda será “admissível” se o autor “elegeu” corretamente o juízo ou tribunal que deve pronunciar-se sobre o litígio. Enfim, para que se produza a *perpetuatio jurisdictionis*, é preciso que o juízo seja competente²⁰.

À evidência, a simples propositura da demanda já acarreta a *perpetuatio jurisdictionis*, independentemente de haver condições da ação ou de a demanda ser fundada ou infundada²¹. A demanda em si mesma, uma vez proposta, já produz a *perpetuatio jurisdictionis*. Proposta a demanda, já se desencadeia a atividade jurisdicional do Estado, provocando a litispendência e todos os efeitos dela decorrentes, aí incluída a *perpetuatio jurisdictionis*.

Se, no momento da propositura, o juízo era incompetente, não se produz a *perpetuatio jurisdictionis*.

20. Ob. cit., p. 113-114.

21. Nesse sentido, assim se expressa Ovídio A. Baptista da Silva: “A competência é determinada com base na demanda proposta na petição inicial, mesmo que tal formulação não seja depois acolhida pela sentença. O preceito determina que a competência seja determinada com base exclusivamente na demanda formulada pelo autor, sem que ao juiz seja lícito, nessa oportunidade, averiguar a sua procedência.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 1, n. 1 ao art. 87, p. 400).

Na hipótese de sobrevir competência ao juízo incompetente, não se aplica a regra da *perpetuatio jurisdictionis*. No momento da propositura da demanda, não havia competência. Deveria, em razão da *perpetuatio jurisdictionis*, ser tida como irrelevante a modificação no estado de fato ou de direito, prevalecendo o momento da propositura e sendo reconhecida a incompetência do juízo. Em tal circunstância, aplica-se não a *perpetuatio jurisdictionis*, mas sim o princípio da economia processual, fazendo com que prevaleça a competência adquirida e atribuindo eficácia saneadora à mudança do estado de fato que sobreveio no curso do procedimento²². Ao juízo que não era competente confere-se competência. Se essa competência, que não existia no início, sobrevém no curso do processo, não será mais reconhecida a incompetência; o juízo passou a ser competente²³.

A rigorosa aplicação da *perpetuatio jurisdictionis* deveria conduzir a negar relevância a qualquer modificação que influenciasse na determinação da competência. Logo, sendo, no momento da propositura da demanda, incompetente o juízo, haveria de ser pronunciada sua incompetência, ainda que tivesse havido modificação posterior que lhe tenha conferido competência. Caso prevalecesse essa rigorosa aplicação da *perpetuatio jurisdictionis*, chegar-se-ia a um paradoxo de ser reconhecida a incompetência e, posteriormente, haver um conflito de competência, em acendrada desatenção ao princípio da economia processual e, até mesmo, ao princípio do processo com duração razoável (CF/88, art. 5º, LXXVIII).

A competência superveniente ocorre quando o juízo, que era, no momento da propositura da demanda, absolutamente incompetente, torna-se absolutamente competente diante do advento de nova disciplina normativa que lhe atribui a competência que não tinha, desde que ainda não decretada a incompetência. Se, quando do advento da norma que conferiu competência, o juízo já declinara de sua competência, não há razão para que o processo retorne a ele. Realmente, nas palavras de Arruda Alvim:

“se o título da competência falta num primeiro momento e, posteriormente, a causa já foi para outro órgão, não deverá a mesma voltar ao órgão primitivo, que a repudiara, mesmo que este venha também a ser competente”²⁴.

22. GIULIANO, Mario. *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1970, p. 166-167; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, n. 24, p. 84.

Segundo Luigi Paolo Comoglio, o princípio da economia processual realmente fundamenta essa “aquisição” de competência, evitando que seja decretada a incompetência que havia inicialmente, mas entende que a referência ao princípio da economia processual não é, nesse caso, particularmente significativa, nem tão relevante, senão como argumento de reforço ou de confirmação, que não altera a real justificação do fenômeno, decorrente do sistema de convalidação dos vícios processuais (*Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1980, t. 1, p. 85-87).

23. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: E.J.E.A., 1955, t. 2, p. 127. No mesmo sentido: LENT, Friedrich. Ob. cit., § 40, p. 165; JAUERNIG, Othmar. Ob. cit., § 40, p. 227; TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 43.

24. A “*perpetuatio iurisdictionis*” no Código de Processo Civil brasileiro. Cit., p. 20.

Também ocorre a competência superveniente quando, sendo, no momento da propositura da demanda, relativamente incompetente o juízo, vem a tornar-se competente ante a falta de exceção de incompetência. Realmente, a inércia do réu, que deixa de opor exceção de incompetência, acarreta a prorrogação de competência: o juízo que era incompetente torna-se competente.

Sendo competente o juízo ou tornando-se competente, opera-se a *perpetuatio jurisdictionis*, não se alterando a competência em virtude de modificações supervenientes na situação de fato ou de direito.

3. O MOMENTO DETERMINANTE DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

O que consta dos itens anteriores já deixa evidente que a competência se determina pelas circunstâncias existentes no momento da propositura da demanda²⁵. E é exatamente nesse momento que se produz a *perpetuatio jurisdictionis*, independentemente de ser fundada ou infundada, admissível ou inadmissível a demanda.

A simples propositura da demanda já produz a *perpetuatio jurisdictionis*, imutabilizando os critérios que definiram a competência.

A competência, enfim, é determinada no momento da propositura da demanda. É, nesse instante, que se opera a *perpetuatio jurisdictionis*. Para isso, é preciso que o juízo seja, naquele momento da propositura, competente. Sendo, naquele momento inicial, incompetente o juízo, não se produz a *perpetuatio jurisdictionis*.

Acontece, porém, que a competência pode sobrevir no curso do processo. Legislação superveniente pode conferir competência ao juízo, que não a detinha no momento da propositura da demanda. Nesse caso, o juízo, que era incompetente, passa a ser competente. A *perpetuatio jurisdictionis*, em hipótese como essa, somente se produz a partir do momento em que entra em vigor a norma que conferiu competência ao juízo, se não tiver ainda havido declinação da competência. Produzida a *perpetuatio jurisdictionis*, com a aquisição da competência superveniente, a partir de então se imutabilizam os critérios definidores da competência, não repercutindo no processo qualquer mudança no estado de fato ou de direito.

De igual modo, a falta de exceção de incompetência torna o juízo competente. No momento da propositura da demanda, o juízo não detinha competência, não se produzindo a *perpetuatio jurisdictionis*. Em se tratando, porém, de incompetência relativa, o juízo não pode reconhecê-la de ofício, devendo o réu alegá-la mediante

25. Aristides Rengel Romberg explica que, no direito venezuelano, não havia regra expressa sobre o assunto, mas sempre se entendeu que a competência era determinada pelas circunstâncias existentes no momento da propositura da demanda. Com o advento do Código de Processo Civil venezuelano de 1987, passou a haver regra expressa nesse sentido. (*Tratado de derecho procesal civil venezolano*. Caracas: Editorial Arte, 1995, v. 1, n. 67, p. 306).

exceção de incompetência. Não havendo o ajuizamento da exceção de incompetência, restará prorrogada a competência: o juízo que era incompetente torna-se competente.

Não havendo, então, ajuizamento de exceção de incompetência, o juízo se torna competente. A partir do escoamento do prazo para o ajuizamento da exceção, o juízo adquire a competência. Nesse caso, a *perpetuatio jurisdictionis* decorre da conjugação de um ato do autor (propositura da demanda) com uma omissão do réu (ausência de exceção de incompetência): a competência se perpetua não somente pela atuação do autor, mas também pela do réu, que se submete àquele juízo de forma tácita²⁶.

Conquanto se afirme que, nessa última hipótese, opera-se a *perpetuatio jurisdictionis* a partir da inércia do réu, é certo que se considera produzida desde a propositura da demanda. É como se houvesse uma retroação para a data da propositura, não repercutindo para o processo qualquer alteração nas situações de fato e de direito que sirvam de critério para a fixação da competência²⁷.

O momento determinante da *perpetuatio jurisdictionis* é, como se vê, o da propositura da demanda, desde que o juízo seja, em tal momento, competente. Não detendo competência o juízo, quando da propositura da demanda, o momento determinante da *perpetuatio jurisdictionis* será, então, o da “aquisição” da competência. Sobrevindo a competência que faltava ao juízo, a partir daí será produzido o efeito da *perpetuatio jurisdictionis*, tornando-se imutáveis os critérios fixadores da competência.

4. CESSAÇÃO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

Restou evidente, no item 1 *supra*, que o estado de litispendência ou de lide pendente somente se encerra com o trânsito em julgado. Realmente, conforme ali se demonstrou, a litispendência começa com a propositura da demanda, estendendo-se durante toda tramitação do processo e encerrando-se com a sentença. Caso seja interposto recurso da sentença, o estado de litispendência se prolonga até o trânsito em julgado.

É nesse momento que também cessa a *perpetuatio jurisdictionis*. Sendo certo que a *perpetuatio jurisdictionis* é um efeito processual da litispendência, encerrando-se o

26. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 106, nota de rodapé n. 291; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade para arguir incompetência relativa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, out.-dez. 1988, v. 52, p. 214.

27. “A competência só tem absoluta e incontestável estabilidade após a citação, quando o réu não a excepciona. Há, porém, incidência do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* quando, na data da intimação da ação, o réu residia no local onde ela foi intentada. Eventual mudança do domicílio do réu, mesmo antes da citação, não afetará a estabilidade da demanda. No caso, vai interessar, por incidência do princípio em estudo, o local onde o réu residia quando da distribuição da ação.” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, n. 2.2.12, p. 101).

estado de lide pendente opera-se, igualmente, a cessação da *perpetuatio jurisdictionis*. Nas palavras de Arruda Alvim, “se desaparecer o estado de litispendência, por uma extinção do processo, por exemplo, não há mais que falar em *perpetuatio*”²⁸.

José Manuel Chozas Alonso²⁹ explica que há autores que põem em dúvida a eficácia da *perpetuatio jurisdictionis*, como efeito processual da litispendência que se produz com a propositura da demanda, quando entra em jogo no processo a figura da desistência. A desistência, como se sabe, acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, não havendo coisa julgada material, de sorte que o autor pode repropor sua demanda. Com a desistência, deixa de haver litispendência, cessando os efeitos por ela produzidos. O autor poderia, com tal iniciativa, obter a extinção do processo perante determinado juízo, repropoendo a demanda para que o processo passasse a tramitar junto a outro juízo, produzindo-se, com isso, uma “quebra” na *perpetuatio jurisdictionis*. Ainda segundo o Professor da Universidad Complutense de Madrid, não se produz nenhuma ruptura, nem sequer flexibilização, da *perpetuatio jurisdictionis* quando o autor desiste da ação e posteriormente intenta a mesma demanda perante outro juízo, exatamente porque o primeiro processo se encerrou – cessando os efeitos da litispendência – iniciando-se outro processo “totalmente desvinculado con el anterior”, com novos efeitos produzidos pela “nova” litispendência³⁰.

Essa discussão, travada na doutrina espanhola, não tem relevância para o Direito brasileiro. É que, havendo desistência da ação, a repositura de nova demanda idêntica deve ser apresentada ao *mesmo* juízo, não havendo “quebra” nem “flexibilização” da *perpetuatio jurisdictionis*. De igual modo, quando o processo é extinto sem resolução do mérito – qualquer que seja a hipótese prevista no art. 267 do CPC – também uma nova demanda que seja reproposta deve ser endereçada ao *mesmo* juízo (CPC, art. 253, II).

Significa que, no sistema brasileiro, quando o processo se extingue sem resolução do mérito, a *perpetuatio jurisdictionis* se mantém: deve a nova demanda – que contenha os mesmos elementos: partes, causa de pedir e pedido – ser endereçada ao *mesmo* juízo, a não ser que este tenha sido suprimido da organização judiciária ou passe a ter sua competência absoluta modificada. Pode-se dizer, então, que, no sistema brasileiro, a *perpetuatio jurisdictionis* somente cessa com a sentença de mérito transitada em julgado ou, em outras palavras, a *perpetuatio jurisdictionis* cessa com a coisa julgada material.

28. Ob. cit., p. 17.

29. Ob. cit., p. 110-112.

30. Idem, p. 112.

Segundo esclarece Friedrich Lent, a desistência da ação (também chamada de revogação da demanda ou desistência da instância) extingue o estado de lide pendente, fazendo desaparecer o processo. A litispendência é suprimida retroativamente, como se o processo não tivesse estado pendente (Ob. cit., § 42, p. 170). No mesmo sentido: JAUERNIG, Othmar. Ob. cit., § 42, p. 233.

5. CONTEÚDO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

A regra da *perpetuatio jurisdictionis* aplica-se indistintamente, seja por resguardar os critérios considerados de fato, seja por resguardar os assim ditos critérios jurídicos³¹.

Sendo o juízo competente no momento da propositura da demanda, é irrelevante a posterior modificação do domicílio do réu³². A modificação de qualquer situação, circunstância ou estado de fato que sirva para fixação da competência não repercute nos processos em curso. Assim, não somente a modificação da residência ou do domicílio do réu, mas igualmente a da cidadania, da nacionalidade ou a mudança do domicílio eleito não repercute no processo em curso³³.

A legislação italiana, num primeiro momento, resguardava os critérios considerados de fato, de sorte que as modificações no estado de fato não atingiam os processos em curso. Com o tempo, passou-se a entender que a regra compreenderia também o chamado *estado de direito*, a fim de se conferir mais eficácia à finalidade que inspira a regra da *perpetuatio jurisdictionis*³⁴. Logo, a superveniência de norma modificadora dos critérios de competência não deveria repercutir em processo formado por demanda proposta anteriormente, prevalecendo os critérios que fixaram, naquele momento da propositura, a competência.

Assim, o novo texto do art. 5º do Código de Processo Civil italiano dispõe que a competência se determina com resguardo não somente do estado de fato, mas também da *lei vigente* no momento da propositura da demanda, com a expressa afirmação da irrelevância das sucessivas mudanças legislativas e, igualmente, da irrelevância das modificações daquele estado de fato³⁵. É por isso que se diz que são tratados conjuntamente a *perpetuatio jurisdictionis* e o princípio da irretroatividade das leis³⁶: as mudanças legislativas não alteram a competência fixada no momento da propositura, não somente em razão da *perpetuatio jurisdictionis*, mas igualmente em virtude da aplicação do princípio da irretroatividade das leis.

No direito português, também se entende que a competência é definida no momento da propositura, sendo irrelevante a modificação no estado de fato e,

31. GIULIANO, Mario. Ob. cit., p. 166.

32. ROSENBERG, Leo. Ob. cit., t. 1, p. 202-203.

33. MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Trattato di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 2001, v. 1, t. 1, n. 30, p. 89.

34. MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. Ob. cit., n. 30, p. 90. No mesmo sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 3ª ed. Bologna: il Mulino, 2005, v. 1, p. 85; GIANFILIPPI, Fabio. *Giurisdizione e competenza: disposizioni generali sugli organi giudiziari*. IPSOA, 2001, p. 39; LACOPPOLA, Vito. Ob. cit., p. 24-26; VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1, p. 68; TARZIA, Giuseppe. Ob. cit., p. 30-31.

35. MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. Ob. cit., n. 30.1, p. 91; TARZIA, Giuseppe. Ob. cit., p. 30-31.

36. ROLDÁN, José Miguel López; GUTIÉRREZ, Yolanda Girón. *Competencia judicial en materia civil*. Granada: Comares, 1998, p. 19.

igualmente, as modificações da lei atributiva de competência³⁷. De igual modo, no direito espanhol, entende-se que a *perpetuatio jurisdictionis* abrange não apenas o estado de fato, mas também o estado de direito, sendo irrelevantes quaisquer modificações relativamente aos processos em curso³⁸.

No sistema brasileiro, o art. 87 do CPC, ao tratar da *perpetuatio jurisdictionis*, estabelece que a competência se determina no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes não somente as modificações do estado de fato, mas também as do estado de direito ocorridas posteriormente. É bem verdade que o próprio art. 87 do CPC ressalva hipóteses em que a modificação atinge o processo em curso, mas tais situações não serão examinadas no presente trabalho. Aqui, o que interessa analisar é a irrelevância das modificações havidas nos estados de fato e de direito: alteradas as situações de fato ou de direito que serviram para a fixação da competência, esta mantém-se a mesma, não sendo objeto de modificação.

À evidência, em razão da *perpetuatio jurisdictionis*, resultam ineficazes, no sistema brasileiro, as modificações no estado de fato ou de direito, não havendo repercussão na competência já fixada no momento da propositura da demanda. Cumpre, então, verificar o que são esses estados de fato e de direito.

5.1. Estado de fato

A competência se determina de acordo com o estado de fato existente no momento da propositura da demanda, não tendo relevância as modificações posteriores desse estado de fato.

Segundo José Manuel Chozas Alonso, com a expressão “estado de fato” se designam, em geral, todos aqueles critérios assumidos pelo legislador em cada caso como determinantes da competência, tais como o domicílio ou a residência das partes, a sede de uma sociedade, a nacionalidade, o lugar da conclusão de um contrato, a localização de um bem imóvel, dentre outros³⁹.

Assim, a mudança de domicílio não altera a competência estabelecida no momento da propositura da demanda⁴⁰. Em outras palavras, se o domicílio do réu fora determinante para a fixação da competência, sua modificação posterior não altera esta.

37. AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, n. 10, p. 58; BAPTISTA, José João. Ob. cit., p. 254-255.

38. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 119; ROLDÁN, José Miguel López; GUTIÉRREZ, Yolanda Girón. Ob. cit., 1998, p. 19.

39. Ob. cit., p. 120.

40. Esse é um entendimento pacífico na jurisprudência venezuelana (ROMBERG, Aristides Rengel. Ob. cit., n. 67, p. 306).

De igual modo, a morte do réu, sucedido por pessoas domiciliadas em outra comarca também não altera a competência fixada inicialmente. A incorporação de sociedade ré por outra, com domicílio diverso, não modifica igualmente a competência inicialmente fixada. Também o aumento do valor da coisa litigiosa não modifica a competência inicialmente estabelecida com base no valor da causa⁴¹. Se o réu se torna incapaz, sendo em outro foro o domicílio de seu representante, a competência não se altera⁴², exatamente porque se mantém a competência fixada no momento da propositura.

Na identificação do que seja “estado de fato”, impõe-se distinguir o que sejam fatos suscetíveis de modificação ao longo do tempo e os de impossível mutação. No primeiro grupo, encontram-se as circunstâncias relevantes à determinação da competência que se referem diretamente aos sujeitos que atuam no processo: a nacionalidade das partes, sua residência, seu domicílio etc.⁴³. Há, por outro lado, os fatos ou eventos cuja modificação é impossível: o lugar da celebração ou da execução de um contrato, o lugar da abertura de uma sucessão, o da localização de um bem imóvel etc.⁴⁴.

A *perpetuatio jurisdictionis* refere-se apenas aos fatos do primeiro grupo, não guardando pertinência com os do segundo grupo, exatamente porque não são passíveis de modificação ao longo do procedimento. Logo, o “estado de fato” é aquele conjunto de circunstâncias externas à relação substancial deduzida em juízo existente no momento da propositura da demanda, que a lei toma como critério para fixação da competência e que se sujeita a sofrer modificações ao longo do tempo⁴⁵.

Há quem adote uma postura mais extensiva, entendendo que o “estado de fato” englobaria também os fatos que são tidos como imutáveis, tais como o lugar da conclusão de um contrato ou a localização de um bem imóvel. Se, por exemplo, determinada comarca é extinta, passando a fazer parte de outro Município, teria havido modificação, também alcançada pela *perpetuatio jurisdictionis*⁴⁶. Tal situação, na verdade, não retrata hipótese de modificação do “estado de fato”. Essa é uma mudança normativa, consistindo, isto sim, numa alteração no “estado de direito”, e não no “estado de fato”.

O “estado de fato” diz respeito àqueles fatos que podem sofrer mutações, não guardando pertinência com os chamados fatos imutáveis, já mencionados em linhas transatas.

41. Exemplos dados por BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 1, n. 474, p. 237.

42. Exemplo dado por SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, n. 285, p. 135.

43. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., Granada: Comares, 1995, p. 120-121.

44. Idem, p. 121.

45. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 121; GIANFILIPPI, Fabio. Ob. cit., p. 23.

46. Verificar, no ponto, com citação da doutrina que assim entende: ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 121-122.

Ademais, o “estado de fato” está contido nas afirmações do autor, feitas em sua petição inicial.

A competência é fixada com a demanda, levando-se em conta os fatos alegados pelo autor, mas também em razão da demonstração da real cojuntura fática, muitas vezes evidenciadas somente a partir da apresentação da defesa do réu.

É por isso que se diz que, para fixação da competência, o estado de fato, no momento da propositura da demanda, não é o indicado pelo autor, mas aquele realmente existente e que deve ser averiguado com base nas provas carreadas aos autos⁴⁷. O juiz, então, deve investigar o estado de fato, fundando-se nas provas contidas nos autos, e não com esteio em mera hipótese simplesmente descrita pelo autor em sua petição inicial⁴⁸. A propósito, Pontes de Miranda adverte que, na fixação de competência, “o domicílio independe de simples enunciado de fato, por parte da pessoa física ou jurídica. O enunciado de fato, o *statment of fact*, pode ser falso. Tem-se de verificar se se compuseram os pressupostos para a domiciliação no lugar que se diz ser o do domicílio”⁴⁹.

Na verdade, as afirmações de fato são aquelas descritas pelo autor, não devendo qualquer modificação nessa descrição alterar a competência. O réu pode demonstrar que aquele fato não é verdadeiro, restando indevidamente fixada a competência do juízo. Os fatos alegados pelo autor somente podem ser desconsiderados, com repercussão na fixação da competência, se o réu ajuizar exceção de incompetência e, nela, demonstrar que o estado de fato é diferente. Não sendo oposta pela réu a exceção ritual, haverá prorrogação de competência: o juiz, que seria incompetente, passa a ser competente.

O estado de fato é aquele realmente existente, averiguado com base nas provas carreadas aos autos, se o réu assim demonstrar mediante exceção de incompetência. Não havendo a exceção ritual, então o estado de fato será aquele descrito pelo autor, em sua petição inicial.

5.2. Estado de direito

A mudança no estado de direito também não altera a competência inicialmente fixada.

Como se sabe, não modificam a causa de pedir a simples reformulação de circunstâncias acidentais, a atribuição de qualificação jurídica diferente da originariamente atribuída nem a invocação de norma jurídica diversa da que fora inicialmente

47. GIULIANO, Mario. Ob. cit., p. 155.

48. Idem, p. 155.

49. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 2, n. 6 ao art. 87, p. 166.

invocada, desde que não se altere o efeito jurídico atribuído à incidência da norma. Significa, então, que essas modificações são possíveis, sem que isso implique alteração da causa de pedir. Tais alterações, que são admitidas, podem implicar modificação na competência. A propósito, imagine-se, por exemplo, que, para determinar a competência em matéria agrária (vara agrária criada para dirimir conflitos fundiários, de acordo com a orientação ditada pelo art. 126 da Constituição da República Federativa do Brasil) não se estabeleceu, precisamente, a verdadeira natureza da relação jurídica havida entre as partes. Embora o autor tenha afirmado que a questão ostente natureza agrária, pode ficar evidente, a partir da defesa do réu, que a relação jurídica não se reveste desse cariz⁵⁰. De igual modo, pode o autor afirmar que mantém uma relação jurídica de trabalho com o réu, ficando evidente, após a contestação, que se trata de relação jurídica estatutária, de sorte que a competência não seria da Justiça do Trabalho, mas sim da Justiça Comum. Pode-se, ainda, imaginar a hipótese em que se descreve, na petição inicial, a existência de uma relação de consumo, restando demonstrado, a partir da defesa do réu, que a relação não é de consumo, deixando a competência de ser do juízo especializado em questões consumeristas para que seja de um juízo comum. Enfim, a competência é fixada com a demanda, levando-se em conta os fatos alegados pelo autor, mas também em razão da demonstração das reais conseqüências jurídicas, muitas vezes evidenciadas somente a partir da apresentação da defesa do réu⁵¹.

Na verdade, as afirmações de fato são aquelas descritas pelo autor, não devendo qualquer modificação nessa descrição alterar a competência. Mantidos os fatos descritos na petição inicial, pode-se verificar que a qualificação jurídica que lhes foi atribuída ou as conseqüências jurídicas que se obteve não são aquelas indicadas pelo autor, acarretando, então, a modificação de competência. O que o juiz deve investigar, não se atendo apenas ao que fora afirmado pelo autor, é o contexto jurídico, a qualificação jurídica, a identificação da relação jurídica, desde que isso não implique modificação ou desconsideração dos fatos narrados pelo autor. Para identificar a competência, pode o juiz levar em conta as alegações do réu ou considerar que a qualificação jurídica não é aquela apontada pelo autor. O que não pode, para aquilatar a competência, é deixar de considerar os fatos alegados pelo autor ou levar em conta outros *fatos essenciais* que não foram por ele alegados.

O termo “estado de direito” também engloba a expressão “direito superveniente”. Significa, então, que a mudança do critério de competência, por norma superveniente, não haveria de alterar a competência dos processos em andamento. Parte da doutrina entende que essa é uma peculiaridade que depende de previsão conti-

50. Exemplo dado por LACOPPOLA, Vito. Ob. cit., p. 19.

51. Idem, p. 20-21.

da nas “disposições transitórias”⁵². Há, ainda, os que entendem que a *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica diante de mudanças legislativas: a nova lei que altera a competência deveria incidir, imediatamente, nos processos em curso, sobretudo quando se altera a competência absoluta⁵³.

Não havendo norma transitória, impende aplicar a *perpetuatio jurisdictionis* também para as mudanças legislativas, de forma que a lei superveniente que trate da competência não deve atingir os processos em curso⁵⁴, ressalvadas as exceções previstas em lei. Se, por exemplo, se propõe uma demanda que versa sobre direito obrigacional, a competência será do juízo do foro do domicílio do réu, em razão do que dispõe o art. 94 do CPC brasileiro. Sobrevindo lei que revogue dito dispositivo ou que altere a regra para estabelecer como competente o foro do domicílio do autor, a competência não deve ser alterada mercê da incidência da *perpetuatio jurisdictionis*. A mudança legislativa, nesse caso, não deve atingir os processos em curso.

A competência é regida pela legislação em vigor no momento da propositura da demanda, não sendo modificada a competência em razão da superveniência de norma que estabeleça contrariamente, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

6. FUNDAMENTO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

No processo civil, existem duas espécies de normas que protegem a posição do autor durante a litispêndência. A primeira delas protege a posição do autor como possível vencedor, resguardando sua situação em caso de vitória⁵⁵. É o que ocorre, por exemplo, com as regras que tratam da litigiosidade da coisa e da interrupção da prescrição⁵⁶. A segunda espécie de normas considera o autor como simples litigante, e não como possível vencedor⁵⁷. É nesta segunda espécie que se enquadra a *perpetuatio jurisdictionis*, conferindo estabilidade à competência⁵⁸.

Daí por que Chiovenda assevera que a *perpetuatio jurisdictionis* trata de evitar o grave dano que sofreriam as partes de um litígio – sobretudo o autor – se, em razão de mudança superveniente, durante o processo, das circunstâncias que a determi-

52. GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. Ob. cit., p. 79-80.

53. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 2, p. 164-165; NERY JR., Nelson. Modificação da competência pela reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004): direito intertemporal e *perpetuatio iurisdictionis*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2006, p. 254.

54. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 124. No mesmo sentido: ROLDÁN, José Miguel López; GUTIÉRREZ, Yolanda Girón. Ob. cit., p. 19.

55. CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla “*perpetuatio iurisdictionis*”. Cit., p. 273.

56. ALVIM, Arruda. Ob. cit., p. 14.

57. CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla “*perpetuatio iurisdictionis*”. Cit., p. 273.

58. ALVIM, Arruda. Ob. cit., p. 14.

naram, a competência do órgão (perante o qual fora iniciada a causa) viesse a ser alterada⁵⁹.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery advertem que a *perpetuatio jurisdictionis*, em geral, protege o autor, quando a competência é fixada pela regra do domicílio do réu, mas pode servir como proteção para o réu, quando, por exemplo, a mulher é acionada em ação de divórcio proposta em seu domicílio⁶⁰.

A *perpetuatio jurisdictionis* se justifica por uma questão de conveniência e de estabilidade⁶¹. A duração do processo não deve produzir, na medida do possível, prejuízos às partes. A *perpetuatio jurisdictionis* exerce essa função, evitando que haja danos às partes, resultantes de sucessivas mudanças de competência, ocorridas a cada alterações nas circunstâncias definidoras da competência.

Além desse fundamento básico, a *perpetuatio jurisdictionis* encontra suporte em vários outros princípios fundamentais do processo, tal como se passa a demonstrar.

6.1. A *perpetuatio jurisdictionis* e a segurança jurídica

Já se viu que as mudanças no estado de fato não repercutem na competência já fixada no momento da propositura da demanda. Essa imutabilidade tem por fundamento a segurança jurídica⁶².

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;
- 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.

Antes de dar seqüência ao assunto, impõe-se lembrar que há um secular dilema entre segurança e justiça. O estudo da segurança jurídica é desenvolvido em comparação com o da justiça. É comum afirmar-se que, sem um mínimo de certeza e segurança jurídica, não poderia reinar a justiça na vida social, já que não pode haver justiça onde não há ordem, porque a certeza e a segurança jurídica, ainda que inferiores a outros valores como justiça e bem comum, constituem valores que, em alguma medida, condicionam a possibilidade de se concretizarem valores

59. Sulla “perpetuatio iurisdictionis”. Cit., p. 291-293.

60. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 2 ao art. 87, p. 279-280.

61. BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit., n. 472, p. 237.

62. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 157.

mais elevados⁶³. Daí se dizer que a segurança jurídica constitui um valor inerente à justiça humana⁶⁴.

Tanto a justiça como a segurança jurídica constituem valores, enquadrando-se mais como noções filosóficas que problemas de dogmática jurídica.

Muito se tem afirmado que os valores se inserem dentre os objetos ideais; aqueles que não se situam no espaço e no tempo, tampouco contenham elementos que se manifestem apenas temporalmente⁶⁵. Com efeito, é estreme de dúvidas que os valores não se subordinam a noções de espaço e de tempo. No entanto, só são concebidos mercê de algo existente, consistente nas chamadas *coisas valiosas*. Daí a razão pela qual existe quem identifique os valores como esfera fundamental distinta dos objetos ideais⁶⁶, no que pese haver elementos de contato e de coincidência entre eles.

Os valores não admitem qualquer possibilidade de quantificação ou numeração, ou seja, os valores são imensuráveis, insuscetíveis de serem comparados segundo uma unidade ou denominador comum. Demais disso, consoante dilucida Nelson Saldanha, “os valores não ocorrem em si e por si mesmos, sem vinculação aos setores institucionais: eles provêm da experiência institucional e nela se realizam. Definem-se como entidades metafísicas, mas não *se encontram* senão dentro daquela experiência.”⁶⁷.

Ao se considerar, como o fazem os sociólogos do direito, que a sociedade não representa um simples ajuntamento de homens, tendo como traço peculiar a *consciência coletiva* que lhe dá sustentáculo, exsurtem as tendências prevaescentes no todo coletivo, que, bastas vezes, exercem pressão sobre as consciências individuais. Tais tendências representam os valores sociais que obrigam e enlaçam as vontades dos indivíduos componentes do complexo social. Não é por outro motivo, aliás, que Durkheim tem na por ele chamada *consciência coletiva* o repositório de valores presentes em dada sociedade.

63. ALONSO, Pedro Aragonese. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 274.

64. *Idem*, p. 275.

65. A despeito da concepção idealística e ontológica dos objetos ideais, cunhada por axiologistas dentre os quais pontifica Nicolai Hartmann, parece assistir razão ao pensamento de Miguel Reale, segundo quem tais objetos, sobre não serem existentes em si mesmos, devam ser chamados ideais por distinguirem-se do pensamento como processo empírico determinado. Nas suas palavras, “embora não existindo senão no espírito humano, as *objetividades ideais* possuem, no entanto, uma consistência posta acima do espaço e do tempo, não dependente de apreciações subjetivas particulares.” (*Filosofia do direito*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184).

66. Na lição de Miguel Reale, “em geral, os autores não admitem senão as esferas de objetos ou de determinações da realidade, até agora vistas, ou seja, os objetos naturais e os objetos ideais, porque incluem entre estes também os *valores*. Entendemos, contudo, que estes devem constituir uma terceira esfera fundamental, o que constitui, pensamos nós, relevante alteração na tradicional Teoria dos Objetos.” (*Idem*, p. 187).

67. Em torno dos valores jurídicos. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife, ano 2, abr-jun, 1997, v. 4, p. 356.

Ora, se os valores resultam da experiência institucional, sendo representados pelas tendências prevaescentes na sociedade, não falta razão à John Rawls ao afirmar que “uma sociedade é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”⁶⁸.

Já se percebe o motivo pelo qual os valores se impõem aos indivíduos, muitas vezes contrariando seus próprios desejos. A importância dos valores para os membros de uma sociedade chega ao ponto de subordinar suas condutas, em algumas ocasiões, a algo que contraria suas tendências pessoais ou espontâneas. O valor de um ato decorre, no mor das vezes, do superamento ou da não satisfação de um desejo imediato.

Os valores são inseridos no *jus positum* em decorrência da vontade e da decisão política engendradas num dado ordenamento, no qual há a prevalência de determinado valor sobre os demais, conforme sua gradação hierárquica. Com sua inserção no direito positivo, os valores passam a ostentar o timbre de jurídicos, pondo em relevo instituições que lhe garantam a obediência, tais como a legalidade, a sanção organizada, a ameaça de coação, o constrangimento pela violência legal⁶⁹.

À evidência, na lição de Claus-Wilhelm Canaris, “cada ordem jurídica se baseia em alguns valores superiores, cuja proteção ela serve”⁷⁰. O valor fundamenta a norma ou o princípio. Encampado pelo ordenamento, o valor pode transformar-se em princípio, pois este já compreende a previsão e a consequência jurídica, passando a consistir numa proposição de Direito⁷¹.

O valor segurança jurídica fundamenta regras e princípios contidos na legislação brasileira. A Constituição Federal de 1988 garante, em seu art. 5º, XXXVI, a irretroatividade das leis, e a legislação ordinária estabelece a prescrição e decadência como fatores que têm na segurança seu maior fundamento. Nessas hipóteses, a segurança jurídica constitui o valor levado em conta, seja para manter o *status quo*, seja para garantir previsibilidade.

O princípio da legalidade também se escora no valor segurança jurídica, conferindo maior *previsibilidade* para casos que possam subsumir-se à norma previamente estabelecida, afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador. Efetivamente, a segurança jurídica pressupõe a existência de uma regulamentação prévia. Em outras palavras, é a regulamentação prévia que gera certeza, desaguando na segurança jurídica⁷².

68. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4.

69. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 134.

70. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 86.

71. *Idem*, p. 86.

72. ALONSO, Pedro Aragoneses. *Ob. cit.*, p. 276.

A segurança jurídica constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a manter a estabilidade das relações havidas na sociedade.

A propósito, é relevante mencionar que, atualmente, a doutrina vem preocupando-se com o chamado princípio da “*confiança legítima*”, tido como expressão do direito fundamental à segurança, não se limitando à mera incolumidade pessoal⁷³.

Constitui um passo importante para a Ciência do Direito aproximar a confiança da boa-fé. O princípio da confiança tem íntima ligação com o princípio da boa-fé, de forma a fixar um conteúdo ético mais acentuado à atuação dos sujeitos de direito. A confiança, que se relaciona mais com a moral, influencia a boa-fé, cuja aplicação opera-se mais para o direito⁷⁴. A boa-fé está ligada à confiança: faltando uma disposição legal específica, ela confere a base necessária para manter-se a situação existente e conferir previsibilidade. A projeção da confiança transcende o direito privado, desempenhando um papel de relevo no Direito Público⁷⁵.

A segurança jurídica, como valor que fundamenta regras e princípios, corresponde ao sentimento individual que exige o conhecimento prévio de quais serão as conseqüências jurídicas dos atos a serem praticados. Noutros termos, a segurança jurídica se apresenta como “*certeza do Direito*”. Se os destinatários das normas sabem, prévia e exatamente, qual a conseqüência de suas condutas, podem pautá-las, programando suas expectativas para a produção dos efeitos estabelecidos nas regras e nos princípios jurídicos.

Por aí já se percebe que as resoluções judiciais, a partir de determinado momento, tornam-se irrevogáveis ou imutáveis, por uma imposição que se fundamenta na segurança jurídica. Esse mesmo fundamento justifica a *perpetuatio jurisdictionis*.

Realmente, uma vez determinada a competência, são irrelevantes as alterações operadas nas circunstâncias de fato e de direito existentes no momento da propositura da demanda. Eis aí uma concretização do valor segurança jurídica. Daí a afirmação

73. Sobre o princípio da “*confiança legítima*”, assim esclarece Flávio Luiz Yarshell: “O tema da segurança jurídica é desdobramento do princípio e direito de segurança *tout court*. Segundo a doutrina que dele se ocupou, a segurança jurídica tem duas vertentes: uma, a da ‘qualidade do direito’; outra, a da ‘exigência de previsibilidade do direito’, que, de seu turno, abrange os princípios de não-retroatividade, de proteção de direitos adquiridos e de estabilidade das relações contratuais. O princípio, ao que se registra, tem origem no direito germânico, adotado pelo direito comunitário e hoje consagrado nos países europeus, sobretudo França e Itália. O princípio de confiança legítima constitui expressão da exigência de previsibilidade imposta pelo princípio da segurança jurídica. Quando o direito se torna instável, a necessidade de proteger as vítimas da instabilidade é assegurada pelo princípio da confiança legítima, de tal sorte que tal princípio pode ser invocado quando um ‘particular se acha em situação a respeito da qual a Administração fez nascer esperanças fundadas’ (*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249).

74. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.241-1.242.

75. *Idem*, p. 1.249-1.250.

de José Manuel Chozas Alonso, segundo quem haveria pouca segurança jurídica se um processo começasse perante um juízo, mas, por influência de modificações no estado de fato, pudesse ser decidido por outro juízo⁷⁶.

Saber, de antemão, que, proposta a demanda, o processo irá desenvolver-se e concluir-se perante o mesmo juízo, confere certeza, havendo inquestionável segurança jurídica. Enfim, a “perpetuação fática” ou a estratificação dos fatos que definiram a competência, tal como existentes no momento da propositura da demanda, é decorrência da segurança jurídica⁷⁷, que fundamenta o art. 87 do CPC.

6.2. A *perpetuatio jurisdictionis* e a garantia do juiz natural

Em razão da garantia do juiz natural, ressalta Jorge Miranda, “nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior”⁷⁸. Daí resulta não se poder criar uma competência especial *ex post facto*, nem mesmo para o juiz já instituído⁷⁹.

Significa, então, que a garantia do juiz natural estatui, indiretamente, também a irretroatividade das normas sobre competência⁸⁰, constituindo, bem por isso, uma cláusula de irretroatividade. Daí ser necessário que o órgão judicial pré-exista à propositura da demanda e que as normas de competência permitam determinar qual o juízo que deverá processar e julgar a causa, mantendo-se com tal competência até o final do processo. Essa é uma imposição não somente do juiz natural, mas também do princípio da irretroatividade⁸¹.

A jurisprudência espanhola, por exemplo, é contrária à possibilidade de a mudança legislativa na competência atingir os processos em curso, com vistas a evitar disfunções na administração da justiça⁸². Nesse mesmo sentido, ressalta a doutrina portuguesa que

“a regra é a de aplicação imediata da nova lei, mas apenas quanto às acções futuras, pois que, relativamente às acções pendentes, aplica-se a lei vigente no momento em que foram propostas. Significa isto que, se o tribunal era competente

76. Ob. cit., p. 159.

77. Idem, p. 159.

78. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4, n. 55, IV, p. 259.

79. GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jan.-mar. 1983, v. 29, n. 2.6, p. 17; ARIETA, Giovanni. *La sentenza sulla competenza: struttura, efficacia e stabilità*. Padova: Cedam, 1990, p. 95-100; CAPPONI, Bruno. *Appunti sulla legge processuale civile (fonti e vicende)*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 22-30; PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 179-180.

80. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 85.

81. PÉREZ, Jesús González. Ob. cit., p. 180.

82. GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño, MARTÍN, Agustín Jesús Pérez Cruz. *Derecho procesal civil*. Oviedo: Editorial Forum, 2000, v. 1, p. 110.

para julgar a acção quando esta foi proposta, manterá a sua competência até ao julgamento final⁸³.

Essas observações devem ser adaptadas ao direito brasileiro.

A garantia do juiz natural, no sistema brasileiro, equivale à garantia de que ninguém pode ser subtraído de seu *juiz constitucional*. Vale dizer que, no sistema pátrio, é considerado juiz natural o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de *fontes constitucionais*⁸⁴. Significa que apenas é juiz natural o *juiz constitucional*⁸⁵. Contrariamente a vários sistemas – em que o juiz natural é o direito a um juiz *legalmente* competente – o juiz natural, no Brasil, é o direito a um juiz *constitucionalmente* competente.

Ressalvadas situações especiais previstas em lei, como, por exemplo, a extinção do órgão jurisdicional, a competência deve ser fixada com base no Direito vigente quando da propositura da demanda, não devendo tal fixação ser atingida por alterações normativas supervenientes⁸⁶. A *pré-constituição* do juiz natural tende a garantir que a indicação do juízo competente não possa ser alterada posteriormente, nem mesmo por atos legislativos, sob pena de vulnerar a imparcialidade do juiz e o direito à certeza de que o julgador não seja um juízo *ad hoc*⁸⁷. Vale dizer que a garantia do juiz natural constitui uma cláusula de irretroatividade, conferindo primazia ao cânone do *tempus regit actum* e limitando a aplicação da regra modificadora de competência apenas para os casos que surgem após sua vigência. Em outras palavras, para que se respeite a garantia do juiz natural, é preciso que se entendam as normas de direito intertemporal. Na lição de Ada Pellegrini Grinover, “a modificação da competência, da Justiça comum para a Justiça especial, só é aplicável, ainda que constitucionalmente prevista, para reger casos futuros”⁸⁸.

Ora, se o juiz natural é um juiz constitucionalmente competente, encerrando uma cláusula de irretroatividade ou uma regra de direito intertemporal, não restam dúvidas de que as modificações, operadas por emenda constitucional, de competência estabelecida na Constituição Federal, não devem atingir os processos em curso. Um

83. AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Ob. cit., n. 10, p. 58.

84. MARQUES, José Frederico. Juiz natural. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 46, p. 447.

85. GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. Cit., n. 4.3, p. 21.

86. TARZIA, Giuseppe. Ob. cit., p. 30-31.

87. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 139.

Há, inclusive, quem defenda que se atenta contra a garantia constitucional do juiz natural sempre que se modifica a competência ou a composição do órgão jurisdicional, tanto por norma com força de lei como por atos do Executivo ou dos órgãos diretores do Poder Judiciário, a fim de subtrair um litígio do conhecimento do órgão judicial ao qual naturalmente lhe correspondia (PÉREZ, Jesús González. Ob. cit., p. 175).

88. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. Cit., p. 24.

processo em curso somente deve ser atingido pelas alterações de competência legal, e não pelas mudanças impostas na competência constitucionalmente fixada.

A garantia do juiz natural estatui, indiretamente, a irretroatividade das normas sobre competência, ostentando a feição de uma cláusula de irretroatividade. Daí a interligação que existe entre a *perpetuatio jurisdictionis* e a garantia do juiz natural.

Com efeito, já se viu que o momento determinante da competência é fixado com resguardo à lei vigente e ao estado de fato existente quando da propositura da demanda⁸⁹. Há, então, uma forte ligação da *perpetuatio jurisdictionis* com a garantia constitucional do juiz natural, sendo aquela uma extensão desta. Nesse sentido, Rui Portanova afirma que “a *perpetuatio jurisdictionis* pode ser considerada extensão do princípio do juiz natural, na medida em que, fixada a competência, não podem, quaisquer das partes, escolher outro juízo para processar e julgar a lide em que se envolveram”⁹⁰.

Em razão da *perpetuatio jurisdictionis*, é impossível, com as ressalvas contidas em lei expressa, que o direito superveniente possa afetar a competência firmada no momento da propositura da demanda. A garantia do juiz natural também produz essa consequência, de sorte que há uma identificação entre esta garantia constitucional e a *perpetuatio jurisdictionis*: ambas funcionam como cláusulas ou regras de direito intertemporal.

Não é esse, contudo, o entendimento de Pontes de Miranda, para quem o art. 87 do CPC não constitui regra de direito intertemporal do processo civil; as mudanças legislativas têm, na sua opinião, os efeitos que lhes dá a nova lei, exatamente porque a regra do art. 87 não é de direito intertemporal do processo⁹¹. Secunda-o Nelson Nery Jr, que assevera não haver no art. 87 do CPC uma regra de direito intertemporal⁹².

Não obstante a autoridade doutrinária de que desfrutam tais autores, não há razão para entender-se que o art. 87 do CPC não encerra regra de direito intertemporal. Aliás, nem Pontes de Miranda nem Nelson Nery Jr. esclarecem a razão pela qual essa não seria uma regra de direito intertemporal. Simplesmente afirmam que não se trata de regra de direito intertemporal. Mas, por que não seria essa uma regra de direito intertemporal?

89. GIANFILIPPI, Fabio. Ob. cit., p. 39.

90. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, n. 2.2.12, p. 101.

91. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cit., t. 2, p. 164-165.

92. Modificação da competência pela reforma do judiciário (Emenda Constitucional 45/2004): direito intertemporal e *perpetuatio iurisdictionis*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2006, p. 254.

O art. 87 do CPC estabelece que a competência é fixada no momento da propositura da demanda, sendo irrelevantes as modificações no estado de fato e *de direito* que alterem as circunstâncias que serviram para a definição da competência. A superveniência de modificações no *estado de direito* – segundo o dispositivo – não atingem o processo em curso. Ora, uma regra que trata de imutabilidade de um estado de direito ostenta o cariz de regra de direito intertemporal. Nos termos do art. 87 do CPC, a sucessão de leis e de atos normativos ou, enfim, a mudança no estado de direito não repercute nos processos em curso, sendo esse, então, um disciplinamento de direito intertemporal.

Com efeito, as normas que tratam da aplicação da lei no tempo são chamadas de regras de direito intertemporal, pois resolvem o problema da individualização do direito aplicável na hipótese de sucessão temporal das leis. Há quem faça uma distinção entre direito intertemporal e direito transitório. Enquanto aquele trata, genericamente, das regras relativas à solução dos conflitos derivados do fenômeno da sucessão das leis no tempo, este coincide com as disposições ditadas expressamente pelo legislador para individualizar os casos nos quais a nova lei aplica-se retroativamente ou a velha, ultratativamente⁹³.

Por aí se vê que o art. 87 do CPC brasileiro encerra norma de direito intertemporal.

No direito italiano, entende-se que a *perpetuatio jurisdictionis* opera também frente a toda mudança superveniente de normas legais, a não ser que as novas disposições normativas prevejam a aplicabilidade imediata aos processos em curso⁹⁴. Não importa a relevância da alteração legislativa, já que se resguardam, para fixar a competência, não somente os fatos, mas também as *normas vigentes* no momento da propositura da demanda⁹⁵. Em exaustivo estudo sobre a *perpetuatio jurisdictionis*, José Manuel Chozas Alonso sustenta, com base nas suas razões históricas, na disciplina mantida no direito de vários países e, ainda, em cotejo com a garantia do juiz predeterminado em lei (ou juiz natural), ser absoluta a eficácia da *perpetuatio jurisdictionis* relativamente ao direito superveniente⁹⁶.

Bruno Capponi entende que, no caso da *perpetuatio jurisdictionis*, se pode afirmar que existe, em verdade, uma *ultratividade* da norma que disciplina a competência, em razão do princípio da conservação dos atos processuais e da aplicação do brocardo *tempus regit actum*⁹⁷. É interessante a afirmação do Professor da Università di Campobasso, exatamente porque as normas sobre competência não são, realmente, retroativas. A retroatividade da norma sobre competência implicaria sua

93. CAPPONI, Bruno. *Appunti sulla legge processuale civile (fonti e vicende)*. Cit., p. 79-80.

94. GIANFILIPPI, Fabio. Ob. cit., p. 39.

95. VERDE, Giovanni. Ob. cit., p. 68.

96. Ob. cit., passim.

97. *Appunti sulla legge processuale civile (fonti e vicende)*. Cit., p. 78.

aplicação aos atos processuais já realizados sob os auspícios da lei revogada. O que a *perpetuatio jurisdictionis* garantiria, sob tal perspectiva, não seria a irretroatividade da norma sobre a competência, mas sua ultratividade, de forma que permaneceria aplicável aos processos em curso, mesmo que sobrevinda modificação legislativa no regime da competência.

O resultado parece ser o mesmo, quer se entenda que a regra garante a irretroatividade ou a ultratividade. O que importa observar é que, em razão da *perpetuatio jurisdictionis*, a regra de competência que deve prevalecer é aquela em vigor no momento da propositura da demanda, sendo irrelevantes as modificações supervenientes que pudessem alterá-la.

Tanto a *perpetuatio jurisdictionis* como a garantia do juiz natural conduzem ao mesmo resultado prático: impossibilitar a modificação da competência de um órgão jurisdicional enquanto pendente o processo judicial⁹⁸.

Cumpre advertir que, no sistema brasileiro, a garantia do juiz natural consiste no direito a um juiz *constitucionalmente* previsto com anterioridade. Quer isto dizer que, no sistema brasileiro, a garantia do juiz natural impede que uma mudança de competência *constitucional* atinja os processos em curso. Não é o que sucede, por exemplo, no direito italiano⁹⁹, no direito português¹⁰⁰, no direito espanhol, onde a garantia do juiz natural – também chamada de juiz legal ou de predeterminação do juiz legal – impede que mudanças de *qualquer* competência, seja ela legal, seja ela constitucional, atinjam os processos em curso. No sistema brasileiro, não custa repetir, a garantia do juiz natural diz respeito apenas à competência *constitucional*, segundo entendimento de há muito pacificado.

Significa, então, que a *perpetuatio jurisdictionis* tem por fundamento a garantia do juiz natural, impedindo que mudanças na competência constitucional atinja os processos em curso. Alterações na competência absoluta, fixada legalmente, repercutem nos processos em curso, mas a superveniente modificação de competência constitucional não deve incidir nos processos em andamento.

Assim, por exemplo, proposta uma demanda na Justiça Comum, por ser, no momento da propositura, a competente para processar e julgar a causa, é irrelevante a superveniente modificação, operada por Emenda Constitucional, que atribua à Justiça do Trabalho ou à Justiça Militar competência para processar e julgar a causa. Tal modificação superveniente não altera a competência relativamente aos processos em

98. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 141.

99. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 85; GIANFILIPPI, Fabio. Ob. cit., p. 39; LACOPPOLA, Vito. Ob. cit., p. 24-26; VERDE, Giovanni. Ob. cit., p. 68; TARZIA, Giuseppe. Ob. cit., p. 30-31.

100. AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Ob. cit., n. 10, p. 58; BAPTISTA, José João. Ob. cit., p. 254-255.

andamento. E isso porque a garantia do juiz natural assegura, como visto, o direito a um juiz constitucionalmente competente previsto com anterioridade.

Diversamente, no caso de ser proposta uma ação de separação judicial numa vara cível, por não haver na comarca vara privativa de família, a superveniente criação de uma vara de família na referida comarca atinge os processos em curso, determinando a remessa dos autos ao novo juízo. Em tal situação, não há ofensa à garantia do juiz natural, eis que o juiz constitucionalmente competente, previsto com anterioridade, está preservado. A parte, em tal hipótese, tem direito de ver sua causa ser processada e julgada na Justiça Estadual. Se, no âmbito da Justiça Estadual, o órgão julgador será uma vara cível ou de família, essa é uma circunstância não abrangida pela garantia do juiz natural, que é, vale repetir, o direito a um juiz *constitucionalmente* competente. Daí por que as exceções abertas pelo art. 87 do CPC dizem respeito à mudança de competência legal, e não constitucional.

A garantia do juiz natural consiste no direito a um juiz constitucionalmente competente, previsto com anterioridade. Em que consiste essa anterioridade? O juiz constitucionalmente competente é aquele previsto, pelas normas constitucionais, no momento da ocorrência do fato ou no momento em que proposta a demanda?

A *perpetuatio jurisdictionis* consiste, nos termos do que até aqui se vem demonstrando, num efeito processual da litispendência, de maneira a produzir-se a partir da propositura da demanda. Esse também deve ser entendido como o momento em que se aplica a garantia do juiz natural¹⁰¹. A determinação do objeto do processo e a formação da litispendência surgem com a propositura da demanda, a partir de quando se tornam imutáveis as circunstâncias que definiram a competência, sendo irrelevantes quaisquer alterações supervenientes.

O estado de direito que serve para fixação da competência se torna imutável em razão da *perpetuatio jurisdictionis*, que, nesse ponto, encontra fundamento na garantia constitucional do juiz natural.

6.3. A *perpetuatio jurisdictionis* e o princípio da economia processual

A *perpetuatio jurisdictionis* constitui uma das manifestações do princípio da economia processual¹⁰². Segundo se revela corrente na doutrina, ora representada por Humberto Theodoro Júnior, o processo deve inspirar-se no ideal de propiciar às partes uma justiça *econômica e rápida*, significando dizer que se deve tratar de obter o maior resultado possível com o mínimo de emprego de atividade processual¹⁰³.

101. Nesse sentido: ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 146-148.

102. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 129; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1980, t. 1, p. 72-80.

103. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jul.-set. 1981, v. 23, p. 187; PORTANOVA, Rui. Ob. cit., n. 1.3, p. 24.

A mudança no estado de fato ou de direito, por opção do legislador, bem poderia acarretar a modificação da competência. A escolha, contudo, foi a de vedar esta modificação, de sorte que são irrelevantes as alterações no estado de fato ou de direito, mantendo-se incólume a competência do juízo. E essa escolha prestigia a economia processual, fazendo com que o direito seja atuado com mais eficácia e rapidez.

Diante da *perpetuatio jurisdictionis*, evita-se a transferência *antieconômica* da causa a outro juízo, em razão de variação nas circunstâncias que haviam determinado a competência no momento da propositura da demanda. Fundamentos de lógica operativa – e, de resto, de economia processual – justificam a regra da *perpetuatio jurisdictionis*.

Sendo um pressuposto processual ou requisito de validade do processo, a competência deve estar presente, não apenas no momento da propositura da demanda, mas igualmente – e sobretudo – no momento da prolação da sentença. A alteração da competência – diante de mudanças supervenientes no estado de fato e de direito – seria, então, uma consequência lógica, decorrente da necessidade de o pressuposto processual existir no instante em que proferida a sentença, eis que indispensável ao julgamento do mérito.

Tal consequência seria, entretanto, bastante rígida, comprometendo a rapidez e efetividade do processo; representaria, na verdade, uma solução *antieconômica*. Daí a relação do princípio da economia processual com a *perpetuatio jurisdictionis*. A aplicação do princípio da economia processual é, no ponto, capaz de temperar essa consequência bastante rígida¹⁰⁴.

Há, a bem da verdade, modificações no estado de fato e de direito que excepcionam a aplicação da *perpetuatio jurisdictionis*, impondo a modificação da competência. Em tais hipóteses, a mudança da competência acarreta, como regra no processo civil brasileiro (CPC, art. 113, § 2º), a remessa dos autos ao órgão competente, anulando-se apenas os atos decisórios. Todos os demais atos devem ser aproveitados, não havendo solução de continuidade no curso do procedimento. Nesses casos, resguarda-se o princípio da economia processual, eis que não se extingue o processo, remetendo-se os autos ao juízo competente, com o aproveitamento dos atos processuais já praticados, anulando-se apenas os atos decisórios¹⁰⁵.

6.4. A *perpetuatio jurisdictionis* e o princípio da duração razoável

Se é certo que o processo exige dispêndio de tempo entre sua formação e seu encerramento, sendo essencialmente dinâmico, exatamente porque os atos processuais, normalmente, não se ultimam instantaneamente, não é menos evidente que a

104. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Cit., p. 80.

105. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 137.

excessiva duração do processo implica verdadeira denegação de Justiça, caracterizando um dos principais motivos de crise da atividade jurisdicional.

O *devido processo legal* constitui uma garantia constitucional que assegura o direito a um processo justo e efetivo, daí se extraindo a necessidade de serem expungidas as dilações indevidas que retardam, injustificadamente, o resultado final do processo. Vale dizer que, como corolário do *devido processo legal*, todos têm direito a um processo com duração razoável, sem dilações indevidas¹⁰⁶.

A necessidade de se evitarem dilações indevidas, impondo-se a remoção de obstáculos supérfluos em prol da brevidade e economia processuais, já era alertada, no século XIX, ainda sob os auspícios do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, pelo processualista pernambucano, Francisco de Paula Batista, que assim propugnava:

“§ 61. Brevidade, economia e remoção de todos os obstáculos supérfluos, tais são as qualidades acessórias que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha; assim, todos os atos, dilações, demoras e despesas inúteis são aberrações do regime judiciário em dano do interesse particular e público.

De feito, se uma imprudente prontidão pode dar causa a erros e injustiças, a prolongação de lutas judiciárias traz, para as partes, perda de tempo e de dinheiro, vexações e incertezas, incompatíveis com o repouso e a segurança das famílias, que a lei tem obrigação de defender. Destes abusos, e outros muitos, que se escodem através de uma multidão imensa de incidentes, é que têm nascido todas as indisposições, recriminações e sátiras contra o processo: tem sido um erro de todos os tempos odiar-se a coisa por causa dos abusos”¹⁰⁷.

Secundando as idéias do processualista pernambucano, segundo as quais o retardamento indevido do processo devia ser coibido com a ampliação dos poderes do juiz, deixando este de ser inerte e passivo, Alfredo Buzaid afirma que se deve autorizar o magistrado a proceder a quaisquer atos ou diligências tendentes a esclarecer a sua consciência antes de julgar afinal; a abreviar as demandas, não consentindo em dilações maliciosas, nem quaisquer meios cogitados pelas partes, para uma ganhar tempo contra a outra e reprimir todos os meios abusivos e injuriosos, incompatíveis com a dignidade das leis e seus aplicadores¹⁰⁸.

A necessidade de eliminar as dilações indevidas decorre, como visto, do próprio devido processo legal, que garante um processo justo e efetivo. Em virtude de previsões contidas em convenções internacionais, as Constituições Federais de vários

106. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr.-jun.1992, v. 66, p. 76.

107. BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, § 61, p. 88-89.

108. BUZOID, Alfredo. *Paula Batista: atualidades de um velho processualista*. São Paulo: s/ed., 1950, p. 17-18.

países já prevêm, expressamente, o princípio da duração razoável dos processos ou o princípio do processo sem dilações indevidas. O que se revelava implícito na cláusula do *due process of law* passou a figurar como norma explícita em vários textos constitucionais.

Seguindo a trilha de vários diplomas constitucionais, a Constituição da República Federativa do Brasil passou a ostentar, expressamente, o princípio da duração razoável, estabelecendo, no inciso LXXVIII, de seu art. 5º, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Aparentemente, sobressai uma dificuldade na aplicação desse princípio, não se vislumbrando, à primeira vista, a possibilidade de se fixar uma regra específica, determinante das violações ao direito à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável. Daí se entender que o princípio deveria ser aplicado em cada caso concreto, de acordo com as seguintes circunstâncias: a) complexidade do assunto; b) comportamento dos litigantes; c) atuação do órgão jurisdicional¹⁰⁹.

Será inefetivo ou de pouca efetividade o princípio da duração razoável, se lhe for conferida essa leitura redutiva, restando por lhe fazer aplicável apenas concretamente, de maneira incidental em cada processo. É por isso que Luigi Paolo Comoglio defende a necessidade de uma radical mudança de perspectiva pelo intérprete, a quem se impõe a verificação da legitimidade de qualquer norma que possa influenciar a duração do processo¹¹⁰. O princípio, em outras palavras, tem em mira a racionalização técnica dos mecanismos processuais, dirigindo-se ao legislador e ao julgador¹¹¹. De um lado, dirige-se ao legislador, como diretiva programática e disciplinar de essencial importância. De outro lado, como fundamento, critério, guia e parâmetro de orientação para o juiz, no exercício dos seus poderes de direção, que devem concretizar a aceleração do processo¹¹². Nesse sentido, 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, prevêm no processo formalidades irracionais ou inúteis¹¹³.

109. TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p. 74. No mesmo sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 86.

110. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Cit., p. 87.

111. De nada adiantam todas as medidas legislativas para acelerar o procedimento, se não se tem um juiz pronto a realizá-las. Daí se exigir a presença de um juiz ativo, atento, contudo, aos nítidos contornos legislativos (BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jul.-set. 1982, v. 27, p. 191).

112. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Cit., p. 89.

113. Idem, p. 87.

Ao que tudo indica, o princípio da duração razoável parece funcionar, para o juiz, também como critério de hermenêutica: na dúvida entre qual das soluções adotar, deve-se optar por aquela que evite uma dilação indevida e garanta uma duração razoável do processo¹¹⁴.

O princípio da duração razoável do processo, numa palavra, consiste num expresse reconhecimento constitucional do princípio da economia processual¹¹⁵.

Tudo isso já demonstra que a *perpetuatio jurisdictionis* mantém forte ligação com o princípio da duração razoável do processo. Se não restam dúvidas quanto à necessidade de o processo ter uma duração razoável, devendo ser expungidas as dilações indevidas, não se deve permitir que um processo peregrine de um órgão jurisdicional a outro, em razão de mudanças produzidas posteriormente à propositura da demanda¹¹⁶.

As regras que estabilizam situações no processo concretizam, então, o ideal do princípio da duração razoável do processo, evitando dilações indevidas. O legislador, ao criar regras estabilizadoras de situações processuais, atende ao comando contido em tal princípio. E o juiz, ao optar pela aplicação de regras que imunizam atos ou situações processuais, também o faz.

7. NOTA CONCLUSIVA SOBRE O CONCEITO E O FUNDAMENTO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

De tudo que se expôs é possível inferir que a *perpetuatio jurisdictionis* consiste num efeito processual da litispendência, imutabilizando as circunstâncias que definiram a competência do juízo.

A *perpetuatio jurisdictionis* decorre da necessidade de serem evitados danos às partes com a mudança superveniente dos critérios que, no momento da propositura da demanda, definiram a competência. Sua justificativa é uma questão de conveniência e de estabilidade. Daí ter fundamento na segurança jurídica, no princípio da economia processual e no da duração razoável do processo.

É manifesta a relação que se estabelece entre a *perpetuatio jurisdictionis* e a garantia constitucional do juiz natural.

Na verdade, a *perpetuatio jurisdictionis* atende a uma dupla exigência: de um lado, o valor da segurança jurídica impõe que as alterações nos fatos não repercutam nos processos em curso (“perpetuação fática”), não havendo qualquer modificação de competência em virtude de tais alterações¹¹⁷. Por outro lado, como

114. ROLDÁN, José Miguel López; GUTIÉRREZ, Yolanda Girón. Ob. cit., p. 24-25.

115. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Cit., p. 88.

116. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 134-135.

117. ALONSO, José Manuel Chozas. Ob. cit., p. 137.

decorrência da garantia do juiz natural, cumpre imutabilizar o estado de direito (“perpetuação jurídica”), evitando que alterações nesse âmbito modifiquem a competência¹¹⁸. Como, no direito brasileiro, a garantia do juiz natural assegura o direito a um juiz *constitucionalmente* competente e pré-determinado, as alterações na competência constitucional não atingem os processos em andamento, devendo alcançar apenas os processos que se iniciarem após a vigência da mudança da regra constitucional.

118. *Idem*, p. 137.

CAPÍTULO XXV
**DIREITO PROCESSUAL PENAL:
NOVAS ORIENTAÇÕES**

*Lorenzo M. Bujosa Vadell**

Sumário • 1. Introdução – 2. Constitucionalização: 2.1. As garantias constitucionais do processo penal: algumas insuficiências da lei processual; 2.2. O problema do acusatório no processo espanhol e a eterna? Reforma do processo penal; 2.3. As vias excepcionais: um processo penal do inimigo? – 3. Internacionalização: 3.1. A internacionalização das garantias; 3.2. A internacionalização dos tribunais; 3.3. A relativização do julgado interno; 3.4. O espaço judiciário europeu: 3.4.1. A aproximação legislativa: em direcção ao processo penal europeu?; 3.4.2. O reconhecimento mútuo de resoluções penais em Europa – 4. Justiça restaurativa e desjudicialização: 4.1. O princípio da oportunidade no processo penal; 4.2. A mediação penal; 4.3. Particular referencia ao processo penal do menor – 5. O eterno? Problema da eficácia do processo penal.

1. INTRODUÇÃO

Para mostrar uma panorâmica, principalmente desde o ponto de vista espanhol, mas também europeu, das novas orientações, os problemas – nem todos tão novos – e alguns passos importantes na evolução do Direito Processual Penal dos nossos dias devo partir, sem dúvida, da idéia -não nova, mas sempre atual- do Direito Processual como fechamento do sistema jurídico, como garantia do cumprimento efetivo do ordenamento¹ e, portanto, como elemento que dá plenitude ao Direito no seu conjunto, ou seja, que lhe confere, ou pelo menos, atualiza no caso concreto a sua mais particular característica jurídica: a coerção publicamente institucionalizada. Este conjunto normativo, surgido após a superação dos estudos meramente exegéticos do procedimentalismo, na segunda metade do século XIX, iniciou a consolidação da sua autonomia frente ao Direito privado, e depois, já no seio do Direito público, também do Direito penal. Os estudos sobre as essências conceptuais, sobre as noções básicas de ordem sistemática, origem de tantas discussões, faz muito tempo que abriram espaço á reflexões mais específicas sobre uma dimensão axiológica desta especialidade científica.

* Catedrático de Derecho Procesal – Universidad de Salamanca.

1. Cfr. ALMAGRO NOSETE, José, “Tres breves notas sobre Derecho Procesal constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm. 3-4, 1979. También en *Constitución y Proceso*, Barcelona, 1984, pp. 153-154.

Sem abandonar esta tendência essencial, é forçado destacar alguns grandes fatores da evolução, que seguem, não por acaso, o caminho paralelo da nossa história ibérica, e que têm marcado pontos de inflexão importantes no Direito processual peninsular. Nomeadamente a *constitucionalização* e a *internacionalização* das garantias, que nos nossos ordenamentos chegaram atrasadas, mas com fortaleza suficiente para informar toda a concepção processual e provocarem derrogações inevitáveis e mudanças estruturais; sem que os seus efeitos percam vigência com o passar do tempo, senão ao contrário.

Mas também, deverei analisar brevemente outras concepções mais novas que olham mais de perto o conflito concreto entre o infrator e a vítima e, desde postulados de justiça restaurativa, tentam soluções às vezes inclusive fora do processo, nomeadamente na justiça juvenil onde o interesse predominante do menor obriga a considerações muito particulares.

Finalmente, nesta panorâmica sobre as orientações do Direito processual penal não podemos esquecer que as diversas construções doutrinárias, distantes da realidade, têm sido superadas pelos problemas da prática processual. A idéia da *efetividade*, já proclamada nas Constituições, situou-se no centro do debate científico, em plena concordância com a concepção do Direito processual, não como um ramo mais do Direito, senão como a condição última da eficácia do Direito material. Mas não como disciplina secundária e meramente instrumental, senão como via substancial de garantia.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A parte mais importante da legislação processual penal espanhola é contida basicamente na chamada “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, o nosso Código processual penal centenário, promulgada em setembro de 1882. Foi esta uma lei muito avançada no seu tempo, que instaurou em nosso país *o julgamento oral e público*, aberto unicamente pela dedução da acusação por alguém diferente do juiz ou tribunal sentenciador, não somente o Ministério Público, também o acusador particular, ou seja, a vítima ou o prejudicado pela infração criminal, e mesmo pelo acusador popular, isto é, qualquer cidadão que defende o interesse geral no processo penal. A regra claramente acusatória e garantista da fase de julgamento não se estendeu na fase precedente, que remanesceu em seus caracteres inquisitórios. No século XX, houve algumas regressões em reformas mais concretas. Mas foi a Constituição de 1978 e, principalmente, com o trabalho gradual do nosso Tribunal Constitucional quando se fez uma releitura do processo penal desde o ponto de vista dos direitos fundamentais, das liberdades públicas e das garantias essenciais, que se avançou para um *processo justo*².

2. Vid. ALMAGRO NOSETE, J., “El Derecho procesal en la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núm. 4, también en *Constitución y Proceso*, *op. cit.*, pp. 75-133, y

Hoje, fora do nosso processo penal juvenil, permanece em vigor o esquema original da fase da investigação dirigida por um Juiz – o *Juez de Instrucción*-. Depois esta mesma pessoa não pode integrar o órgão sentenciador, desde uma resolução muito conhecida do nosso Tribunal Constitucional, do verão de 1988, que motivou uma importante reforma processual penal. Efetivamente, nos últimos vinte anos diversas reformas introduziram procedimentos diversos, quase de aluvião, com regras e princípios diferentes, sem idéia quase nenhuma de sistema. Tudo isto, e também a abundante doutrina jurisprudencial do nosso mais alto Tribunal -que necessariamente é aplicada em alguns casos com prioridade ao tenor literal dos artigos da nossa lei do século XIX- têm forçado por muito tempo a elaboração duma lei nova, que não consegue obter um consenso mínimo nem sequer para a sua proposição pelo Governo ao Parlamento.

2.1. As garantias constitucionais do processo penal: algumas insuficiências da lei processual

Ainda hoje naturalmente o problema da efetividade das garantias constitucionais de conteúdo processual é uma questão central em qualquer Estado de Direito. Não pode ser de outra maneira também no ordenamento espanhol. A complexa tarefa de constitucionalização não pôde ainda terminar. É uma missão permanente. Temos problemas velhos que não têm ainda uma solução idônea na lei processual penal, e questões relativamente novas que precisam de normas concretas que não podiam ter sido previstas precisamente pela sua relativa novidade. Muito brevemente devo referir-me a alguns destes problemas para exemplificar a permanente tendência do Direito Processual Penal a procurar o ajustamento das normas processuais às garantias da Constituição perante as insuficiências da lei.

Uma questão não nova, mas que é ainda agora presente nos debates sobre o processo penal justo é a do valor das declarações prévias ao juízo para fornecer o material probatório suficiente para fundar uma decisão condenatória. Não é novo o problema porque esta maneira de atuar era freqüente no tempo prévio à Constituição, no tempo da ditadura franquista. O juízo oral tinha-se convertido numa fase de mera corroboração do quanto obtido na investigação anterior³. O Tribunal Constitucional preocupou-se em voltar ao espírito original da nossa Lei processual penal e procurar que o juízo oral fosse o centro do processo penal, mas apesar de tudo, tivemos algum aviso importante do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Não obstante todo isso, temos ainda na atualidade algumas sentenças inquietantes do Tribunal Supremo espanhol, como a de dezembro de 2006, que aceita o valor probatório da declaração

ORTELLS RAMOS, M.; TAPIA FERNÁNDEZ, I., (Dir. y Coord.), *El proceso penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Cizur Menor, 2005.

3. ORTELLS RAMOS, M.; “Eficacia Probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los arts. 730 y 714 LECrim”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. Núms.. 2-3, 1982, pp. 365 y ss.

do imputado à polícia, não ratificada posteriormente perante juiz nenhum, sempre que fosse incorporada ao juízo oral a través da declaração testemunhal da polícia⁴.

Outro problema também atinente ao âmbito probatório que mostra toda a sua complexidade é o dos limites na obtenção e a valoração das provas obtidas com restrição dos direitos fundamentais. A atual regulação espanhola da prova ilegal procede duma sentença do Tribunal Constitucional que derivou da parte dogmática da Constituição a proibição das provas obtidas, direta ou indiretamente, violentando os direitos ou liberdades fundamentais (STC 114/1984, de 29 de novembro)⁵. Daí passou à Lei Orgânica do Poder Judiciário do ano seguinte e após tem tido um grande desenvolvimento jurisprudencial, mas nenhuma regulação concreta e completa na lei processual penal. A insegurança jurídica é inevitável nos casos extremos, naqueles em que se trata de elementos probatórios obtidos não com vulnerações diretas dos direitos fundamentais, mas nos casos de eficácia reflexa da proibição. Os critérios do provável descobrimento independente, do descobrimento inevitável ou a confissão voluntária do imputado como exceções à proibição, têm sido importados da jurisprudência dos Estados Unidos, mas não tem obtido um recebimento unânime nem na doutrina nem na jurisprudência espanhola⁶.

Um problema particular neste contexto é o da defeituosa regulação legal da intervenção das comunicações pessoais, especialmente das escutas telefônicas⁷, reguladas na Lei processual espanhola de maneira muito limitada e indeterminada, sem resolver os múltiplos problemas da prática, que têm sido mais ou menos superados a partir das indicações da jurisprudência e das normas internas do Ministério Público. A escassa regulação atual é consequência duma sentença do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Caso Valenzuela Contreras contra Espanha. S de 30 de julho de 1998). Mas nem sequer com a nova regulação, a previsibilidade e a certeza essencial nesta matéria, podem garantir-se plenamente, como tem dito o próprio Tribunal Constitucional espanhol (STC 184/2003, de 23 de outubro). Não está demais mencionar nesta altura o caso Prado Bugallo contra Espanha (STEDH de 18 de fevereiro

4. Críticamente, IGARTÚA SALAVERRÍA, J., “La función probatoria de las declaraciones efectuadas en sede policial (una involución doctrinal de la Sala 2.ª del TS)”, *Diario La Ley*, núm. 6714, 16 de mayo de 2007; NIEVA FENOLL, J., “El discutido valor probatorio de las diligencias policiales”, *Diario La Ley*, núm. 6780, 17 de septiembre de 2007 y BUJOSA VADELL, L.M., “Pruebas de referencia y garantías procesales”, *Diario La Ley*, núm. 6821, 15 de noviembre de 2007.

5. *Vid.* as esclarecedoras reflexões conceituais de HUERTAS MARTÍN, I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, 1999, pp. 129-167.

6. *Vid.* monograficamente MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999, y GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, Cizur Menor, 2003.

7. *Vid.* LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991; MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Valencia, 1999. Na recente bibliografia portuguesa, VALENTE, M.M.G., *Conhecimentos fortuitos. A busca de um equilíbrio apuleiano*, Coimbra, 2006, pp. 39-70.

de 2003) no que o Tribunal Europeu declarou a insuficiência das normas espanholas, por não precisar a natureza das infracções que podem justificá-la, a duração máxima da intervenção, as exigências que tem de ser satisfeitas enquanto às atas e as precauções para comunicar de maneira intacta e completa as gravações ao juiz e à defesa⁸.

Os avances científicos e tecnológicos apresentam outras questões de grande interesse como as das provas de ADN⁹. Os magistrados do Tribunal Supremo mostraram critérios discrepantes em diversas resoluções do mesmo ano 2005. Na resolução de abril¹⁰ o Tribunal considerou que a mostra obtida dum gargalho recolhido na cela da prisão, sem conhecimento do argüido, não podia servir para a comparação com outras mostras obtidas no lugar do crime e, portanto, para a condenação. O Tribunal exigia a intervenção do juiz no recolhimento desta classe de amostras, e no caso não se tinha pedido autorização judiciária nenhuma. Mas em outubro¹¹, o mesmo tribunal, mas integrado com outros magistrados, decidiu o contrario: o recolhimento da saliva tinha sido obtido de maneira espontânea e inesperada e sem restringir a intimidade do argüido -curiosamente a mesma pessoa do caso anterior- e, portanto, não seria necessária a autorização judiciária. Finalmente no 31 de janeiro de 2006, uma reunião de todos os magistrados da Sala Penal acordou admitir os recolhimentos de amostras genéticas sem autorização judicial¹². E já têm sido varias as decisões que acolhem esta doutrina¹³. O problema como tantas outras vezes está na passividade do legislador. O próprio acórdão fala do raquitismo normativo existente nesta matéria.

Nos últimos anos no nosso país têm sido criados novos órgãos judiciários especificamente relativos à delinquência sobre a mulher, com importantes dificuldades constitucionais, por exemplo, ante o principio de igualdade ou o direito ao processo com todas as garantias¹⁴. Em vez de optar por uma especialização na matéria complexa da violência intra-familiar, as atribuições dos novos órgãos dependem do

8. Numa sentença do Tribunal Supremo espanhol de 19 de fevereiro de 2007 declarou a obtenção ilícita dos números de telefone porque o conceito de "segredo" não atinge somente ao conteúdo da comunicação. Mas também a outros elementos da mesma como é a identidade dos interlocutores e antes da autorização judiciária tinham sido obtidos os números dos usuários determinados.
9. Vid. LORENTE ACOSTA, J.A., y LORENTE ACOSTA, M., *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, 2000; MORA SÁNCHEZ, J.M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Granada, 2001.
10. STS, Sala 2.ª, de 19 de abril de 2005.
11. STS, Sala 2.ª, de 14 de outubro de 2005.
12. Pode comprovar-se este acordo em ÍÑIGO CÓRDOBA, E.; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido (1991 -2007)*, Barcelona, 2007, pp. 393-396.
13. SsTS, Sala 2ª, de 14 de fevereiro de 2006, 27 de junho de 2006, 4 de outubro de 2006, entre outras.
14. Destacada especialista sobre estas questões é a Prof.ª DEL POZO PÉREZ, em publicações como as seguintes: *Violencia doméstica y juicio de faltas*, *Atelier, Barcelona, 2006*; "Comentarios a la tutela judicial", *Comentarios breves a la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*, pp. 178 a 225; 237 a 249; 278; 312 a 315; 318; 328; 332; 336; 340; 2005, IUSTEL, Madrid; "El Juez de Violencia sobre la Mujer: Creación y competencia en el orden jurisdiccional penal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 2005, pp. 139-171; "Algunos recelos en torno a la

sexo da vítima e da intenção do agressor. Esta marca característica de “tribunais defensores da mulher” apresenta dúvidas claras sobre a sua imparcialidade no julgamento dos homens. São centos às questões de constitucionalidade apresentadas perante o Tribunal Constitucional e pendente ainda da sua resposta.

2.2. O problema do acusatório no processo espanhol e a eterna? reforma do processo penal

No contexto jurídico dos ordenamentos dos Estados da nossa mesma influência histórica e cultural é muito freqüente pedir a instauração de um processo penal cada vez mais acusatório. Por anos as reformas processuais européias têm seguido esta tendência e, mais recentemente, caracterizou também a gradual modernização do processo penal de numerosas repúblicas americanas, entre elas a chilena e a colombiana. Mas, eu devo também indicar a existência de fortes discussões doutrinárias e manifestações contraditórias na jurisprudência sobre os limites dessa concepção, e ainda críticas fundadas sobre uma exacerbação¹⁵ das características do modelo ideal do processo acusatório.

O sistema espanhol, embora seja velho e com algumas características aparentemente inquisitórias, ajusta-se também a estas exigências gerais do acusatório¹⁶. Ainda mais: a leitura do Preâmbulo da Lei espanhola de 1882 (“Exposición de motivos”) mostra que exatamente o objetivo do legislador processual era o este: “Tem, então, que restabelecer-se a igualdade das condições nesta luta legal, hasta onde permitem os alvos essenciais da sociedade humana”; e após aludir a diversos problemas específicos como a lentidão, indicava muito expressivamente: “Os outros vícios do julgamento eficaz serão, sem dúvida, corrigidos com o juízo oral e público e a introdução do sistema acusatório na lei processual”. O juízo, ou seja, “o arsenal onde o acusador e o acusado devem tomar as armas para a sua batalha e o tribunal os fundamentos da sua decisão”¹⁷.

regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.”, *La Ley*, 2006, pp. 1-10, ...

15. Vid. PICÓ JUNOY, J., “Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, *Justicia*, 1996, I, pp. 153-163.
16. Segundo a Corte Constitucional espanhola, o processo penal acusatório exige uma acusação formal contra uma pessoa determinada, porque não pode haver validamente uma sentença sem a correlativa acusação: “A aplicação do princípio acusatório supõe, ademais, uma luta processual entre duas partes processuais netamente contrapostas -acusador e acusado- resolvido por um órgão que seja colocado sobre ambos, com uma distinção nítida das três funções processuais fundamentais, a acusação, proposta e mantida por uma pessoa diferente de essa do juiz; a defesa, com direitos e faculdades iguais ao acusador, e a decisão por um órgão judicial independente e imparcial, que não aja parte contra o acusado no processo contraditório” (STC 18/1989, de 30 de janeiro).
17. Mas também, é de recordar a prevenção que adiciona Alonso Martinez, então Ministro de Justiça: “o governo de V.M. pensou que a transição era demasiado abrupta para este país, em que os juizes foram até agora onipotentes, perseguidores dos crimes pela sua própria e espontânea iniciativa”, e isto porque “a sociedade deve marchar como a natureza, gradualmente e não por saltos: o progresso legal deve ser progressivo, se houver de arraigar-se nos costumes do país”.

Mas o uso atual da expressão “processo acusatório” envolve uma referência inevitável ao processo adversarial anglo-saxão¹⁸, e especialmente, ao dos Estados Unidos. Naturalmente foi enorme -eu diria mesmo que excessiva- a influência deste modelo nas diversas reformas processuais mais novas, não somente do continente europeu, mas também reformas processuais ibero-americanas. E, ademais, leva a certa confusão, porque muitas das características que são atribuídas ao acusatório, eles são meras opções político-legislativas, originadas frequentemente em contextos político-legais muito diferentes (como a do tribunal do júri), ou se referem às garantias processuais fundamentais reconhecidas em tratados internacionais diversos na matéria e nas Constituições, principalmente nas versões mais recentes. Conseqüentemente, com freqüência, quando falamos dum processo penal acusatório, nós significamos “processo penal com todas as garantias” ou “processo justo”; realmente o que também no espaço anglo-saxão e com origem na Constituição norte-americana sabe-se como *Due Process of Law* ¹⁹.

Obviamente nos ordenamentos europeus nós mantemos determinadas características que nos separam do modelo puro adversarial da origem anglo-saxão, o qual não implica que os nossos processos penais não tenham garantias. As exigências constitucionais influenciam diretamente na depuração garantista das normas processuais penais ordinárias, sobretudo, através das diversas resoluções do Tribunal Constitucional. Concretamente, na Espanha, desde 1978, e sobretudo desde que esse Tribunal começou exercer a sua potestade em 1980, houve uma grande expansão das garantias processuais. Às vezes, entretanto, quando se lêem certos comentários jurídicos, parece que o ordenamento que não se ajusta ao modelo acusatório puro adversarial não há nenhuma garantia, como se nos países europeus estivéramos ainda baixo as férreas ditaduras do século XX.²⁰

Assim, ao lado do direito fundamental ao processo com todas as garantias, ou mais certamente, como uma delas, nós temos em nosso Direito o principio acusatório compreendido numa maneira mais restrita, que poderia ser sintetizada em poucos axiomas: 1. - Uma separação clara deve permanecer entre aquele que acusa e quem julga. Isto é o critério o mais importante por que não pode ter o julgamento se não houver nenhuma acusação exercitada por um sujeito processual diferente do juiz; 2.- Deve-se distinguir claramente entre a investigação e a decisão, atribuídas a órgãos diversos, a primeira dirigida a preparação do júízo oral e a segunda desenvolvida

18. Vid. McEWAN, J., *Evidence and the Adversarial Process. The modern Law*, 2.^a ed., Oxford, 1998, especialmente pp. 73-79

19. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos”, *Revista del Poder Judicial*, num. esp. XIX, 2006, “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, pp. 25-77.

20. A respeito de Alemanha, ARIAS DUQUE, J.C., “El juez en el sistema acusatorio colombiano”, em *El proceso acusatorio colombiano*. Tomo III. Roles de los Intervinientes (Experiencias y Desafíos), Bogotá, 2006, pp. 190-196.

no próprio juízo oral; 3.- Não se pode impor uma condena penal mais para lá da pretensão exercitada tanto quanto em sua dimensão subjetiva, como a objetiva; ou seja, deve haver a correlação entre o pedido e a decisão judicial; e 4.- A formulação de uma impugnação, não pode prejudicar mais ao recorrente do que já era ele na sentença recorrida, a menos que a outra parte se opusesse também²¹.

A questão do fundo em todos esses axiomas é a *garantia da imparcialidade do julgador*; não somente evitando as decisões que faltam certamente á objetividade, mas ademais protegendo a mera aparência de neutralidade. Assim declarou-se que a obrigação de não ser “juiz e parte” nem “juiz da própria causa” está traduzida em duas regras: “conforme a primeira, o juiz não pode assumir funções da parte; pela segunda, o Juiz não pode fazer atos nem manter com as partes relações jurídicas nem conexões de fato que possam mostrar ou expressar posições psíquicas ao favor o contra” (STC 162/1999, de 27 de setembro), porque o cumprimento estrito do princípio de legalidade força a que a liberdade do critério do julgador obedeça exclusivamente às razões gerais da aplicação do Direito e nunca aos preconceitos ideológicos ou pessoais (SSTC 225/1988, de 28 de novembro, 137/1997, de 21 de julho e de STC 155/2002, 22 de julho)²².

O problema é apresentado de maneira geral a respeito da iniciativa probatória do juiz penal, porquanto se tem afirmado que esta posição ativa do julgador seria diretamente contrária à garantia de imparcialidade e neutralidade²³ no exercício da potestade jurisdiccional porque origina necessariamente no juiz uma prevenção que vulnera a necessária objetividade na decisão de “fundo” do processo penal. Assim o nosso Tribunal Supremo em algumas resoluções tem defendido esta argumentação, apoiada também no argumento da essencial igualdade de armas entre as partes litigantes, que o juiz não pode desequilibrar. Outras sentenças do mesmo Tribunal têm defendido a constitucionalidade do artigo 729.2 da nossa lei processual, que sempre dentro dos limites dos feitos que constituam o objeto do processo e da prova, o tribunal pode ter certa iniciativa para constatar a sua realidade. Não podemos olvidar a defesa do interesse geral e a justiça material que estão na base do exercício da potestade jurisdiccional em função do princípio de legalidade penal, sempre dentro do respeito das garantias essenciais do processo, sempre sem vulnerar os direitos

21. Neste sentido *Vid.* GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 190-192; VÁQUEZ SOTELO, J.L., “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. Homenaje a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras sus cien años de vigencia”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, pp. 102-104; MONTERO AROCA, J., “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, *Justicia*, 1992, IV, pp. 775-788; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 39-111, ...
22. Como afirma VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, pp. 25-26: “sólo un proceso acusatorio que respete la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes es compatible con nuestra Constitución y con los Convenios Internacionales firmados por España”.
23. *Vid.* ALVARADO VELLOSO, A., *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, 2005.

fundamentais envolvidos²⁴. Assim o nosso Tribunal Constitucional tem afirmado que a iniciativa probatória oficial não é *per se* lesiva dos direitos constitucionais, sempre que se mantenha no âmbito da excepcionalidade e se respeitem as necessárias garantias. Sem dúvida é imprescindível o cuidadoso contraditório, tanto da decisão como da prática, do meio de prova e a possibilidade de propor nova prova. Mas não há unanimidade nem na doutrina nem nos tribunais espanhóis sobre esta questão.

Mas o excesso na aplicação do acusatório no processo penal espanhol é evidente desde outro ponto de vista que supõe finalmente, como poderá ver-se, uma confusão do acusatório com manifestações verdadeiramente dispositivas. A jurisprudência, primeiro e o legislador depois, têm defendido que é o acusatório exige a limitação do juiz ao limite superior da pena concreta mais alta pedida por os acusadores, sem que, portanto, na individualização da pena o juiz possa recorrer à margem superior da pena prevista por o legislador, mais para lá do pedido por as partes acusadoras. Esta vinculação é expressa no caso do procedimento abreviado, mas num desses acórdãos governativos da Sala Penal do Tribunal Supremo tem sido estendida noutros procedimentos por expressa aplicação das exigências do acusatório. Ainda mais: quando no momento final da fase de julgamento -após a prática dos meios de prova-, as acusações retirem a acusação, o juiz, embora tenha sido convencido da realidade dos factos, não pode ditar sentença condenatória, porque a retirada da acusação o vincula. Como eu dizia antes, o acusatório se converte nestes casos na aplicação do princípio dispositivo como si a acusação tivesse um direito subjetivo sobre a pretensão exercitada, come se a perseguição penal fosse um simples litígio privado.

Finalmente, não posso acabar a minha referencia ao acusatório em Espanha sem recordar que este é uma das principais razões dos partidários de reformar o processo penal atribuindo ao Ministério público a direcção da investigação penal, em vez de manter a tradicional figura do Juiz de Instrução²⁵. A falta de acordo neste debate concreto é uma das mais importantes causas reais de que na Espanha tivéssemos somente inumeráveis reformas parciais do processo penal, mas não um Código moderno como vocês em Portugal.

2.3. As vias excepcionais: um processo penal do inimigo?

A tendência garantista para um aprofundamento de vigência dos direitos e liberdades constitucionais no processo penal tem, contudo, especialmente nesta altura,

-
24. GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, afirmava respeito aos processos com proibição da iniciativa probatória judicial: “esta configuración del proceso ha de resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión”. Uma exposição clara sobre a esta questão pode ver-se em PICÓ i JUNOY, J., “La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio. Un estudio desde el derecho comparado”, *Diario La Ley*, núm. 6575, 23 de octubre, de 2006.
25. *Vid.* CALVO SÁNCHEZ, M.C., “¿Ministerio fiscal o juez instructores de la causa?”, *Cuadernos abulenses*, núm. 22, julio-diciembre 1994, pp. 135-152; MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, 2005

uma perigosa tendência contrária que atinge não só as concepções processuais, senão também o próprio Direito penal material.

Em Espanha não é uma tendência tão nova. A nossa história criminal dos últimos quarenta anos tem sido marcada por uma presença constante da delinquência organizada, sobretudo em forma de atividade terrorista, mas também largas formas de tráfico de drogas ou também, em geral, de delinquência econômica. Por isso, os trágicos feitos do onze de setembro de 2001 ou, mais diretamente, de março de 2004, não nos surpreenderam normativamente desassistidos. Faz muito tempo que os tribunais espanhóis aplicam normas especiais em matérias delicadas como as deste tipo de criminalidade.

É provavelmente por isso que não temos dado ao problema respostas históricas ou gravemente desproporcionadas como noutros Estados afetados por massacres terroristas. E a dignidade dos argüidos tem sido mantida muito melhor protegida que em experiências como as de Guantánamo por Estados Unidos ou no Caso Menezes no Reino Unido. Mas o problema essencial do equilíbrio entre a liberdade e a segurança, sem dúvida, também tem sido apresentado no nosso Direito, e também a justiça é a que deve marcar os limites. O Tribunal constitucional espanhol já faz tempo que considerou justificadas algumas normas de exceção: nomeadamente, a atribuição destes casos aos órgãos centralizados da Audiência Nacional, a proibição da livre eleição do defensor, um regime particular de privação provisional da liberdade, com prisão incomunicável, ou normas específicas na intervenção de comunicações. São todas estas especialidades discutíveis e discutidas: algumas modificações têm sido declaradas fora das margens constitucionais, mais outras segundo o nosso alto Tribunal são somente respostas proporcionadas a realidades complexas e muito graves que merecem uma agravação da resposta penal e processual penal.

Estas considerações sobre este problema já mundial colocam-nos perante algumas concepções doutrinárias largamente divulgadas que, desde uma perspectiva autoritária, defendem uma transformação da resposta estatal justificada quase exclusivamente na segurança cidadã dos que tem a consciência tranqüila e que não esperam nenhuma consequência negativa da acrescentada intervenção estatal. Fala-se de um direito penal do inimigo, e correlativamente também dum processo penal para os inimigos. Uma resposta do Estado frente aos que se colocam fora do sistema, e inclusive atuam com a finalidade de inclusive destruí-lo.

O individuo perigoso se concebe como um indivíduo partido ao meio, nem sequer como uma pessoa, porque não tem uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal²⁶. Sem entrar nas importantes consequências penais materiais desta afirmação, desde o ponto de vista meramente processual temos também consideráveis efeitos: não se limita as restrições aos direitos e liberdades constitucionais em casos justificados e proporcionados, senão que procura diretamente a

26. Assim, nomeadamente JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2.ª ed., 2006.

destruição mediante a guerra²⁷. Não precisamos do choque formalizado entre pretensão e resistência perante um órgão independente e imparcial. Basta a perseguição das infrações criminais mediante instrumentos bélicos.

O Direito reage frente a esta criminalidade procurando a eliminação do perigo, é a guerra contra o inimigo. Mas realmente este passo lógico provoca que o Direito não seja já Direito²⁸, senão uma técnica de eliminação do perigoso que não quer assimilar-se à sociedade, ao *status* de cidadão. Assim, no entanto, esquecemos totalmente o fundamento dos direitos inalienáveis do homem: a dignidade humana²⁹. Os inimigos também têm dignidade, também são sujeitos de direitos fundamentais e devem ter reconhecidas as garantias essenciais, mesmo que em certas ocasiões possam ser restringidas pelo juiz de maneira proporcionada. E ademais, a guerra indiscriminada contra aquele que o poder constituído considera inimigo, implica danos colaterais contra outras pessoas que não são amissíveis num Estado de direito.

3. INTERNACIONALIZAÇÃO

Outra tendência que tem feito evolucionar o Direito processual aceleradamente nos últimos anos foi a internacionalização das garantias processuais³⁰, dos tribunais que controlam a sua interpretação e aplicação e, nomeadamente, os passos dados no Direito europeu para a consecução dum “espaço europeu de justiça”. Sobre tudo, com a declaração do princípio do reconhecimento mutuo como “pedra angular” deste espaço europeu onde se facilita o auxílio judiciário mútuo entre os Estados membros da União Européia e se procura reforçar a confiança entre os diversos ordenamentos jurídicos a través duma paulatina aproximação legislativa³¹.

3.1. A internacionalização das garantias

Um ponto fundamental nessa tendência da internacionalização da minha especialidade jurídica tem sido a assinatura e a ratificação por Espanha de diversas convenções internacionais nas quais se proclamam garantias processuais fundamentais. As

27. Cfr. JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y...”, *op. cit.*, p.46.

28. CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal ...*, *op. cit.*, p. 89: “‘Derecho penal del enemigo’ es un pleonismo, ‘Derecho penal del enemigo’ una contradicción en los términos”, mais largamente pp. 124-137.

29. Vid. GÖSSEL, K.H., “Réplica del Derecho Penal del Enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”, *Revista penal*, núm. 20, julio 2007, pp. 96-97.

30. Ressalta a idéia de progressividade neste contexto: NIKKEN, P., *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987.

31. Já CAPPELLETTI, M., “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, dicembre, pp. 1413-1414, tinha declarado: “La dimensione internazionale della giustizia implica infatti, prima di ogni altra cosa, abbandono della concezione esclusiva e monopolistica della sovranità dello Stato; essa implica, com’è eloquentemente proclamato dalla costituzione italiana del 1948, volontà dello Stato di consentire le ‘limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni’”.

circunstâncias da nossa política contemporânea explicam a grande demora na vinculação dos nossos países a estes catálogos essenciais de direitos e liberdades. Por isso não foi hasta o ano de 1977 que Espanha ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³² e o Convênio Europeu de Direitos e Liberdades Fundamentais de 1950 no ano de 1979³³.

Mas a cláusula constitucional contida no artigo 10.2 da Carta magna espanhola tem tido uma grande força expansiva destas garantias internacionais e tem sido aplicada com frequência por os nossos tribunais nos últimos vinte anos. Este tem sido precisamente a causa de algumas importantes reformas do processo penal espanhol como a criação do procedimento abreviado no ano de 1988, para superar o problema de dois procedimentos anteriores nos quais o juiz investigador tinha também a seu cargo o julgamento das infracções menos graves³⁴. Esta mesma via tem sido a que permitiu a entrada na jurisprudência espanhola dos critérios concretos para a determinação da existência de dilações indevidas no processo espanhol.

Um caso mais recente e chamativo tem sido o problema da dupla instancia no processo penal, precisamente por entender como parte essencial do direito à tutela judiciária efetiva o direito a impugnação, por exigência do artigo 14.5 do Pacto de Nova Iorque. O nosso sistema de recursos é muito pouco coerente: nos crimes mais graves não está prevista apelação nenhuma, somente a possibilidade de impugnação extraordinária mediante o recurso de cassação. Pelo contrário nos crimes menos graves não há cassação, mas sim apelação. Com a exceção dos casos atribuídos ao júri, nos que é possível a apelação, mas também posteriormente a cassação. O problema se apresentou quando o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas declarou reiteradamente a vulneração por Espanha do artigo 14.5 do Pacto de Nova Iorque nos processos por crimes mais graves. A pesar da posição contrária dos órgãos jurisdicionais espanhóis que defendiam uma interpretação muito flexível dum dos motivos da cassação espanhola, a reiteração nas resoluções do Comitê tem obrigado ao legislador espanhol à generalização da dupla instancia nos processos penais³⁵. Agora penso, comtudo, que é muito improvável a aprovação desta reforma, porque a presente legislatura está a finalizar.

32. Instrumento de ratificação publicado no BOE num. 103 de 30 de abril de 1977.

33. Instrumento de ratificação publicado no BOE num. 243 de 10 de outubro de 1979.

34. Vid. CALVO SÁNCHEZ., M.C., “El derecho a un juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes”, *Diario La Ley*, 1989, t. 4, pp. 995-1006.

35. Vid. CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La segunda instancia penal*, Cizur Menor, 2205, CACHÓN VILLAR, P., “La doble instancia penal y el recurso de casación”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 10, septiembre de 2006, pp. 14 y ss.; PÉREZ MANZANO, M., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal”, *Diario La Ley*, núm. 6566, 9 de octubre de 2006; LOPEZ COIG, J.C., “La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los tratados internacionales?”, *Diario La Ley*, núm. 6567, 10 de octubre de 2006.

3.2. A internacionalização dos tribunais

Mas um feito tanto o mais importante que a internacionalização das garantias mesmas tem sido a criação de órgãos jurisdicionais internacionais encarregados da aplicação destas garantias e da declaração das vulnerações dos Estados aos catálogos de direitos e liberdades fundamentais. O largo trabalho de órgãos como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos na interpretação do Convênio de Roma de 1950 e os seus protocolos forma um acervo doutrinal que constitui um mínimo comum dos direitos humanos em toda Europa. É um efeito, não de coisa julgada, mais de coisa interpretada que tem uma força expansiva mais para lá dos Estados parte no processo internacional³⁶. Este é um fundamento muito frutífero para a construção dos elementos basilares do processo europeu.

Apresenta-se, no entanto, um problema importante respeito à eficácia interna das decisões do Tribunal de Estrasburgo. Em Espanha já com a primeira condena ao nosso país em 1988 no caso Barberá, Messegué e Jabardo, mostraram-se tais dificuldades³⁷. Como o pressuposto para iniciar um processo perante o Tribunal Europeu é o esgotamento das vias internas, por isso, quando uma sentença desse Tribunal declara à vulneração do Convênio de Roma num processo interno, a efetividade dessa sentença é muito limitada porque se encontra de frente com o efeito de coisa julgada interna. Não se produz uma anulação direta da sentença interna, senão que o Convênio deixa ao Estado condenado a eleição dos meios internos para dar-lhe efetividade³⁸. O legislador espanhol, tal vez com o medo da criação duma ulterior instancia -que não sabe que realmente já existe-, não quis regular um meio para dar eficácia as condenações de Estrasburgo no Direito interno. Não temos em Espanha, ao contrário de outros países, um instrumento para isso, ainda que alguma vez a via do recurso de amparo constitucional tinha servido para resolver, neste contexto, problemas graves de justiça material³⁹.

A novidade mais recente neste âmbito da internacionalização da justiça tem sido a criação dos tribunais penais internacionais para o ajuizamento dos crimes mais graves e abomináveis: os tribunais *ad hoc*, para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, no contexto das Nações Unidas e, portanto, com uma relação de verticalidade com os Estados, e mais recentemente, em 1998, o Tribunal penal internacional criado por

36. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A., “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. EL fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, 1999, p. 63.

37. *Vid.* GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid, 1994, pp. 281-287.

38. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1987, pp. 113-133.

39. *Vid.* BUJOSA VADELL, L.M., *Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997.

um convênio internacional e, em consequência, numa posição não tão diretamente vinculativa com os Estados. O consentimento do Estado cooperador com o Tribunal internacional tem ainda uma grande importância no Estatuto de Roma.

Esta justiça vocacionalmente universal, ainda se encontra limitada, sobretudo, pela falta de vontade de países importantes, e inclusive pela atitude abertamente contrária de alguns como os Estados Unidos⁴⁰. Mas supõe um passo capital nesta tendência tão atual de proteger os direitos fundamentais por órgãos situados fora das fronteiras do Estado-nação, órgãos aos quais os Estados vinculados cederam parte da sua potestade jurisdiccional.

3.3. A relativização do julgado interno

Uma das principais novidades da constituição desta organização complexa que chamamos Tribunal penal internacional é a da relação com as jurisdições nacionais dos Estados membros do Estatuto de Roma. O princípio de complementaridade da jurisdição internacional respeito à dos Estados implica que, em princípio, o Tribunal internacional não tem ativada a sua potestade, senão que espera que os tribunais nacionais dos países que possam exercer a sua jurisdição o façam. Somente quando, a critério do próprio Tribunal internacional, o Estado competente não possa ou não tenha podido ou não tenha querido fazê-lo de maneira genuína, portanto imparcial, e não com intenções encobridoras, se terá ativada a jurisdição até então só latente.

Em alguns destes casos o juízo interno já se terá terminado e a sentença passada a julgado. Mas o Tribunal Internacional considerará que não é uma sentença justa e deve ativar a sua jurisdição latente. Em consequência, a ratificação do Estatuto de Roma implica uma relativização da firmeza das sentencias dos Estados membros. Cedeu-se ao Tribunal internacional a possibilidade de desconhecer o efeito de coisa julgada interna e de julgar novamente o argüido. Esta é uma mudança revolucionária nos conceitos tradicionais do Direito processual e na concepção dum dos elementos essenciais da soberania⁴¹.

3.4. O espaço judiciário europeu

Os avanços mais largos e complexos os encontramos, contudo, no contexto europeu. Já faz tempo se tem trabalhado no Conselho de Europa na elaboração de

40. *Vid.*, FORNARI, M: "Corte Penale Internazionale, Stati Uniti e *Impunity Agreements*", *La Comunità Internazionale*, 2003, 2, pp. 241-264. São interessantes também as considerações críticas do SCHABAS, W.A., "International Criminal Court: The Secret of its Success", *Criminal Law Forum*, 2001, vol. 12, pp. 420-421.

41. Na minha opinião esta conclusão justificava a exigência duma reforma constitucional previa à ratificação do Estatuto de Roma por Espanha. Pelo contrário, os órgãos competentes entenderam que era suficiente a via prevista no artigo 93 da Constituição espanhola: a cessão de potestades constitucionais a uma organização o instituição internacional, sem pensar que o julgado interno faz parte dum direito fundamental: o direito à tutela judiciária efetiva. *Vid.* as considerações da Declaração do Tribunal constitucional de 1 de julho de 1992 que me parecem aplicáveis a este caso.

recomendações e convênios para facilitar a cooperação judiciária entre os Estados no nosso continente, às vezes com possibilidade de ratificação inclusive por outros mais distantes. Mas as ratificações na prática têm sido escassas. No âmbito da União Européia um primeiro passo foi o de estimular esta ratificação, com o objectivo de procurar o pleno cumprimento das normas já aprovadas.

Mas desde finais dos anos noventa a realidade dos factos ultrapassou estas intenções iniciais, com a constatação no chamado “terceiro pilar” da União Européia, que a cooperação judiciária no âmbito penal, a través das relações intergovernamentais, exigia conexões mais estreitas, mas eficazes e más rápidas. Assim se começou a criação do que no Tratado de Amsterdão de 1997 se chama o *espaço europeu de liberdade, segurança e justiça*, e nomeadamente a paulatina construção dum *espaço judiciário europeu*. São dois principalmente os caminhos para isso: a lenta aproximação do Direito dos Estados membros e o fortalecimento e a flexibilização das normas da cooperação entre as jurisdições da União Européia.

Estes avanços não são sempre assépticos, senão que podem surgir conflitos entre interesses implicados, e genericamente entre a conveniência de facilitar a circulação de resoluções judiciárias para evitar a impunidade dos crimes graves nos países europeus e, de outro lado, a imprescindível exigência de garantir o respeito dos direitos e liberdades fundamentais.

O estreitamento das relações, em muitos casos, se exprimiu com a criação de alguns novos órgãos da União Européia o a través da coordenação de órgãos estatais já previamente existentes. A rede de pontos de contacto judiciários entre os Estados-membros (“Rede Judiciária Europeia”⁴²), o intercambio de magistrados de ligação⁴³, *Eurojust*, são exemplos desta tendência que procura um maior conhecimento mutuo dos sistemas processuais e uma aceleração da cooperação com contatos os mais directos e rápidos quanto possível. Esta coordenação tem a sua forma mais completa na nova instituição chamada *Eurojust*, a qual os representantes dos Estados-membros facilitam a comunicação e o intercambio de informações entre ás autoridades judiciárias estatais sobre investigações penais de delinquência grave⁴⁴.

42. Acção Comum 98/428/JAI, de 29 de Junho de 1998, adotada pelo Conselho, com base no artigo K.3 do Tratado da União Européia, que cria uma Rede Judiciária Européia [JO L 191 de 07 de julho de 1998].

43. Acção comum 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Européia, para a criação dum enquadramento para o intercâmbio de magistrados de ligação que permita melhorar a cooperação judiciária entre os Estados-membros da União Européia [JO L 105 de 27 de abril de 1996].

44. Decisão do Conselho de 28 de Fevereiro de 2002 relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (JO L 63 de 6 de março de 2002), modificado pela Decisão 2003/659/JAI (JO L 245 de 29 de setembro de 2003). *Vid.* também o Relatório da Comissão, de 6 de Julho de 2004, sobre a transposição jurídica da Decisão do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002, relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade [COM(2004) 457 final].

Também neste contexto de cooperação orgânica devo recordar a possibilidade de coordenação de operações de equipas de investigação conjuntas previstas no Convênio de assistência judiciária penal de maio de 2000, mas com vigência só desde 2005⁴⁵. São equipas compostas de autoridades judiciárias ou policiais de ao menos dos Estados-membros para investigações penais específicas e por um tempo determinado, com as finalidades de obter maior eficácia na persecução da delinquência organizada transfronteiriça.

3.4.1. A aproximação legislativa: em direcção ao processo penal europeu?

Uma condição lógica para evitar problemas na cooperação judiciária europeia é a aproximação das legislações dos Estados-membros, para reforçar o sentimento de pertença a uma cultura judiciária comum. Para isso se tem dado passos de certa harmonização, mais ainda não muito frutíferos. São questões presentes nos trabalhos da União Europeia: o aperfeiçoamento das garantias nos processos penais, com uma proposta de decisão-quadro sobre certas garantias processuais nos processos penais nos Estados da União Europeia (direito à informação sobre direitos, direito à defesa por advogado, direito ao intérprete...) ⁴⁶, também o intento de formulação de critérios mínimos sobre a obtenção de provas ⁴⁷, a ordenação dos conflitos de jurisdição entre Estados-membros com a regulação mais completa do *ne bis in idem*, ou a aproximação na matéria de presunção de inocência e dos direitos derivados dela ⁴⁸. O exemplo mais completo tem sido a regulação mínima comum sobre a vítima na Decisão-quadro de 2001 ⁴⁹.

Não é fácil demais esta tarefa de superação das grandes diferenças entre os sistemas jurídico-penais que vêm de tradições tão distintas. Os limites entre os grandes modelos tradicionais passam pelo interior da União Europeia. Mas os problemas de delinquência nuns países e noutros não são tão distintos. Por isso, a pesar da relutância de Estados como Reino Unido frente ao Espaço Comum Europeu, o futuro duma aproximação normativa processual em Europa me parece iniludível e inevitável. A existência duma ordem pública europeia dos direitos humanos derivada da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ajuda, sem dúvida, a formar

45. Ato do Conselho de 29 de Maio de 2000 que estabelece, nos termos do artigo 34º do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia (JO C 197 de 12 de julho de 2000)

46. Proposta de Decisão quadro do Conselho relativa a certos direitos processuais no âmbito dos processos penais na União Europeia [COM (2004) 328 final].

47. Proposta de Decisão quadro do Conselho relativa a um mandado europeu de obtenção de provas para recolha de objectos, documentos e dados a fim de serem utilizados no âmbito de procedimentos penais [COM (2003) 688 final].

48. Livro Verde da Comissão, de 26 de Abril de 2006, sobre a presunção de inocência [COM(2006) 174 final].

49. Decisão-quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal [JO L 82 de 22. de março de 2001].

uma sólida base comum sobre a qual se pode construir uma maior aproximação. São evidentes, no entanto, as dificuldades para aprofundar na harmonização gradual das normas processuais penais e se demonstram na lentidão da tramitação das propostas antes aludidas.

3.4.2. O reconhecimento mútuo de resoluções penais em Europa

Contudo, o conceito mais requintado na construção do Espaço judiciário europeu é o de “reconhecimento mútuo de resoluções entre os Estados membros”. Expressão formulada no Conselho europeu de Cardiff de 1998 e declarada “pedra angular” da cooperação judiciária na União Europeia no Conselho de Tampere de outubro de 1999. A idéia de fundo é que a liberdade perde o seu sentido se não pode exercer-se num contexto de segurança e com o pleno apoio dum sistema de justiça.

Se os delinquentes se aproveitam da facilidade de atravessar as fronteiras entre os Estados membros, das diferenças entre os diversos ordenamentos e da ineficácia e as limitações na cooperação judiciária, é necessário superar todos estes inconvenientes se verdadeiramente queremos um Espaço Judiciário Comum. Assim o conceito de reconhecimento mútuo vem responder a esta necessidade. Pretende-se que, uma vez adotada uma resolução judiciária por um órgão competente num Estado-membro, se essa resolução tem implicações transnacionais, possa ser automaticamente aceiteada por os restantes Estados membros, e possa ser reconhecida e possa ter os mesmos efeitos ou efeitos similares nesses outros Estados. Naturalmente, se as legislações europeias estiveram mínimamente harmonizadas seria fácil obter o reconhecimento de decisões ditadas por órgãos de outras jurisdições.

Mas este conceito fundamental tem uma composição complexa porque atinge tanto os casos de simples reconhecimento quanto os casos de execução da decisão de outro Estado. Entre os primeiros estão a questão do *ne bis in idem internacional*, ou seja, o aperfeiçoamento das normas vigentes para reconhecer os efeitos do julgado de sentenças de outros Estados membros⁵⁰. E também a questão da obtenção de informação mútua sobre as condenas noutra Estado que possam influir na determinação da reincidência ou na individualização da pena⁵¹.

Entre os segundos temos uma grande variedade de possibilidades mais desenvolvidas relativas à cooperação entre jurisdições próximas tanto para a execução de decisões prévias a sentença, a execução de condenas penais de diversa natureza, e ainda a execução de resoluções emitidas posteriores a sentença e relativas, por exemplo, à suspensão da condena. Nestes casos há um reconhecimento das decisões

50. Livro Verde sobre os conflitos de jurisdição e o *ne bis in idem* nos procedimentos penais [COM (2005) 696 final].

51. *Vid.* a Decisão 2005/876/JAI do Conselho, de 21 de novembro de 2005, relativa ao intercâmbio de informações extraídas do registo criminal (JO L 322 de 9 de dezembro de 2005).

que vêm de outro Estado-membro, mas ainda um passo mais: a execução dessas quase como se fossem emitidas por tribunais do próprio Estado⁵².

O exemplo mais claro de isto que estou a falar é do *Mandado Europeu De Detenção e Entrega*, que tem sido o primeiro caso de concreção do princípio de reconhecimento mútuo no processo penal com a Decisão quadro de 13 de junho de 2002⁵³. Este meio de cooperação, com vocês já sabem, substitui entre os Estados-membros as tradicionais extradições por entregas mais directas entre órgãos judiciais e, portanto, não submetidas a critérios políticos, com grandes restrições dos motivos de denegação. Em Espanha foram a Lei 3/2003 e a Lei orgânica 2/2003 as que transpuseram a Decisão quadro. Mas no panorama europeu não todos os Estados membros tem desenvolvido de maneira correta e adequada esta normativa, além da demora na transposição de alguns deles (Itália 16 meses)⁵⁴.

Mas há outros exemplos no Direito europeu de reconhecimento mútuo já em vigor: a Decisão quadro sobre as resoluções de congelamento de bens e de provas⁵⁵, também desenvolvida no Direito espanhol⁵⁶; a relativa à aplicação do reconhecimento de sanções pecuniárias⁵⁷ ou das resoluções de confiscação de bens relacionados com o crime (decisões de perda)⁵⁸. E ainda devemos recordar os trabalhos de preparação de outras normas relativas à aproximação, reconhecimento e execução de penas⁵⁹ com o objetivo de que uma sentença condenatória à privação de liberdade ou à privação de outros direitos⁶⁰ possa ser aplicada diretamente em qualquer lugar da União Européia.

Em novembro de 2004 tem sido aprovado o Programa da Haia para reforçar o espaço de liberdade, de segurança e de justiça na União Européia onde se fixam dez

-
52. Livro Verde sobre a aproximação, reconhecimento mutuo e execução de penas na União Européia [COM (2004) 334 final].
53. JO L 190 de 18.7.2002, pp. 1-20. *Vid.* DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de detención y entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 6164, 10 de enero de 2005, pp. 1-10.
54. *Vid.* também Relatório da Comissão com base no artigo 34.º da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros [COM(2005) 63 final].
55. Decisão quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003 (JO L 195 de 2 de agosto de 2003).
56. Ley 18/2006, sobre la ejecución en la Unión europea de resoluciones de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas y L.O. 5/2006 complementaria.
57. Decisão quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005 (JO L 76 de 23 de março de 2005).
58. Decisão quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006 (JO L 328 de 24 de novembro de 2006), que complementa a Decisão quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005 (JO L 68 de 15 de março de 2005), sobre a confiscação dos produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime.
59. Livro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea [COM(2004)334 final].
60. Comunicação da Comissão, de 21 de fevereiro de 2006, ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre penas privativas de direitos impostas por condenas penais na União Europeia [COM (2006) 73 final].

prioridades para os próximos anos⁶¹. O nono ponto trata, precisamente, da garantia dum verdadeiro espaço europeu de justiça a través da aproximação das disposições legislativas e do estabelecimento de normas mínimas de direito processual penal para a instauração da confiança mútua entre os Estados. A *Eurojust* é considerada o elemento-chave do desenvolvimento da cooperação judiciária europeia em matéria penal. E a Comissão pretende igualmente o apoio da União às redes de organizações e instituições judiciárias, a avaliação da qualidade da justiça, a formação judiciária na União,...⁶².

Já transcorreram alguns anos desde que têm sido implementadas as primeiras medidas para a criação paulatina do espaço judiciário europeu. São diversos os exemplos de reconhecimento mútuo que estão em vigor na maioria dos Estados-membros. Mas é ainda necessário continuar com a aplicação e desenvolvimento deste princípio e prosseguir no fortalecimento da confiança mútua como base para a definitiva superação das dificuldades da cooperação judiciária entre os órgãos do território europeu.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA E DESJUDICIALIZAÇÃO

Outra tendência mais nova que também faz evoluir a regulação do processo penal é aquela que permite certa disposição dos interesses em conflito com a finalidade de obter umas soluções más rápidas e, por vezes, também mais justas, ainda que isso exija certa relativização do princípio da legalidade processual, e sem dúvida, o reconhecimento das limitações práticas na efetividade do princípio de necessidade⁶³.

Dentro de certos limites legais nos nossos ordenamentos, como clara influência do Direito anglo-saxão⁶⁴, a posição do acusado perante a acusação pode provocar terminações antecipadas do processo e limitar o exercício da potestade jurisdiccional. Noutros casos a finalidade que se procura não é tanto a finalização mais rápida,

-
61. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Programa da Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça [COM(2005) 184 final].
 62. *Vid.* também a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Aplicação do Programa da Haia: rumo a seguir [COM(2006) 331 final]; a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Avaliação das políticas da UE no domínio da liberdade, da segurança e da justiça [COM(2006) 332 final]; Reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia: Relatório sobre a aplicação do Programa da Haia relativamente a 2005 ("Painel de avaliação +") [COM(2006) 333 final] e o Plano de acção do Conselho e da Comissão de aplicação do Programa da Haia sobre o reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia (JO C 198 de 12.08.2005).
 63. CAFFERATA NORES, J.I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 2000: "Pero el principio de legalidad sufre sus más severas críticas desde la óptica de su aplicación práctica y allí nos encontramos con que por encima de lo que manda la ley, *en verdad no tiene vigencia*. La realidad indica que, en el mundo, no hay sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen; ni siquiera a los que a él ingresan".
 64. *Vid.* CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, 1996, y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, 1997.

quanto a evitação do processo mesmo, sempre que com isso possam cumprir-se outros objetivos legítimos e também reconhecidos por o legislador, especialmente o de respeitar os interesses do menor de idade penal na justiça juvenil.

Trata-se de soluções muito discutidas porque põem em discussão idéias e princípios até hoje centrais no nosso processo penal. E mostram ademais alguns perigos de excessiva discricionariedade que poderiam vulnerar algumas das garantias constitucionais básicas.

4.1. O princípio da oportunidade no processo penal

Não é nova a possibilidade do acusado de aceitar a acusação apresentada contra ele e de mostrar a sua disposição ao cumprimento da pena que a acusação sem maior debate, sempre que se tratasse de infracções criminais não muito graves. A conformidade do acusado é, portanto, um ato de disposição a través duma declaração de vontade de cumprir a pena mais grave de todas as pedidas pelos diferentes acusadores.

Mas nos últimos decênios a necessidade de aumentar a eficácia quantitativa dos processos, mais também a de evitar efeitos não queridos no cumprimento de penas por infrações menores ou a de obter mais facilmente outros efeitos de política criminal, tem estimulado muito o alargamento das conformidades e inclusive as negociações sobre as penas nos ordenamentos continentais. É conhecida a Recomendação Nº R (87) 18 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, de 17 de dezembro de 1987, relativa à simplificação da justiça penal.

Espanha também não tem sido exceção nesta tendência. O nosso legislador, sobre tudo na reforma de finais do ano de 1988, quase as escondidas, alargou a regulação com normas tecnicamente muito defeituosas, que apresentavam inumeráveis problemas e posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes. No outubro do ano de 2002 promulgou-se uma importante modificação legal que reforçou o controle judiciário da conformidade. Mas nos juízos rápidos por alguns crimes de investigação simples nessa mesma reforma foi previsto um regime de conformidade recompensada com a redução duma terceira parte da pena, e que supõe uma espantosa redução dos tramites procedimentais porquanto o próprio Juiz que está de plantão deverá ditar a sentença de conformidade⁶⁵.

Os argumentos que justificam a conformidade no processo penal são sem dúvida aceitáveis e justas: a celeridade do processo, a evitação dos efeitos criminógenos ou a asseguaração da reabilitação. Mas não podemos ignorar as outras razões que parte da doutrina opõe a esta tendência, porque efetivamente a idéia de fundo é alheia ao

65. Vid. DEL POZO PÉREZ, M., "Problemas constitucionales y legales de la aplicación del régimen de conformidad introducido por Ley 38/2002 y su complementaria Ley Orgánica 8/2002", *Diario La Ley*, núm. 6081, 8 de septiembre de 2004, pp. 1-7.

nosso sistema e muito provavelmente á alguma das garantias essenciais do processo⁶⁶. É surpreendente que, de um lado, queiramos reforçar a fase oral do julgamento, com todas às garantias, e de outro lado, façamos esforços por não chegar ao juízo oral⁶⁷. Aliás, algumas das justificações que os partidários da conformidade esgrimem talvez possam ser atendidas mais facilmente e sem alteração dos lineamentos processuais básicos a través de medidas de Direito penal material ou de Direito penitenciário⁶⁸. Por outro lado, chama também à atenção que por um lado o legislador responda aos feitos da realidade quotidiana com uma inflação de normas penais e com um endurecimento das penas –definitivamente com maior repressão penal–, e ao mesmo tempo, favoreça a disposição dessas penas pelas partes do processo e, portanto, o afastamento da própria lei penal⁶⁹.

4.2. A mediação penal

No Direito processual atual pode destacar-se ainda outra vertente, também caracterizada por procurar certo afastamento da lei e privilegiar a disponibilidade dos direitos particulares envolvidos com métodos de solução dos conflitos penais, até agora, exclusivos do âmbito do Direito privado. Assim se ressalta a importância da posição da vítima para uma solução efetiva, mas também é preciso diminuir notavelmente a dimensão pública da infração criminal.

Em muitos ordenamentos tem sido grave o tradicional esquecimento da vítima no processo penal. Não tanto no processo espanhol porque a figura da “acusação particular” permitiu um largo aceso dos ofendidos ou prejudicados pelo crime, numa posição processual separada e independente do Ministério Público, portanto, como possibilidade de propor ao juiz pretensões diversas, e até contrárias, a aquelas defendidas pela acusação pública. Mas nas derradeiras reformas tem sido alargada ainda mais a obrigação de fornecer informação sobre o processo, incluso as vitimas que têm decidido não comparecer como partes processuais.

À margem disso, a tendência da que estou a falar, realmente procura uma desjudicialização, ou seja, não tanto uma participação da vítima no processo, quanto uma solução do conflito sem processo, uma composição dos interesses da vítima

66. MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997, p. 71: “se defiende como si fuera un avance político y científico, cuando realmente puede calificarse de muchas maneras pero, desde luego no, de progreso civilizador”.

67. *Vid.* as considerações muito críticas de MARTÍN PALLÍN, J.A., “¿Es constitucional la conformidad?”, *Revista del Poder Judicial*, Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, núm. especial, XIX, 2006, pp. 213-236.

68. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal*, Barcelona, 2006, p. 43: “... existe una cierta conciencia de que algunas infracciones no son tales y de que

69. Por isso MONTERO AROCA, J., *Principios...*, *op. cit.*, p. 77, afirma: “En el mejor de los casos la introducción del llamado principio de oportunidad supondría la desvirtuación del Derecho penal material por medio del proceso”.

e do argüido sem necessidade de pôr em funcionamento o caro e lento mecanismo público de solução de conflitos que até agora havia tido a exclusividade no âmbito penal. Mas podem ter razão os partidários disso também quando afirmam que desta maneira não somente se atingem os objetivos particulares das partes, senão também as finalidades públicas da conservação o restauração da paz social, e inclusive, de reinserção social do delinqüente⁷⁰.

A Recomendação N° (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, definiu a mediação como “tudo procedimento que permite à vítima e ao delinqüente participar ativamente, se livremente assim o consentem, na resolução das dificuldades derivadas do crime, com a ajuda dum terceiro independente (mediador)”. Precisamente, a Decisão-quadro 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal⁷¹, no artigo 10 obriga aos Estados-membros a esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos à infracções que considerem adequadas para este tipo de medida e também por assegurar que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação penal⁷². O legislador português já cumpriu a obrigação de desenvolver esta disposição no direito interno com a recente Lei 21/2007, de 12 de junho, o espanhol ainda não tem preparado nem o projeto correspondente.

Num determinado âmbito material de crimes é, possivelmente, muito positiva a mediação: o artigo segundo da lei portuguesa mostra, na minha opinião, a direcção correta, com una delimitação positiva relativa basicamente aos crimes cuja perseguição depende de queixa ou de acusação particular -e no primeiro caso, só quando se trate de crime contra as pessoas ou contra o património-, mas também com una delimitação negativa que atinge a gravidade ou natureza dos crimes, a minoria da idade penal ou a aplicabilidade do processo sumário ou sumarissimo. Por quanto entendo eu, as infracções criminais que podem ser tramitadas por este metodo da mediação sao crimes já atribuídos à disposição das vítimas, e então, não há de fato variações sustanciais no sistema.

70. Como diz VERGER GRAU, J., “Uma modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”, *Revista del Poder Judicial*. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, núm. especial XIX, 2006, p. 128: “Los penalistas y también los gobiernos, se interesan cada vez más en derivar la acción penal hacia instrumentos y medios jurídicos que procuren la *satisfacción a la víctima*, pero también la *rehabilitación personal y social del autor deshecho delictivo*”.

71. JO L 82 de 22 de marzo de 2001, pp. 1-4.

72. YLLANES SUÁREZ, J.P., “El estatuto de la víctima: aspectos esenciales”, en *Hacia un nuevo proceso penal* (Dir. M. CARMONA RUANO), Madrid, 2006, pp. 189-190: “participación voluntaria del imputado por un delito o falta y de la víctima o persona perjudicada en un proceso de diálogo y comunicación conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada para los intereses de las partes”.

4.3. Particular referencia ao processo penal do menor

Merece atenção especial a aplicação destes critérios de justiça restaurativa no âmbito peculiar do processo penal de menores, precisamente pela flexibilização que impõe a vigência do superior interesse do menor⁷³ e o principio educativo⁷⁴. A quinta das Regras de Beijing⁷⁵ sobre justiça juvenil estabelece que deva bater-se pé firme no bem-estar do menor e garantir-se uma resposta proporcionada às circunstancias do delinqüente e do crime. São dados que o órgão competente deverá ter em conta muito de perto e lhe dão uma margem de discricionariedade no procedimento, mas não para o arbítrio senão para achar a solução mais adequada ao caso concreto.

As medidas a impor ao menor devem adaptar-se ao objetivo do desenvolvimento do menor, a pesar da comissão de qualquer crime, e por isso as normas internacionais e nacionais sobre esta matéria têm como centro que o procedimento favoreça o interesse do menor e o ambiente de compreensão (Regra 14.2. Beijing). Desta maneira há uma mudança dos objetivos ordinários do sistema penal e isto provoca conseqüências na regulação processual, já que o Ministério Público investigador ou o Juiz de Menores têm um maior espaço para considerar as circunstancias pessoais e sociais do menor em ordem à sua reinserção social (STC 36/1991, de 14 de fevereiro. F.J. 7º).

Não devemos esquecer que o processo de menores é formalmente penal, mas materialmente tem uma natureza sancionador-educadora. Daí que seja fundamental a equipa técnica que faz o estudo psicológico, educativo, familiar e do ambiente social e propõe medidas de resocialização⁷⁶. A finalidade reabilitadora do jovem, junto à prevenção dos crimes e a reparação das necessidades e interesses da vítima, devem informar o tratamento da delinqüência juvenil, conforme a Recomendação (2003) 20 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa aos Estados-membros sobre as novas maneiras de tratar a delinqüência juvenil e a função da justiça juvenil.

Todas essas circunstancias particulares permitem a aplicação de medidas de oportunidade processual⁷⁷, como o desistimento por conciliação ou reparação entre o

73. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2.ª ed., 2007.

74. Sobre os modelos da justiça juvenil GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., “La justicia de menores em el siglo XX. Una gran incógnita”, http://www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf y SANZ HERMI-DA, A., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, 2002, pp. 23-99.

75. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores, adotadas pela Assembléia Geral na resolução 40/33, de 28 de novembro de 1985.

76. Assim GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal de menores”, *Diario La Ley*, 2001, D-208, t.6, afirma: “La característica más importante del nuevo proceso penal de menores reside en su finalidad, cual es la de erigirse, más que en un proceso retribucionista o dirigido exclusivamente a la aplicación del *ius puniendo* (tal y como acontecía con la derogada Ley de 11 de junio de 1948, que convertía a los Tribunales de Menores en una jurisdicción paternalista y ‘represora’, y como sucede todavía con la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (...), en un proceso concebido para obtener la **rehabilitación del menor y solucionar el conflicto intersubjetivo** entre el agresor y la víctima”.

77. Vid. CALLEJO CARRIÓN, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, núm. 6366, 24 de noviembre de 2005.

menor e a vítima (art. 19 Lei Orgânica espanhola 5/2000). Ainda mais: a Recomendação N° (87) 20 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, sobre as reações sociais perante a delinquência juvenil, propôs procedimentos de desjudicialização e de mediação⁷⁸, sobretudo nos primeiros momentos e sempre antes da assunção do caso por o sistema de justiça penal. E o modelo da fuga do processo, de *diversion* em terminologia norte-americana, que pretende precisamente evitar o processo e obter os objetivos da justiça duma maneira alternativa⁷⁹.

5. O ETERNO? PROBLEMA DA EFICÁCIA DO PROCESSO PENAL

Finalmente, as construções dogmáticas, as considerações axiológicas e as novidades normativas, não podem permitir-nos esquecer a inegável dimensão prática do processo penal. As exigências da realidade têm sido colocadas já faz tempo no centro da discussão processual. O problema da efetividade da tutela judiciária também pode ser considerado como uma tendência presente nos estudos do processo penal, sobretudo no tratamento da celeridade procedimental, mas é também uma das principais preocupações dos cidadãos⁸⁰.

No ano de 2006⁸¹ têm sido 6.078.270 os casos ingressados nos órgãos jurisdicionais penais espanhóis, o 3,7 % mais que o ano de 2005. E têm sido terminados 6.022.618 assuntos, o 2,9 % mais que o ano de 2005. Por tanto os assuntos pendentes têm aumentado num 7,3 % .As sentencias têm sido somente 662.103, o 0,5 % menos que as do ano 2005.

Mas esta perspectiva prática realmente não é tão nova porque a idéia de aceleração processual acompanha aos litigantes e aos seus advogados desde faz muito tempo. São conhecidas as reformas medievais do processo civil para aproxima-lo às necessidades do crescente comércio⁸², mas também são seculares os problemas do tempo na justiça penal. Por exemplo, um Decreto de 11 de setembro de 1820 mostra já grande preocupação pelas dilações nas causas criminais e pela necessária qualidade da prática da prova. Hoje, contudo, a justiça é um fenómeno de massas e, aliás, implica no Estado de Direito a aplicação de direitos fundamentais e garantias

78. Vid. FUNES i ARTIAGA, J., *La mediación i justicia juvenil*, Barcelona, 1994.

79. Fala de mecanismos alternativos SUANZES PÉREZ, F., "La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores", <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL72.pdf>

80. No estudo de TOHARIA, J.J., *Opinión pública y Justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Madrid, 2001, pp. 138-139, qualifica-se de "desolador" o diagnóstico da situação que fazem os cidadãos espanhóis respeito à eficácia da justiça com a agravante de que "los perjuicios que la lentitud origina no se reparten por igual sino que, según la masiva percepción ciudadana, afectan sobre todo a los más débiles e indefensos".

81. Cfr. *Memoria del Consejo General del Poder Judicial 2007*, aprovada o 6 de junho de 2007.

82. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal Común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, 1953.

essenciais, portanto, as exigências são mais dramáticas e os problemas mais peremptórios, sobretudo se o arguido está privado de liberdade a pesar da vigência da presunção de inocência.

É verdade que o legislador tem motivos para favorecer a celeridade, mas é muito criticável que se preocupe mais pelos problemas quantitativos, entanto a qualidade da justiça parece por vezes menosprezada⁸³. É verdade também que é mais fácil favorecer a quantidade e não a qualidade: e mais simples introduzir juízos rápidos que manter a intensidade das garantias processuais. Mas a efetividade da justiça que garante a Constituição espanhola no artigo 24.1 exige bastante mais que os meros remendos dos últimos anos. Os cidadãos merecem uma regulação mais clara, mais sistemática e mais garantista que infelizmente parece ainda muito distante.

83. BUENO ARÚS, F., *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid, 2005, pp. 134: “El futuro del Derecho procesal en el Estado democrático de Derecho hace primar la cantidad sobre la calidad, aunque nos parece difícilmente aceptable este criterio”.

CAPÍTULO XXVI
**BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO
DA PROIBIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

*Lúcio Grassi de Gouveia**

Sumário • Introdução – 1. O dever de proibidade no processo civil. – 2. A variedade de sanções punitivas no ordenamento jurídico brasileiro – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

A preocupação com a proibidade processual existe desde a antiguidade e preocupa os estudiosos do direito dos nossos dias. Tal preocupação tem motivado juristas a se debruçarem sobre o assunto, tendo inclusive o tema Abuso dos Direitos Processuais sido objeto de estudos em Simpósio realizado pela *Tulane University*, na cidade de *New Orleans*, Estados Unidos da América, em outubro de 1998, onde estiveram presentes representantes de diversos países.

Tal inquietação é bem maior em países como o Brasil, onde existe um total descaso dos operadores do direito em relação ao princípio da proibidade processual; onde os deveres das partes, procuradores e de todos aqueles que participam do processo permanecem como letra morta no Código de Processo Civil; onde o “valor” do advogado se mede pelo mal que ele pode causar ao andamento do processo e onde existe a crença generalizada no seio do povo de que o bom advogado é aquele que faz uso de meios e requerimentos escusos para protelar ou dificultar a restauração do direito violado. Dessa maneira, recebem esses profissionais o louvor e a fama por desprezarem impunemente os deveres de boa-fé e lealdade.

É que por melhor que sejam os processos e seus procedimentos, a busca da decisão final não prescinde daquilo que o direito português, na esteira dos direitos austríaco e alemão, prevê como princípio da cooperação intersubjetiva, seja a cooperação do tribunal com as partes ou dessas com o tribunal. Evidencia-se assim a necessidade de que exista uma pluralidade de pessoas operando contemporaneamente e de forma adequada, para conseguirem um resultado de síntese, que não pode ser alcançado por um só indivíduo. Nessa linha da cooperação, destacaremos o dever de as partes

* Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Coordenador da Esmape. Coordenador do Centro de Estudos Judiciários do TJPE. Juiz de Direito.

adotarem uma conduta leal e proba no processo e a possibilidade de juízes e tribunais aplicarem sanções às mesmas, caso cometam ilicitudes.

1. O DEVER DE PROIBIDADE NO PROCESSO CIVIL.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ainda em vigor com algumas alterações no que diz respeito ao tema aqui estudado (item 17), o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid afirma:

posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.

Na mesma exposição de motivos (item 18) admite que

o Projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-se de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 130, III).

Tal postura do legislador brasileiro, que criou mecanismos de combate e repressão à litigância de má-fé, encaixa-se perfeitamente na almejada humanização do processo, tão difundida por estudiosos de todas as partes do mundo.

Há muito tempo têm sido realizados esforços para consagrar esse objetivo. A humanização do processo foi tema do longínquo I Congresso Internacional de Direito Processual Civil, sob os auspícios do Instituto Internacional de Direito Processual em Gand, Bélgica, de 28.8.1977 a 2.9.1977, cuja convocação proclamava que:

[...] em uma sociedade cada vez mais complexa, o direito processual deve poder funcionar de uma maneira mais acessível, humana, rápida e eficaz, para que todo cidadão possa fazer valer seus direitos¹.

Assim, não é possível um processo rápido, eficaz e barato sem que sejam observados os princípios da lealdade e probidade, pois dessa forma o processo se transformaria numa guerra, num jogo em que prevaleceria o intuito de ludibriar, com evidente prejuízo para a qualidade das decisões judiciais.

O princípio dispositivo não pode consistir em óbice a essa humanização do processo. Algumas legislações vêm ampliando os poderes de atuação do juiz e a doutrina moderna costuma mencionar que no confronto entre os princípios dispositivo

1. BIDART, Adolfo Gelsi. *La humanización del proceso*, *Revista de Processo*, vol. 9, p. 105; GUILLÉN, Víctor Fairén. *Revista de Processo* vol. 14/15, p. 142 e 170: defende a humanização das formas processuais através de um iter rápido e barato; da moralidade de juízes e partes, enfatizando os deveres de imparcialidade, probidade e veracidade; da adoção, quanto às provas, das “regras de boa razão”, como máximas de experiência; da ampliação da oralidade como meio moralizador do processo; e como solução imediata, a repressão à imoralidade no processo, com a implantação de um sistema de sanções.

e inquisitivo, o primeiro reduz-se apenas à proposição de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes².

Esse princípio dispositivo, pelo qual as partes dispõem do direito material, da pretensão a ser veiculada em juízo, não as autoriza a se utilizarem do mesmo como instrumento ilícito ou a agir de forma abusiva, nem impede o juiz de atuar, inclusive oficiosamente, na aplicação de sanções aos litigantes de má-fé³.

Reforça-se, dessa maneira, a concepção do processo como relação de direito público, na qual o juiz desempenha função de grade importância. Busca-se, assim, fazer com que o juiz ultrapasse a figura de mero árbitro do litígio, com papel decididamente passivo na condução da controvérsia entre os litigantes, expandindo-se ao mesmo passo a natureza pública da finalidade institucional do processo, vislumbrada como realização do direito objetivo por meio de tutela das situações subjetivas das partes.

Persiste a idéia de que a reforma austríaca de 1895, que trouxe à tona a figura do juiz com um papel ativo, contém grandes méritos, já que não mais se admite um juiz que assista passivamente ao desenrolar do processo, devendo participar de forma ativa, merecendo destaque não só o objeto da lide, mas a forma como a mesma se desenvolve.

2. Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, v. I. p. 337; Para MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*, p. 63: “[...] a distribuição das matérias entre o princípio dispositivo e o inquisitivo obedece a esta regra geral: as partes dispõem da matéria a decidir; o juiz decide a forma como será decidida”; Observe-se que o princípio dispositivo sofre ainda maiores restrições quando surge interesse público e estão em jogo direitos indisponíveis.
3. Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, somente com a ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil, verificada na passagem do século XIX para o século XX, altera-se de modo decisivo o foco de atenção para a importância pública do fenômeno processual, e começam a aparecer os primeiros reflexos concretos de novos estudos propugnando a renovação do método científico e um enfoque mais afim com a idéia de soberania estatal. Ressalta o autor que [...] no plano puramente dogmático o caráter público da função jurisdicional já havia sido ressaltado com a teoria da relação processual de Bülow e da *abstrakte publicistische Klagrecht*, a colocar o escopo do processo na realização da justiça material. O chamamento coercitivo ao processo, concebido por *Degenkolb*, com o seu necessário visio de estatalidade, presta-se ao reconhecimento da instrumentalidade das formas processuais e conseqüente eliminação das supérfluas (*Entformalisierung des Verfahrens*). Assim, na medida em que o processo intensifica sua freqüência, bem preleciona Fritz Baur, apresenta-se como verdadeiro perigo para a comunidade estatal. O poder estatal deve, pois, ter em conta o processo como um fenômeno de massa (*Massenerscheinung*) e nele se engajar de forma ativa, buscando conduzi-lo a uma rápida conclusão com base na verdade, investigada de ofício. Nessa perspectiva, o desenvolvimento do processo não fica à disposição das partes, mas nas mãos do juiz: no temperamento entre o poder do juiz e das partes, a balança inclina-se claramente a favor do primeiro. Por conseqüência, desloca-se também a finalidade do processo civil: a tutela do provável direito do indivíduo não resta desamparada, porém essa tutela não conduz mais à conseqüência processual da indiferença estatal em relação à atividade processual das partes (BAUR, F. *Funktionswandel des Zivilprozess ?*. In *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, p. 179-180 *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 48-49.

Dessa forma, o enfoque dado por Klein, vem se centralizar na coletividade, considerando como conflito social mesmo o litígio puramente de caráter privado, a reclamar rápida solução pelo direito positivo, principalmente em vista de seus reflexos gerais sobre a tutela dos interesses do Estado e da sociedade⁴. Ressalte-se a sua concepção do processo civil como *Wohlfahrtseinrichtung*, isto é, como instituição para o bem-estar social, dotada inclusive de efeitos pedagógicos (*erzieherische Wirkung*)⁵.

Nesse terreno a idéia da oralidade encontra campo fértil, situando-se o debate público e oral em posição central e dominante. O juiz passa a estabelecer uma relação imediata e direta com as partes e as provas, essas livremente apreciadas. Em muito cresce a atividade do órgão judicial, munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir sua marcha rápida e regular⁶.

Interessa-nos um processo e procedimentos onde exista a possibilidade de construção da decisão final através de uma atividade cooperada, em que o diálogo entre juiz e partes e entre elas mesmas seja privilegiado no processo decisório⁷.

E só será possível um processo dessa natureza se o Estado-juiz possuir meios de controle e punição para evitar que as partes atuem em dissonância com o princípio da probidade processual⁸.

4. Sobre essa visualização do problema, SPRUNG, Rainer. *Le basi del diritto processuale civile austriaco*. Rivista di Diritto Processuale, 35, 1979: 24-39, esp. p. 26-7; também GAUL. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses. Archiv cit., p. 47 *apud* CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 50-51.
5. F. KLEIN com colaboração de ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs, Neudruck der Ausgabe Mannheim 1927, Aalen, Scientia Verlag*, 1970, p. 186-88 *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 50-51.
6. Assim, é lícito ao juiz, consoante o disposto no § 432 da ZPO austríaca, instruir as partes ignorantes do direito ou não representadas por advogado e aconselhá-las sobre as conseqüências jurídicas de seus atos ou omissões. Ao presidente do órgão colegiado de primeiro grau, nos termos do § 182, incumbe, na audiência oral, a ativa condução do processo, inclusive na investigação dos fatos da causa. O § 183 mostra-se importante nesse contexto, pois possibilita atuação oficiosa do presidente para intimar as partes a pessoalmente comparecerem na audiência oral, ordenar a apresentação de documentos de interesse para a causa, referidos no curso do processo, ou a requisição de documentos públicos. Faculta-se-lhe determine oficiosamente inspeção judicial e exame pericial, assim como a intimação de pessoas para depor. Os *Motive* esclareciam, contudo, os limites do poder-dever do condutor do processo, dirigido primacialmente à finalidade de explicação e esclarecimento dos fatos da causa; TROLLER, *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, p. 52-4 *apud* OLIVEIRA, loc. cit.
7. KLEIN, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse* *apud* OLIVEIRA, op. cit., p. 51: “[...] o processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal. Tal não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, como os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois de tudo isso nos protegem as formas e formalidades do processo[...] A tarefa do juiz, para pronunciar a verdade, é a de investigar conforme a verdade. Pois uma imagem verdadeira e correta é a principal condição de uma sentença justa”.
8. Segundo BARBOSA MOREIRA, “uma falsa concepção “liberal”, de marca individualística, em certa fase - talvez não de todo superada - da evolução histórica do direito processual, ofereceu resistência à consagração normativa de imposições que contenham os litigantes nas raias da lealdade e da probidade,

Assim, uma atuação em desacordo com o princípio da probidade processual compromete não só o que se convencionou chamar de busca da verdade no processo (se é que se pode vislumbrar tal pretensão na atividade decisória) como também a sua efetividade, sendo esse um dos grandes desafios que movem o jurista moderno. Não há como separarmos o direito à jurisdição da tutela judicial efetiva. No direito brasileiro, a mesma está consagrada no art. 5º, inc. XXXV e § 2º da Constituição Federal.

Diante do exposto, constatamos que o combate às atitudes ímprobas é uma necessidade de todos os sistemas jurídicos que pretendem ser efetivos. Esse combate normalmente se dá pela aplicação de sanções a aqueles que praticam condutas em desacordo com esse princípio da probidade.

2. A VARIEDADE DE SANÇÕES PUNITIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As sanções punitivas são muito diversas nos vários ordenamentos. Tais diferenças não dizem respeito somente à natureza dos instrumentos sancionatórios que são empregados, mas também à força das sanções, e, por conseguinte, a sua eficácia na repressão dos comportamentos abusivos.

No já mencionado Congresso realizado pela *Tulane University*, na cidade de *New Orleans*, Estados Unidos da América, em outubro de 1998, cujo tema foi Abuso dos Direitos Processuais, onde estiveram presentes representantes de diversos países –, foi traçado um perfil multifacetado do disciplinamento da tipificação das hipóteses de improbidade processual e sanções aplicadas nos diversos sistemas jurídicos, chegando o relatório conclusivo a expressar, no que diz respeito às diferenças entre esses ordenamentos, que [...] essas diferenças derivam da interação de diversos fatores, como por exemplo, a variedade da disciplina jurídica do abuso (tais como: cláusulas gerais ou normas específicas), as diferenças de conduta na indicação da responsabilidade (como exemplo: a parte e não o advogado), diferenças no modo de considerar os aspectos subjetivos da responsabilidade (como exemplo: subjetivismo ou objetivismo), o uso de remédios privatísticos (ressarcimento de danos) ao invés de sanções processuais, e assim por diante⁹.

bem como à adoção de expedientes idôneos a assegurar, tanto quanto possível, a efetividade do cumprimento desses deveres. Tal resistência vai declinando e tende a desaparecer, na medida em que se firma e se acentua o caráter publicístico do processo (inclusive do processo civil), e correlatamente se reforçam e ampliam os poderes do órgão judicial na respectiva condução. Já não se pretende do juiz que assista, como espectador frio e distante, ao “duelo” das partes; ao contrário, dele se espera atividade eficiente no sentido de que a justiça seja feita. Para tanto, procura a lei ministrar-lhe, entre outros, meios enérgicos de combate à má-fé, à improbidade, à chicana, em suas multiformes manifestações”(BARBOSA MOREIRA, *Tendenze evolutive del processo civile*, in *Temas de Direito Processual*, Sexta série, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 15).

9. TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici, Versione italiana della relazione generale presentata al colloquio internazionale sul tema Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness, svoltosi a New Orleans dal 27 al 30 ottobre 1999*. p. 19-20

Não podemos deixar de mencionar que são diversas as espécies de sanções (ou mesmo previsão de ressarcimento de danos) existentes no processo civil brasileiro contra a improbidade processual. Identifiquemos algumas¹⁰:

a) a eliminação dos efeitos do comportamento incorreto na medida em que se tenham mostrado capazes de influir no desfecho do processo (na própria ação rescisória ou na proibição do *venire contra factum proprium*);

b) a restrição ou mesmo perda de direitos processuais da parte que se conduziu incorretamente (como a inconstitucional proibição de falar nos autos até a purgação do atentado do art. 881 do CPC ou a perda da possibilidade de recorrer por reiterada interposição de embargos declaratórios protelatórios sem depósito da multa);

b) multas processuais (como a multa dos embargos de declaração protelatórios, a multa do art. 18 do CPC, a multa aplicada por prática do *contempt of court*, as *astreintes* ou aquela multa aplicada em função do descumprimento da sentença condenatória em obrigação de pagar quantia). Observe-se que nesse item teríamos condições de estabelecer uma subclassificação em face das diferenças existentes nos regimes das várias multas previstas no CPC.

c) penas propriamente ditas, como as previstas no art. 347 do Código Penal de 1940, para o crime de fraude processual;

d) a imposição, ao transgressor, da obrigação de reparar, com prestação pecuniária, os prejuízos causados à outra parte, a chamada responsabilidade por dano processual, dos artigos 16 e 18 do CPC, que poderá inclusive contemplar o dano moral sofrido pela parte, por exemplo, em decorrência da indevida demora do processo.

CONCLUSÃO

Dessa forma, o sistema processual civil brasileiro mostra-se, nos dias de hoje, um dos mais completos do mundo em termos de previsão de sanções punitivas para a prática da improbidade processual. Tais sanções podem ser encontradas em grande número e se enquadram em diferentes modalidades classificatórias, o que demonstra claramente a opção do legislador pela eleição do princípio da probidade processual como indispensável à condução de um processo judicial efetivo. Resta-nos somente aplicar tais sanções, até porque caracterizada a prática da ilicitude é dever do julgador fazê-lo.

REFERÊNCIAS

- BIDART, Adolfo Gelsi. *La humanización del proceso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9.
CAPPELLETTI, Mauro. *La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità...* . v. 1.

10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. *Revista de Processo*, n. 10, abr/jun. 1983; Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p. 17-18

- DEL CARRIL, Julio J. Lopez. *La condena en costas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GUILLÉN, Víctor Fairén. *La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grécia*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol 14/15, 1979.
- MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*, 1º vol., Lisboa: AAFDL, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Responsabilidade das partes por dano processual*. Revista de Processo. n. 10. abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendenze evolutive del processo civile. *Temas de Direito Processual*, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici. Versione italiana della relazione generale presentata al colloquio internazionale sul tema Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness, svoltosi a New Orleans dal 27 al 30 ottobre 1999*.
- VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos), Lisboa: ROA, II, 1995.

CAPÍTULO XIV

**APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES
DE *CIVIL LAW* E DE *COMMON LAW* E A NECESSIDADE
DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL**

*Luiz Guilherme Marinoni**

Sumário • 1. Introdução – 2. O *common law*: as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição – 3. *Common law* e *stare decisis* – 4. Criação judicial do direito em virtude da omissão do legislativo? – 5. Criação judicial do direito como consequência do *stare decisis*? – 6. Verdadeiro significado da *law-making authority* – 7. Da “*supremacy of the English parliament*” ao “*judicial review*” estadunidense – 8. Um esclarecimento: os diferentes significados de “supremacia do parlamento” na Inglaterra e na França – 9. A superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo e as concepções de juiz *make law* e de juiz *bouche de la loi* – 10. O juiz como “*bouche de la loi*” – 11. O problema da interpretação da lei no *civil law* – 12. A certeza jurídica como garantia da segurança – 13. O individualismo do juiz do *civil law* – 14. O impacto do constitucionalismo no *civil law* – 15. O controle da constitucionalidade da lei no Brasil – 16. A adoção do sistema de controle difuso da constitucionalidade e a imprescindibilidade do *stare decisis* – 17. O juiz diante dos conceitos indeterminados e das regras abertas – 18. *Judge make law* e decisão judicial, na ausência de lei, no *civil law* – 19. O Superior Tribunal de Justiça e a uniformidade da interpretação do direito federal – 20. A aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law* e a imprescindibilidade de respeito aos precedentes no direito brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

O *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas.

O *civil law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei.

* Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado na Universidade de Milão. Ex-Procurador da República. Procurador do Estado do Paraná.

Não obstante as transformações que se operaram no *civil law* – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei –, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes.

Este capítulo pretende demonstrar, mediante um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*, e, em tal dimensão, a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro. Num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica indispensável a um Estado de Direito.

2. O *COMMON LAW*: AS TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO

No *common law*, discutiu-se intensamente sobre o significado da decisão judicial, ou, mais propriamente, sobre o significado da função jurisdicional. Desejava-se esclarecer se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava e, bem por isto, intuiu-se que se estava discutindo uma teoria da jurisdição.¹

Inicialmente, sustentou-se, na Inglaterra, a tese de que o juiz apenas declarava o direito. Um dos seus principais defensores foi Blackstone.² Em seu entendimento existiria a *lex non scripta* – o direito não escrito ou o *common law* – e a lei escrita – o direito escrito ou o *statute law*. O *common law* propriamente dito espelharia os costumes gerais, embora a *lex non scripta* ainda englobasse os costumes particulares de algumas partes do reino, assim como os costumes observados apenas em algumas cortes e jurisdições.³

A suposição de que o *common law* consiste nos costumes gerais faz sentir a teoria declaratória em outra perspectiva, isto é, a própria teoria declaratória sob disfarce.⁴ Se o *common law* está nos costumes gerais observados entre os “Englishmen”, o juiz não cria o *common law*, mas sim o declara. Nesta linha, dizia Blackstone que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é.⁵

1. Peter Wesley-Smith, *Theories of adjudication and the status of stare decisis*, in *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 73 e ss.
2. William Blackstone, *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1a. edição, de 1765), Chicago, The University of Chicago Press, 1979, v. 1, p. 69.
3. Cf. Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 168.
4. “The idea that the *common law* consists of general customs is the declaratory theory in another guise” (Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English law*, cit., p. 168).
5. William Blackstone, *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1a. edição, de 1765), cit., v. 1, p. 86.

Não obstante, a natureza declaratória também era frisada quando a decisão se baseava em anterior precedente judicial. Se os precedentes se destinam a desenvolver o *common law*, decisões iguais sobre um ponto de direito também significariam *common law*. Para a teoria declaratória, o juiz estava limitado a declarar o direito fixado nos precedentes. A sua autoridade não lhe dava poder para criar um novo direito, porém apenas para manter e declarar um direito já conhecido.⁶

Bentham e Austin condenaram de maneira impiedosa a teoria declaratória. Bentham comparou-a a um método adotado para o treinamento de cachorros, ao passo que Austin acusou-a de ficção de criança.⁷ De acordo com Austin, os juízes teriam a ficção infantil de que o *common law* não é produzida por eles, mas constitui algo miraculoso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, e que vem meramente declarado de tempo em tempo. O *common law*, para a teoria positivista, existia por ser estabelecida por juízes que possuíam *law-making authority*. O direito seria produto da vontade dos juízes e, assim, não seria meramente descoberto, mas sim criado.⁸

Para se melhor compreender a disputa entre as duas teorias, é necessário voltar a atenção para a questão da autoridade da decisão judicial. O problema consiste em saber se o juiz tinha autoridade para criar ou apenas para declarar o direito. Qualquer que seja a justificativa teórica para se concluir que o juiz possui autoridade para criar o direito, é necessário conhecer a realidade em que o Estado inglês se formou ao admitir a *law-making authority*. Aqui não importa saber se a decisão declara ou cria o direito, mas sim saber o motivo pelo qual o *common law* admitiu, ao inverso do *civil law*, que o juiz pode criar o direito.

De outra parte, a natureza declaratória ou constitutiva da decisão judicial poderia ter relevância para a questão do respeito obrigatório aos precedentes ou, em outras palavras, para o *stare decisis*. Afirmou-se que se o precedente representa apenas a evidência do direito, nenhum juiz poderia ser absolutamente obrigado a segui-lo, assim como o precedente jamais seria revogado, pois o juiz sempre teria o poder de declarar em contrário ao precedente ou mesmo ao seu overruling (revogação).⁹ Nesta linha, o *stare decisis* ou o respeito obrigatório aos precedentes exigiria, como antecedente lógico, a criação judicial do direito.

6. "Thus while case-law at the beginning of the nineteenth century formed a smaller part of Scots than of English law, it was explained in the same terms in both countries. The *common law* is the custom of the country of which judicial decisions are declarations which may or may not be accurate. They are authoritative in so far as they declare it, but no further" (Neil MacCormick, *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 203).

7. Neil MacCormick, *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 204.

8. "The *common law*, said the positivists, existed (if it existed at all) because it was laid down by judges who possessed law-making authority. Law was the product of judicial will. It was not discovered but created" (Peter Wesley-Smith, *Theories of adjudication and the status of stare decisis*, in *Precedent in Law*, cit., p. 74).

9. Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English law*, cit., p. 30.

Esta relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial e o *stare decisis* conduziu a três mitos: i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa da do seu colega do *civil law*; e o iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law*.

Contudo, a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, ao invés de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*. De modo que, ainda que se admitisse a função judicial meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado, assim como, mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que o juiz estaria obrigado a respeitar os precedentes. Esclareça-se que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado sem gerar injustiça no caso concreto.

MacCormick, no trabalho sugestivamente intitulado de “*Can stare decisis be abolished?*”¹⁰ – após afirmar que Bentham e Austin demonstraram o “*nonsense of the declaratory theory of precedent*” e que as suas doutrinas passaram a fazer parte da “*intellectual bag-and-baggage of the law*” –, faz uma interessante construção¹¹. Como os juízes estavam mergulhados nesta cultura jurídica, e assim estavam cientes do colapso da teoria declaratória, MacCormick pondera que os juízes não mais poderiam se esconder atrás da teoria declaratória caso desejassem revogar os precedentes. Afirma MacCormick que, para se seguir a Austin, o juiz teria que legislar abertamente. Como a doutrina de Austin sustenta que o juiz cria o direito, a sua aceitação exigiria que os juízes também admitissem que realmente podiam legislar, inclusive ao revogar os precedentes.

Contudo, como relata MacCormick, o convite de Austin não foi aceito¹². É que os juízes se sentiam confortáveis ao declarar e não queriam assumir a responsabilidade de criar o direito e de revogar os precedentes. Assim, é realmente possível dizer que os juízes tiveram boas razões para se manterem presos à teoria declaratória, permitindo-lhe uma longa sobrevida, especialmente por se livrarem do peso de decisões retroativas que poderiam ser ditas antidemocráticas.¹³

10. Neil MacCormick, *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 197 e ss.

11. Neil MacCormick, *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 204.

12. “Once these theories had become part of the intellectual bag-and-baggage of the law, it was clear that judges could no longer hide behind the declaratory theory if they wished to dissent from previous authorities. If they were to legislate they must legislate openly. But Austin’s invitation was not accepted. Whether or not in consequence of Bentham’s revilement of their legislation, the judges came to accept that to deviate from previous decisions was to legislate; and that they would not do” (Neil MacCormick, *Can stare decisis be abolished?*, *Judicial Review*, 1966, p. 205).

13. Peter Wesley-Smith, *Theories of adjudication and the status of stare decisis*, in *Precedent in Law*, cit., p. 76.

Note-se que a argumentação de MacCormick e a própria doutrina de Austin não sustentaram apenas a impropriedade da natureza declaratória da decisão judicial, tendo também sublinhado que o juiz, ao revogar o precedente, sempre estaria criando o direito. Para Austin, a teoria declaratória entraria em contradição com a revogação do precedente, uma vez que, se a primeira Corte cometeu um erro, o juiz que se encontra com o caso nas mãos terá que legislar ou fazer algo bem diferente do que declarar o direito contido no precedente.¹⁴

Reafirme-se que não interessa, aqui, saber qual das teorias estava certa. Os próprios partidários da teoria de que o juiz cria o direito, ao considerarem a revogação do precedente, anunciaram que, nesta hipótese, ocorreria um *remaking*. Não importa se o juiz reconstrói o direito ou declara o equívoco da primeira declaração quando uma ou outra explicação serve para justificar a revogação do precedente. De qualquer forma, ao justificarem a revogação do precedente, ambas as teorias estavam cientes do dever judicial de respeito aos precedentes.¹⁵

O que muito releva, diante da argumentação de MacCormick, é que os próprios juízes chegaram à conclusão de que a ruptura com os precedentes significaria legislar, e, por isto, mantiveram-se presos aos precedentes, *dando uma bela demonstração concreta, porque perceptível na história dos precedentes, de que a aceitação da natureza declaratória da decisão judicial não é incompatível com o stare decisis*.

Deixe-se bem claro, contudo, que não se está sustentando que a base do *stare decisis*, na Inglaterra, apenas poderia estar na teoria declaratória, ou que esta teoria justifica de maneira perfeita e adequada o *stare decisis*. Na verdade, nem a teoria declaratória, nem a constitutiva ou positivista, são capazes de coerentemente justificar o *stare decisis* em seu estado absoluto ou em sua conformação pura.¹⁶

Para minar a teoria declaratória, seria possível dizer que o juiz é obrigado a respeitar o direito e não a declaração judicial do que é o direito. Em outras palavras, se o precedente não é direito, mas sim a declaração de um juiz acerca do direito, não

14. Neil Duxbury, ao tratar do mencionado texto de MacCormick, e, assim, também do impacto da doutrina de Austin sobre a prática dos juízes, escreve: "If judges have a duty to find and declare the law themselves, they can only be bound to follow the ruling of another court where that ruling is itself a correct declaration of the law. If the earlier court made a mistake, judges deciding the case in hand must declare the law by doing something other than following the precedent" (Neil Duxbury, *The nature and the authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 39).

15. De acordo com os adeptos da teoria declaratória, os precedentes devem ser seguidos, exceto quando são 'flatly absurd or unjust'. Neste caso, os juízes futuros não elaboram um direito novo. No dizer de Blackstone, quando a sentença anterior é manifestamente absurda ou injusta, o juiz não declara que aí existe "bad law", mas sim que a sentença "was not law", isto é, "that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined" (William Blackstone, *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1a. edição, de 1765), cit., v. 1, p. 70).

16. "The result is that whichever theory [declaratory or positivist] of their function is adopted by judges it is incompatible with *stare decisis*" (Peter Wesley-Smith, *Theories of adjudication and the status of stare decisis*, in *Precedent in Law*, cit., p. 87).

haveria como impor aos demais juízes o respeito ao precedente. Isto se tornaria mais fácil ao se supor que o juiz pode criar o direito¹⁷. Na Inglaterra, o juiz só tem capacidade para criar o direito quando não há, acima dele, qualquer Corte que possa tratar da matéria que lhe foi submetida. Assim, a noção de que o juiz pode criar o direito apenas justificaria o chamado efeito vertical do *stare decisis*, uma vez que o precedente apenas obrigaria os juízes e Cortes inferiores. Ou seja, a teoria constitutiva, na dimensão da discussão em que foi inserida diante do *stare decisis* inglês, não seria capaz de obrigar a própria Corte que firmou o precedente ou o próprio juiz que o proferiu. Quer dizer que a ideia de juiz dotado de *law-making authority* não seria capaz de justificar o *stare decisis* exatamente no local em que ele é mais importante. Ora, não é preciso dizer que, antes de se exigir o respeito dos demais, é necessário respeitar-se.

Se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões. Portanto, não é porque a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer respeito. De outra parte, se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, nada impediria que uma decisão judicial, vista então como direito, afirmasse que os próprios juízes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores. Em relação ao funcionamento e à eficiência do *stare decisis*, a diferença seria apenas formal. Num caso a obrigatoriedade adviria de um precedente; no outro, a obrigatoriedade decorreria da lei.

Note-se, ademais, que o *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX, muito tempo depois do aparecimento das doutrinas de Bentham e de Austin.¹⁸ *London Tramways v. London County Council*, decidido em 1898, constitui o cume de uma evolução em direção à vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, pois o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (*binding*) foram consolidados no período entre 1862 e 1900. Na realidade, quando, em *London Tramways v. London County Council*, foi clara e objetivamente colocada a questão relativa à possibilidade de a *House* considerar argumentos para contrariar as suas decisões, não houve hesitação em se decidir que isto não poderia ocorrer.¹⁹ Ou seja, a vinculação horizontal, na *House of Lords*, é devedora de um precedente

17. “When a judge is recognized, however, as able to *make* law, the notion of vertical *stare decisis* – of a court being bound by decisions of courts above it in the hierarchy – is perfectly rational” (Peter Wesley-Smith, *Theories of adjudication and the status of stare decisis*, in *Precedent in Law*, cit., p. 81).

18. Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 114 e ss.

19. “When, in 1898, in *London Tramways Co. v. London County Council*, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not” (Jim Evans, *Precedent in the nineteenth century*, in *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 58).

com feição de *rule of precedent* (de regra concernente à eficácia dos precedentes) e não de direito substancial.

Conclua-se, assim, neste tópico, que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva se adaptam a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes.

3. *COMMON LAW* E *STARE DECISIS*

Também não há como confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedent*.

Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.²⁰

O realce da distinção entre *stare decisis* e *common law*, não obstante necessário para afastar uma vulgar confusão, centra-se na preocupação deste livro em sustentar que o sistema de precedentes pode constituir parte do sistema brasileiro. Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. Observe-se que embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla do *common law* da antiguidade e o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*. Assim, não é apenas pela circunstância de o *common law* ter iniciado a sua existência muito antes de se falar em *stare decisis* que há distinção entre ambos.

Contudo, embora seja certo que o *stare decisis* não é necessário para a existência do sistema de direito material nem para o funcionamento do sistema de distribuição de justiça, alguém poderia dizer que ele é indispensável no *common law* sob o

20. “To a historian at least any identification between the *common law* system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the *common law* in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The *common law* had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough” (A. W. B. Simpson, *The common law and legal theory*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 77).

argumento de que aí as decisões judiciais estabelecem o direito não edificado pelo legislativo.

4. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO EM VIRTUDE DA OMISSÃO DO LEGISLATIVO?

Não há como negar a importância que o *stare decisis* teve para o desenvolvimento do *common law*, nem como esquecer que os precedentes – ao lado da lei e dos costumes – constituem fonte de direito neste sistema.

O magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* – daí se falar em *judge make law*. Não obstante, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, a qual se sobrepunha ao legislativo, que, por isto, deveria atuar de modo a complementá-la.

Aliás, na tradição da *common law* inglesa, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum. Interessante perceber que exatamente aí surge uma primitiva noção de *due process of law*, visto como o caminho a ser seguido para a elaboração da lei ancorada nos costumes²¹.

O legislativo não se opôs ao judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir²². Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isto mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo.

No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei²³. O *common law* não necessitou negar a natureza das coisas ou criar uma

21. Ver Rainer Grote, Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html. Acesso em 15/04/2009, p. 3.

22. “Al mismo tiempo, la institución del Parlamento durante mucho tiempo se caracterizó por su función preferentemente judicial y declarativa de derecho: los actos de producción del Derecho por parte del Rey (em forma de Statutes o Acts) solían obedecer a peticiones del Parlamento. Pero esta estructura se irá disolviendo poco a poco a medida que el Parlamento va a ir reclamando al monarca la capacidad de producir Derecho y que los tribunales vayan absorbiendo cada vez más funciones jurisdiccionales. De esta manera, a finales del siglo XVI la función legislativa del Parlamento se consideraba ya independiente de su capacidad de administrar justicia”. (Juan Ramón de Páramo Argüelles e Francisco Javier Ansuátegui Roig, Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidad, Siglos XVI y XVII*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 770).

23. “The important distinction between the *civil law* and the *common law* judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do” (John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 47).

vedação que somente pode ser compreendida como uma destas regras que advém das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres, a partir do *common law*. Mas, é importante frisar, estava submetido à *common law*; sempre atuava à luz e a partir de um direito.

De qualquer modo, se, no direito inglês primitivo, havia baixa produção de leis, isto não ocorre no *common law* contemporâneo. A suposição de que, nos Estados Unidos, a produção legislativa do direito é baixa, o que impõe a sua criação pelos juízes, não só é falsa, como produz enganos em termos de direito comparado. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes²⁴.

Note-se, portanto, que, ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo legislativo, ou que a atuação do legislativo era aí pouco intensa, a existência de lei não se opõe ao *common law*, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes.

No *common law*, a autoridade da lei é superior a das decisões judiciais e não o contrário. De modo que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para distinguir os sistemas de *common law* e *civil law*.

5. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO CONSEQÜÊNCIA DO *STARE DECISIS*?

Quando se diz que o juiz do *common law* cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, isto é, da lei. A decisão não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes.

Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro.

A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indicio de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou a admissão do

24. John Henry Merrymann e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 27 e ss.

precedente como fonte de direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito.

6. VERDADEIRO SIGNIFICADO DA *LAW-MAKING AUTHORITY*

O que permite dizer que o juiz do *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com a do juiz da tradição do *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei. No *civil law*, quando se dizia que ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditada pelo legislador, o direito era concebido unicamente como lei. A tarefa do judiciário se resumia à aplicação das normas gerais.

O juiz inglês não apenas teve espaço para densificar o *common law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais. Neste sentido, Coke – cujo papel foi muito importante, ainda que em nível doutrinário, para a contenção do arbítrio do rei –, decidiu no célebre caso *Bonham*, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, são elas nulas e destituídas de eficácia. Disse Coke, nesta ocasião, que “foi dito em nossos livros que, em muitos casos, o *common law* controlará leis do parlamento e, algumas vezes, decidirá que são elas absolutamente destituídas de eficácia; de modo que, quando uma lei do parlamento é contrária ao direito e à razão comum, com eles incompatível ou impossível de ser executada, o *common law* a controlará e decidirá pela sua nulidade”²⁵.

Esclareça-se que, apesar da decisão de Coke estar vinculada à teoria declaratória da jurisdição, e não à teoria que afirma a *law-making authority* – a teoria constitutiva –, a sua lembrança é pertinente para demonstrar que o juiz do *common law* realizava espécie de controle dos atos do parlamento. Vê-se, na referida decisão de Coke, o primeiro germe do controle da constitucionalidade das leis; e, assim, é possível daí também extrair a noção de que o poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido mediante uma lógica semelhante a que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais²⁶.

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei

25. “...And it appears in our books, that in many cases, the *common law* will controul acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the *common law* will controul it and adjudge such act to be void....” . Ver Rainer Grote, *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html. Acesso em 15/04/2009, p. 2.

26. Ver Juan Ramón de Páramo Argüelles e Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Los derechos en la Revolución inglesa*, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 774.

a partir da Constituição.²⁷ No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes²⁸. Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.

Com efeito, se alguém perguntar a qualquer teórico do *common law* a respeito da natureza da função do juiz que não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, que interpreta a lei conforme a Constituição ou que supre a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental de natureza processual, certamente se surpreenderá. Tal atividade obviamente não significa declaração de direito e, assim, na perspectiva das doutrinas produzidas no *common law*, certamente revela uma atividade criadora, verdadeira criação judicial do direito.

Quando alguns países da Europa constitucional adotaram “tribunais constitucionais” – como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha –, objetivou-se reafirmar o princípio da separação de poderes, deixando-se claro que o controle de constitucionalidade não seria feito pelos juízes ordinários, mas sim por um corpo formado por membros especialmente selecionados. Aliás, chegou-se a acusar de equivocada a denominação “tribunais”, conferida a tais órgãos, bem como inapropriado chamar de juízes os membros destas cortes. Por detrás disto estava a ideia de que o controle da constitucionalidade da lei não era uma atividade jurisdicional, ou melhor, que declarar a inconstitucionalidade da lei seria uma forma de criar o direito²⁹.

27. Deixe-se claro que o sistema de controle difuso da constitucionalidade é típico dos Estados Unidos e está presente em diversas antigas colônias inglesas, como Canadá, Índia e Austrália. Na Inglaterra, paradoxalmente, em virtude da “supremacy of the Parliament”, inadmitiu-se o controle judicial da legislação. Ver Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 46 e ss.

28. Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 55).. Essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei, e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Ver Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?*, texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Unam, p. 8. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3ª. ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, Parte I, item 2.5.

29. John Henry Merrymann e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 37-38.

Porém, a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, ancorada na ideologia da revolução francesa e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo. Anote-se que Merryman, um dos maiores comparatistas estadunidenses, ao admitir que o constitucionalismo fez surgir uma nova fonte de direito no *civil law*, adverte que, ao se admitir que o juiz pode decidir que uma lei é inválida por estar em conflito com a Constituição, quebra-se o dogma da separação estrita entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e, desta forma, abre-se oportunidade para se dizer que o juiz do *civil law* também cria o direito.³⁰

Nos dias que correm, a diferença entre o juiz do *common law* e o juiz do *civil law* não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações, mas sim na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por conseqüência, no respeito que lhes é devotado. E não é equivocado dizer que um dos principais responsáveis pelo traço forte da figura do juiz do *common law* é justamente o sistema de precedentes.

7. DA “SUPREMACY OF THE ENGLISH PARLIAMENT” AO “JUDICIAL REVIEW” ESTADUNIDENSE

Nos itens anteriores, comparou-se o juiz do *civil law* marcado pelo constitucionalismo com o juiz americano – que possui o poder para controlar a constitucionalidade da lei –, e, de forma tímida e cautelosa, ao juiz inglês, que, nas palavras de Coke, podia controlar a lei a partir do *common law*. Cabe evidenciar, agora, que o controle dos atos do legislativo tem histórias e feições distintas na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Neste contexto importa rememorar a disputa entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição. A teoria declaratória não apenas tentou demonstrar que a função do juiz é a de revelar o direito, mas igualmente teve o propósito de permitir ao judiciário declarar ou afirmar o *common law* contra o soberano e contra o parlamento, tencionando viabilizar, desta forma, espécie de controle judicial dos atos estatais.

30. “This dogmatic conception of what law is, like many other implications of the dogmas of the revolutionary period, has been eroded by time and events. Perhaps the most spectacular innovation has been the strong movement toward constitutionalism, with its emphasis on the functional rigidity, and hence the superiority as a source of law, of written constitutions. Such constitutions, by eliminating the power of the legislature to amend by ordinary legislative action, impair the legislature’s monopoly on lawmaking. They insert a new element into the hierarchy of sources of law, which now must read ‘constitution, legislation, regulations, and custom’. In addition, if a court can decide that a statute is void because it is in conflict with the constitution, the dogma of sharp separation of legislative power from judicial power is impaired” (John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 25).

A doutrina de Coke afirmou que o *common law*³¹ se sobrepuja ao soberano e ao legislativo³². De modo que a teoria de que o juiz apenas declarava o direito também teve uma importante função legitimadora ao admitir o controle dos atos do parlamento e do monarca.

Com a Revolução Gloriosa, de 1688, é instituída a doutrina da “*supremacy of the parliament*”. A doutrina da supremacia do legislativo serviu para o Reino inglês controlar os atos das suas colônias e, depois, teve o efeito de fazer surgir, nos Estados Unidos, princípio que, numa visão estrita de *civil law*, poderia ser visto como seu oposto, isto é, o da “*supremacy of the judiciary*”.

As colônias inglesas, regidas por Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. A supremacia do parlamento inglês impunha-se, mediante as Cartas³³, de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes.

Com o controle da legislação da colônia, surgem as sementes do *judicial review*. Quer isto dizer que, no momento em que o princípio da supremacia do parlamento é transportado para a colônia, surge o controle judicial dos seus atos, e, desta forma, o broto do princípio da supremacia do judiciário. De modo que o princípio inglês da supremacia do parlamento, ao invés de obstaculizar, na realidade colaborou para a solidificação do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.

31. De acordo com Coke, os direitos “have been by the wisdom of the most excellent men, in many successions of ages, by long and continual experience, (the trial of light and truth), fine and refined” (Edward Coke, *Seventh Reports, Calvin’s Case*, London, Thomas and Fraser, 1826, IV. 6). Cf. Gerald J. Postema, *Some roots of our notion of precedent*, in *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 17-18.
32. “Al defender el *common law* frente al Derecho régio, Coke está defendiendo también los derechos de los ingleses, ya que estos derechos están asentados, enraizados en la tradición y en las viejas leyes de Inglaterra. Em el planteamiento de Coke, la defensa del *common law* está muy vinculada a la defensa de una determinada posición de los jueces en el sistema constitucional. En efecto, si para Bacon, teórico defensor de las posiciones de Jacobo I, del que fue Lord Canciller, los jueces son los leones sobre los que se asienta el trono del rey y por lo tanto son los ejecutores de sus decisiones, para Coke los jueces también son leones, pero en este caso son los encargados de defender los derechos de los ingleses frente a las intromisiones ilegítimas del Poder real. Em un ambiente político en el cual el ejercicio del Poder por parte del monarca es absoluto, la limitación de ese Poder – tarea insoslayable de los jueces – supone un requisito de la garantía de las libertades de los individuos” (Juan Ramón de Páramo Argüelles e Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Los derechos en la Revolución inglesa*, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidad, Siglos XVI y XVII*, cit., p 773-774).
33. Tais Cartas podem ser consideradas as primeiras Constituições das colônias, seja porque eram vinculantes para a legislação colonial, seja porque regulavam as suas estruturas jurídicas fundamentais. Tais Constituições frequentemente estabeleciam a possibilidade de as colônias aprovarem as suas próprias leis, porém sob a condição de serem “razoáveis” e “não contrárias às leis do Reino inglês”, e, assim, não destoantes da vontade suprema do parlamento. Exatamente em virtude da ideia de supremacia da lei – em unísono com a doutrina da “*supremacy of the english parliament*” que, em diversos casos – alguns tornados célebres –, o Privy Council do Rei decidiu que as leis deveriam ser aplicadas pelos juizes da colônia apenas se não estivessem em contradição com as leis do Reino. Cf. Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 42.

Anote-se, contudo, que a ideologia da imprescindibilidade de imposição de limites ao legislativo mediante uma lei maior pode ser vista já à época em que os colonizadores da América do Norte – que não tinham representantes no Parlamento inglês – se revoltaram contra os tributos exigidos pelo governo da metrópole, mediante a alegação de que qualquer ato do Parlamento, contrário à equidade natural, seria nulo³⁴.

Com a independência das Colônias americanas, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições, e, como anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as Cartas e a legislação do Reino inglês, tornou-se praticamente “natural” controlar as leis que contrariassem as Constituições dos estados que acabavam de adquirir independência³⁵.

Cappelletti, em seu célebre “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”, conclui que a doutrina de Coke e, mais especificamente, a submissão do parlamento à *common law*, desapareceram com a Revolução de 1688 e com a instituição do princípio da “*supremacy of the parliament*”, o que não é correto, particularmente para o efeito que Cappelletti tenta extrair desta “transformação” – que, bem vistas as coisas, não ocorreu. Eis o que diz Cappelletti: “Tal doutrina [a de Coke] foi abandonada na Inglaterra com a Revolução de 1688, quando então foi proclamada a doutrina contrária – ainda hoje respeitada naquele país –, da supremacia do parlamento. Porém, da doutrina de Coke restaram os frutos, ao menos nos Estados Unidos, e estou referindo-me, como é óbvio, aos frutos que hoje são chamados de judicial review e supremacy of the judiciary”³⁶.

É certo que a doutrina de Coke, no seu particular significado de doutrina que dava ao juiz apenas o poder de declarar o *common law*, foi superada na Inglaterra pela teoria constitutiva – desenvolvida sobretudo por Bentham e Austin³⁷. Contudo, com o devido respeito ao mestre italiano, a Revolução de 1688 não fez desaparecer a noção de que o parlamento e a lei são submetidos à *common law*. Também não é adequado sustentar que o juiz, a partir deste momento, passou a estar submetido ao legislativo, nem muito menos que o direito das colônias passou a dever respeito unicamente à produção do parlamento.

O parlamento, com a Revolução de 1688, venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim,

34. Rainer Grote, Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html. Acesso em 15/04/2009, p. 3.

35. Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 41 e ss.

36. Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 40.

37. Neil MacCormick, Can *stare decisis* be abolished?, *Judicial Review*, 1966, p. 204.

a Revolução de 1688 não teve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do parlamento – sobre os juízes, mas apenas a força do parlamento diante do poder real. Além disto, a chamada Revolução Gloriosa, de 1688, não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei.

Assim, toda e qualquer norma elaborada pelo parlamento estaria inserida dentro do *common law*, na busca de afirmação dos direitos e liberdades do povo inglês contra o rei³⁸. A Revolução de 1688, bem por isto, não teve a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito.

Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao *common law* – ou ao direito da história e das tradições do povo inglês – para conter o poder real. Assim, a ideia de “*supremacy of the English parliament*” não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo parlamento, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza. Este direito submetia o monarca, contendo os seus excessos, mas também determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme à *common law*³⁹.

De qualquer forma, ao contrário do que sugere Cappelletti, é certo que o princípio da “*supremacy of the English parliament*” não teve a menor intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo o objetivo de impedir o juiz de afirmar o *common law* – se fosse o caso contra a própria lei. O princípio da “*supremacy of the English parliament*” teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca e não o propósito de significar onipotência da lei ou absolutismo do parlamento.

Ademais, a legislação das colônias não era verdadeiramente submetida à lei inglesa, mas sim vinculada ao direito inglês. O controle da legitimidade das leis coloniais se dava a partir do *common law*, até porque o parlamento, como já dito, estava submetido a um meta-direito ou a uma meta-linguagem (o *common law*), e não simplesmente escrevendo as primeiras linhas de um direito novo, como aconteceu com o parlamento que se instalou com a Revolução francesa.

Portanto, o controle da legitimidade dos atos da colônia, a partir do direito inglês, e o controle da constitucionalidade das leis, com base na Constituição americana, não significou uma troca de princípios ou a substituição do princípio da supremacia do parlamento pelo princípio da supremacia do judiciário.

38. Gustavo Zagrebelski, *Il diritto mitte*, Torino, Einaudi, 1992, p. 35.

39. Juan Ramón de Páramo Argüelles e Francisco Javier Ansuátegui Roig, Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 786 e ss.

Tal troca ou substituição pode ser vista apenas se o raciocínio for pautado pelo significado que a supremacia do parlamento assumiu no *civil law*, por decorrência da Revolução francesa. O princípio da supremacia do parlamento, na Inglaterra, esteve muito longe da ideia de supremacia da lei sobre o juiz, tendo significado, na verdade, supremacia do direito sobre o monarca e sobre as próprias leis, inclusive as das colônias. Nesta perspectiva, quando se controlava a legitimidade da lei colonial a partir do direito inglês, afirmava-se o *common law* e não a lei, nos moldes do *civil law*. E o juiz, nesta dimensão, já se sobrepunha ao elaborador da lei destoante. De modo que o controle de constitucionalidade estadunidense, nesta linha, significou muito mais uma continuidade do que uma ruptura com o modelo inglês⁴⁰.

Fora isto, cabe esclarecer que, se é certo que o poder do juiz do *civil law* submetido à Constituição é próximo ao do juiz estadunidense, criar a norma do caso concreto a partir da Constituição também é algo bastante a similar a criar a norma jurídica a partir do *common law* ou mesmo a declarar o direito do *common law*, como ocorria no primitivo direito inglês. Daí porque se dizer que a noção de criação do direito, típica do *common law*, opõe-se à aplicação estrita da lei, própria à tradição do *civil law*.

8. UM ESCLARECIMENTO: OS DIFERENTES SIGNIFICADOS DE “SUPREMACIA DO PARLAMENTO” NA INGLATERRA E NA FRANÇA

A “*supremacy of the English parliament*” tem significado completamente distinto ao da supremacia do legislativo e ao do princípio da legalidade, tais como vistos pela Revolução francesa.

A afirmação do parlamento, sublinhada pela Revolução inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito. O seu caráter foi conservador. Afirmou-se que a Revolução não foi dotada de verdadeiro “espírito revolucionário”, não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava⁴¹.

Portanto, ao invés de pretender instituir um novo direito mediante a afirmação da superioridade – na verdade absolutismo – do parlamento, nos moldes da Revolução francesa, a Revolução inglesa instituiu uma ordem em que os poderes do monarca estivessem limitados pelos direitos e liberdades do povo inglês.

Note-se que a noção de *rule of law and not of men* não significou apenas o *topos* aristotélico do governo das leis em substituição ao governo dos homens, mas

40. Sobre as origens do judicial review, ver Edward S. Corwin, *The doctrine of judicial review*, Princeton University Press, 1914; William. E. Nelson, *Marbury v. Madison, The origins and legacy of judicial review*, University Press of Kansas, 2000.

41. Juan Ramón de Páramo Argüelles e Francisco Javier Ansuátegui Roig, Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787.

sobretudo a luta histórico-concreta que o parlamento inglês travou e ganhou contra o absolutismo.⁴²

O ordenamento da Revolução inglesa caracterizou-se pela submissão do poder do monarca, em seu exercício e atuação, a determinadas condições, assim como pela existência de critérios reguladores da relação entre o parlamento e o rei. Neste ordenamento tem destaque o célebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, ao qual Guilherme de Orange foi obrigado a se submeter para ascender ao trono, mediante uma espécie de acordo entre o rei e o parlamento, visto como representante do povo. Frise-se que o *Bill of Rights*, embora tenha, entre seus princípios fundamentais, a proteção da pessoa e da propriedade e determinadas garantias processuais e dimensões da liberdade política, é, antes de tudo, marcado pela submissão do rei à lei⁴³.

Embora a Revolução inglesa tenha vencido o absolutismo, com ela o parlamento não assumiu o poder absoluto, como aconteceu na Revolução francesa. Como anota Zagrebelski, na tradição da Europa continental a luta contra o absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembléia Soberana, ao passo que, na Inglaterra, a batalha contra o absolutismo consistiu em opor, às pretensões do rei, os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo parlamento⁴⁴.

Assim, enquanto na França o parlamento revestiu-se do absolutismo por meio da produção da lei, na Inglaterra a lei representou, além de critério de contenção do arbítrio real, um elemento que se inseriu no tradicional e antigo regime do *common law*.

Como a lei era imprescindível para a realização dos escopos da Revolução francesa, e os juízes não mereciam a sua confiança, a supremacia do parlamento aí foi vista como sujeição do juiz à lei, proibido que foi, inclusive, de interpretá-la para não distorcê-la e, assim, frustrar os objetivos do novo regime. Ao contrário, tendo-se em vista que, na Inglaterra, a lei não objetivava expressar um direito novo, mas representava mero elemento introduzido em um direito ancestral – que, antes de merecer repulsa, era ancorado na história e nas tradições do povo inglês –, e ainda que o juiz era visto como “amigo” do poder que se instalara – uma vez que sempre lutara, misturado ao legislador, contra o absolutismo do rei –, não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter o juiz inglês à lei.

Além de a lei jamais ter anulado o poder do juiz, os próprios princípios da Revolução inglesa davam-lhe condição para controlar os atos legislativos a partir do

42. Gustavo Zagrebelski, *Il diritto mitte*, cit., p. 36 e ss.

43. Juan Ramón de Páramo Argüelles e Francisco Javier Ansuátegui Roig, Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787-788.

44. Gustavo Zagrebelski, *Il diritto mitte*, cit., p. 37.

common law, já que o parlamento, embora supremo diante do monarca, era submetido à *common law*⁴⁵. Mas, na França – como ficará ainda mais claro a seguir –, a supremacia do parlamento objetivou amarrar o juiz ao texto da lei, transformando-o em alguém destituído de poder criativo e de *imperium*.

9. A SUPERAÇÃO DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA PELO POSITIVISMO E AS CONCEPÇÕES DE JUIZ *MAKE LAW* E DE JUIZ *BOUCHE DE LA LOI*

Sabe-se que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo foi marcada pela ideia de que o direito depende da vontade. Partindo da premissa de que o direito se traduz a partir de uma vontade, os teóricos positivistas do *common law* não tiveram dificuldade para demonstrar que o direito não estava na tradição ou nos costumes do povo – como sustentavam Blackstone e os partidários da teoria declaratória da jurisdição⁴⁶ –, mas seria constituído ou criado pela decisão judicial.

Assim, enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. No *civil law*, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento, mas, no *common law*, em virtude do espaço de poder bem mais amplo deferido aos juizes, a vontade foi confiada ao judiciário. Porém, torna-se importante perceber que a conclusão de que o direito, na *civil law*, estaria no Parlamento, foi coerente, a partir de uma visão estritamente marcada pela teoria positivista, com a ideia de que o juiz da *common law* criaria o direito.

45. “On the basis of the constitutional settlement of 1688 legislative power was vested not an autocratic ruler but in an elected body which meant that the law-making process remained subject to the control of the different groups and interests represented in Parliament. Moreover, statutory enactments played a minor part in the general development of the law which proceeded mainly on the basis of court decisions interpreting the *common law*. In any case, the statutes adopted by Parliament had to be enforced by the courts which, although acknowledging their duty to defer to the will of the legislature, would construe the statutory rules in accordance with the rights and liberties protected by the established principles of the *common law* unless Parliament explicitly stated that it wished to derogate from those liberties” (Rainer Grote, Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html. Acesso em 15/04/2009, p. 3).

46. “Seventeenth-and eighteenth-century institutional writings, such as those of Blackstone in England (and, for many purposes, the USA) or Stair in Scotland, were decisively important in giving the common law an intelligible form and substance for rapidly modernizing and commercializing societies. But they justified the citation of precedent by reference to what they considered to be its evidentiary weight, the common law being the embodiment for local purposes of the law of nature and reason, worked out through the general customs of the realm. This is a declaratory theory, according to which precedents declare law but do not make it” (Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, London, Dartmouth, 1997, p. 481-482).

Note-se que isto não apenas demonstra que o *common law* confiou e apostou no judiciário e o *civil law* escravizou os juízes ao Parlamento, mas também que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado, certamente que em termos essencialmente teóricos, para a formação das concepções antagônicas de juiz *bouche de la loi* e de juiz *make law*.

Lembre-se que a admissão da tese de que o juiz cria o direito teve fundamento na doutrina positivista de Bentham, que não podia enxergar na decisão judicial a declaração de um direito preexistente fundado na natureza e na razão das coisas, mas apenas a criação do direito.

De modo que para distinguir os sistemas, mesmo em suas origens, não basta falar que em um o juiz cria o direito e no outro declara a lei, sendo imprescindível compreender que somente no *common law* o juiz mereceu confiança e espaço na esfera de poder e que a afirmação de que o “juiz cria o direito” constitui um *slogan* de uma das vertentes doutrinárias que se apresentaram neste sistema jurídico.

Aliás, no que diz respeito a este último ponto, é bom lembrar que, na *common law*, ainda se discute a respeito da natureza da jurisdição, se declaratória ou constitutiva. Tal questão foi objeto de recente e importante debate entre Hart⁴⁷ – que sustenta o papel criativo da jurisdição – e Dworkin⁴⁸ – que o nega. Na verdade, Dworkin é um dos integrantes de um poderoso e crescente núcleo de pensamento engajado em negar a natureza positivista do precedente e em propor uma visão “interpretativista” para se compreender a *common law*, com a conseqüente reinserção no debate da teoria declaratória da jurisdição, ainda que obviamente em uma roupagem contemporânea⁴⁹.

10. O JUIZ COMO “BOUCHE DE LA LOI”

Antes da revolução francesa, os membros do judiciário francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais⁵⁰.

47. Herbert Hart, *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1993, (esp. Formalismo e cepticismo acerca das regras e Pós-escrito)

48. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978 (esp. The model of rules e Hard cases); Ronald Dworkin, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

49. Ver Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, cit., p. 485.

50. Lembre-se que Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o “poder de julgar” não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partiu da sua própria experiência pessoal,

Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para “julgar”.

A preocupação em desenvolver um novo direito⁵¹ e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu⁵², aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do legislativo e do judiciário⁵³. Tornou-se imprescindível limitar a atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo⁵⁴.

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”.⁵⁵ Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*).⁵⁶

pois conhecia muito bem os juízes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement* de Bordeaux, como o nome “Montesquieu”. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes (Ver Mauro Cappelletti, *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 269).

51. Na Revolução Inglesa de 1688 não houve desejo de “apagar” o direito antigo, mas apenas intenção de confirmar e fazer o direito já existente contra um rei que não o respeitava. Ver Juan Ramón de Páramo Argüelles e Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Los derechos en la Revolución inglesa*, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787.
52. *De l'esprit des lois*, publicada pela primeira vez em 1748.
53. Montesquieu, ao escrever sobre a separação dos poderes, disse o seguinte: “Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu), *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 157).
54. Ver Rainer Grote, *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html. Acesso em 15/04/2009, p. 4.
55. Para Montesquieu, o julgamento não poderia ser “mais do que um texto exato da lei”; o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi*, ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de *imperium* (Montesquieu, *Do espírito das leis*, cit., p. 158. Ver, também, Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. (assolutismo e codificazione del diritto). Bologna: Il Mulino, 1976, p. 280).
56. Afirmou Montesquieu: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, *mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei*, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu

Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais⁵⁷.

Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos⁵⁸. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do *ancien régime*, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada. Além disto, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio.

Porém, a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica

rigor” (Montesquieu, *Do espírito das leis*, cit., p. 160; ver Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 192).

57. Para explicar como funciona uma Constituição na qual o poder controla o poder, Montesquieu deve indicar os poderes; deve estabelecer quais e quantos são os poderes que, em uma Constituição voltada a garantir a liberdade do cidadão, são predispostos de modo a propiciar um mútuo controle. Neste momento, ele enuncia uma tese extremamente importante na história das doutrinas jurídicas; os poderes não são diversos nos diferentes Estados, mas são sempre e somente três. São eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil. O poder “executivo das coisas que dependem do direito civil” também é chamado de “poder de julgar”; é neste momento, aliás, que a expressão “poder de julgar”, ou “poder judiciário”, incorpora-se ao vocabulário jurídico-político. O “poder de julgar” é exercido através de uma atividade puramente intelectual, e não produtiva de “direitos novos”. *Esta atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o conteúdo do “poder de julgar”*. (Cf. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*, cit., p. 287-291).

58. “O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a ‘conceitos-chave’ duvidosos” (Jürgen Habermas, *Direito e democracia, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997*, p. 313). “com base em tais premissas, a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna – isto é, da falta de uma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica –, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. Portanto, a sistematicidade acompanhava a plenitude do direito” (Gustavo Zagrebelski, *Il diritto mitte*, cit., p. 43). “Na idade liberal – a idade que se encerra em 1914 entre os esplendores da grande guerra –, o sistema normativo gravita completamente em torno ao Código Civil. O Código Civil de 1865 contém os princípios gerais, *que orientam a regulação das particulares instituições ou matérias, e que, em última instância, servem para colmatar as lacunas do ordenamento*” (Natalino Irti, *Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema)*, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 93).

exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código⁵⁹.

É preciso atentar, sobretudo, para a diferença entre a história do poder judicial no *common law* e a história do direito continental europeu, em particular dos fundamentos do direito francês pós-revolucionário. Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em botar freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Na Inglaterra, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas. E os juízes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado⁶⁰.

A revolução francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não

59. “If, however, one thinks of codification not as a form but as the expression of an ideology, and if one tries to understand that ideology and why it achieves expression in code form, then one can see how it makes sense to talk about codes in comparative law. It is true that California has a number of what are called codes, as do some other states in United States, and that the Uniform Commercial Code has been adopted in most American jurisdictions. However, although these look like the codes in *civil law* countries, the underlying ideology – the conception of what a code is and of the functions it should perform in the legal process – is not the same. There is an entirely different ideology of codification at work in the *civil law* world” (John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 27-28).

60. “In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition, one in which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had played an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism. The fear of judicial lawmaking and of judicial interference in administration did not exist. On the contrary, the power of the judges to shape the development of the *common law* was a familiar and welcome institution. It was accepted that the courts had the powers of *mandamus* (to compel officials to perform their legal duty) and *quo warranto* (to question the legality of an act performed by a public official). The judiciary was not a target of the American Revolution in the way that it was in France” (John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 17).

permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Note-se, assim, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento. O direito contaria com um grave e insuportável déficit democrático caso fosse interpretado pelos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos representantes do povo.

As histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes destes sistemas jurídicos. Porém, é necessário sinalizar para a circunstância de que a dessemelhança entre as funções dos juízes do *common law* e do *civil law* restaram, em boa medida, no papel e na intenção dos inspiradores do Estado legislativo francês. A revolução francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei.

11. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI NO *CIVIL LAW*

Como dito, a Revolução Francesa pretendeu proibir o juiz de interpretar a lei. Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com conflito entre as normas. Na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o juiz obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao legislativo para a realização da “interpretação autorizada”.

A Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que “*os tribunais judiciais não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo*” (Título II, art. 10), mas também que os tribunais “*reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei*” (Título II, art. 12).⁶¹

61. “Os tribunais judiciais não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10); “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12); “as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções (Título II, art. 12). (Lei Revolucionária de agosto de 1790) (Ver Mauro Cappelletti, Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 272).

Afirmou-se que o juiz, ao não poder identificar a norma aplicável à solução do caso, deveria recorrer ao legislativo. Supunha-se, é claro, que estas situações seriam raras, e que – depois de um tempo de consulta ao legislativo – tenderiam a desaparecer. De qualquer forma, pouca coisa pode expressar de forma tão marcante a pretensão da Revolução em limitar o poder judicial.

Algo similar anteriormente aconteceu no direito prussiano. O célebre Código prussiano, elaborado por Federico o Grande, continha mais de dezessete mil artigos, revelando o intento de regular todas as situações fáticas, por mais específicas que fossem. Do mesmo que o Código Napoleão – que tinha 2.281 artigos –, o objetivo de Federico foi o de fazer um direito à prova de juízes⁶². Federico não se deu por contente com os dezessete mil artigos do seu Código, tendo também proibido os juízes de interpretá-los, e, do mesmo modo que a Lei Revolucionária Francesa de 1790, criou uma comissão legislativa a quem os juízes tinham o dever de recorrer em casos de dúvida sobre a aplicação de uma norma. O juiz que caísse na tentação de interpretar o Código incidiria na “grande ira” de Federico e sofreria severo castigo⁶³.

Ainda mais interessante, para o nosso propósito, é a história da Corte de Cassação francesa. Este tribunal também foi instituído em 1790, com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento⁶⁴. É possível dizer que a *Cassation* foi instituída como uma válvula de escape contra a aplicação incorreta da lei e a não apresentação do caso à interpretação autorizada do legislativo. Porém, talvez já se vislumbrasse a dificuldade prática em se exigir dos juízes a exposição das suas dúvidas ao legislativo, bem como o trabalho excessivo e praticamente inviável que seria submetido aos legisladores caso todas as dificuldades interpretativas lhes fossem anunciadas⁶⁵.

Embora chamado de Corte, esse órgão não fazia parte do Poder Judiciário, constituindo instrumento destinado a proteger a supremacia da lei. Esta primeira natureza (não jurisdicional) da Cassação era compatível com a sua função de apenas cassar ou anular as decisões judiciais que dessem à lei sentido indesejado. Sem obrigar o juiz a requerer a devida interpretação, impedia-se que as decisões que não se limitassem a aplicar a lei tivessem efeitos. Ao invés de se utilizar o instrumento da “consulta interpretativa autorizada”, preferia-se algo mais factível, isto é, cassar a interpretação equivocada.

Frise-se que a Corte de Cassação foi instituída unicamente para cassar a interpretação incorreta; não para estabelecer a interpretação correta ou para decidir

62. John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 39..

63. John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 39..

64. Ver Piero Calamandrei, *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazione*, Torino, 1920, p. 426 e ss; Michele Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 29 e ss.

65. John Henry Merryman e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 39 e ss.

em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. Lembre-se que a Cassação sequer era considerada um órgão jurisdicional e, por isto mesmo, não podia decidir. De modo que a Cassação não se sobrepunha ao órgão judicial ordinário por ter o poder de proferir a última decisão, mas sim por ter o poder para afirmar como a lei não deveria ser interpretada.

O tempo fez sentir que o momento para afirmar como a lei *não* deveria ser interpretada também seria oportuno para afirmar como a lei deveria ser interpretada. Ou seja, a história mostra que a Cassação, de órgão destinado a simplesmente anular a interpretação errada, passou a órgão de definição da interpretação correta. Tal evolução igualmente obrigou à mutação da feição do órgão estatal, que assumiu a natureza jurisdicional, de órgão incumbido de participar do processo de produção de decisões judiciais.

Mas a Corte de Cassação não apenas adquiriu o semblante de órgão jurisdicional, como passou a constituir o tribunal de cúpula do sistema, sobrepondo-se aos tribunais ordinários. A sua função se tornou a de ditar e assegurar a interpretação correta da lei, evitando que os tribunais inferiores consolidassem interpretações equivocadas.

Assim, a Corte de Cassação chega a um estágio em que não há mais controle não jurisdicional das interpretações judiciais. Há, agora, preocupação em fixar, através do próprio Judiciário, a unidade do direito, ou, mais precisamente para aquela época, a uniformidade da interpretação da lei no país e nos vários tribunais inferiores. Basicamente, isto se tornou possível por dois motivos. Adquiriu-se consciência de que a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão, que, assim, abre oportunidade para várias definições e, portanto, interpretações. Ademais, tornou-se inquestionável que o ato de compreender a lei era de incumbência do judiciário e não do legislativo. De modo que passou a importar, em verdade, apenas se seria conveniente admitir que o Judiciário exprimisse, em um mesmo instante histórico, várias interpretações para a mesma lei. O ponto tem relevância insuspeita, particularmente em face do sistema brasileiro.

Não obstante, cabe sublinhar, desde logo, que se a função do Superior do Tribunal de Justiça é zelar pela integridade do direito infraconstitucional, a sua feição não é muito diferente daquela que a Cassação francesa assumiu com o passar do tempo. Também no sistema brasileiro há preocupação em saber como o Judiciário deve se exprimir diante da inafastabilidade de diversas interpretações, sendo a solução para o problema a imposição da interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre os tribunais ordinários.

De qualquer forma, é imprescindível e importante notar que a Corte de Cassação, hoje tribunal jurisdicional voltado a assegurar a uniformidade da interpretação da lei, tem origem em um órgão não jurisdicional, instituído para evitar que a vontade dos juízes se sobrepusesse à vontade dos habitantes do parlamento. De órgão voltado a

garantir a supremacia da lei para órgão destinado a afirmar e a zelar por uma única interpretação da lei, eis a verdadeira mutação pela qual a Cassação passou.

Porém, é surpreendente que a cultura jurídica do *civil law* não tenha se dado conta de que tal mutação não poderia permitir a manutenção dos dogmas, que deitam raízes na Revolução Francesa, de que a lei constitui a segurança de que o cidadão precisa para viver em liberdade e em igualdade e de que o juiz apenas atua a vontade da lei.

12. A CERTEZA JURÍDICA COMO GARANTIA DA SEGURANÇA

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.

Assim, manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. O próprio Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundada na estrita aplicação da lei quando disse que, se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”⁶⁶ Essa passagem da doutrina de Montesquieu, segundo adverte Giovanni Tarello, evidencia uma ideologia que sugere que a liberdade política, entendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se através da certeza do direito.⁶⁷

A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei. O ponto tem enorme relevância. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais.

Isto significa, portanto, que, nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi este? Ora, exatamente nos precedentes, ou, mais precisamente, no *stare decisis*.

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento

66. Montesquieu, *Do espírito das leis*, cit., p. 158; ver Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 194.

67. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 294.

capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se.

Contudo, a questão pode ser definitivamente desnudada apenas a partir da descoberta do motivo pelo qual a doutrina do *civil law*, mesmo após ter admitido a obviedade de que o juiz interpreta a lei, e, mais do que isto, que os juízes frequentemente divergem e proferem inúmeras decisões diferentes ao aplicarem o texto da lei, continuou aceitando que a lei seria suficiente para garantir a segurança e a previsibilidade.

Trata-se de algo curioso. Embora a praxe tenha constatado que nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta a tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isto não significa negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade das decisões e das interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma ao invés de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada.

Em resumo: não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Porém, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece presa à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facilmente enxergar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encobrindo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outra dimensão, sente-se atordoada diante da desconfiança da população, além de envolta num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado.

13. O INDIVIDUALISMO DO JUIZ DO *CIVIL LAW*

Embora as decisões, no sistema do *civil law*, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isto deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica.

Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar.

Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.

Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isto, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disto, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior, em obstáculo que tem que ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível.

Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o *common law* conhece por *distinguished*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento. Do mesmo modo, o juiz pode deixar de decidir de acordo com decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, quando tem justificativa para tanto e desde que procedendo à devida fundamentação do motivo pelo qual está alterando a sua primitiva decisão.

Como se vê, o juiz não perde a liberdade de julgar por estar submetido ao que já decidiu ou às decisões dos tribunais superiores. Ele pode, com a devida justificativa, alterar a sua anterior decisão, ou, demonstrando a diversidade do caso que lhe foi submetido, não aplicar a decisão do tribunal superior. A proibição só atinge

a possibilidade de decisão, ainda que fundamentada, diversa a do tribunal superior. Mas isto por uma questão puramente lógica, ancorada na própria estrutura do sistema de produção de decisões.

Frise-se que não há poder que não tenha responsabilidade pelas suas decisões. Porém, é pouco plausível que alguém possa justificar a sua responsabilidade quando decide casos iguais de forma desigual. “*Treat like cases alike*” é o princípio que, visto em seu significado originário⁶⁸, sempre esteve na base do *common law*, consistindo uma das principais razões da sua coerência, assim como da confiança e do respeito nos juizes. Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do Poder.

14. O IMPACTO DO CONSTITUCIONALISMO NO *CIVIL LAW*

A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da revolução francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos.⁶⁹ Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça.

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta “substância” e estes “princípios” foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem “rígidas”, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição.⁷⁰

68. Não se está considerando, portanto, outras questões já postas em torno do princípio, como a de que a uniformidade ditada pelo princípio eliminaria a capacidade de os tribunais responderem às necessidades da diversidade e do pluralismo. “To be sure, I am not suggesting that these reasons for forgoing uniformity are necessarily present in each and every case. Far from it. But often one or both of them are, and this should count against the assumption that the value of predictability of judicial decisions ought to prevail. Thus, treating like cases alike is not necessarily desirable or even warranted” (Andrei Marmor, *Should like cases be treated alike? Legal Theory*, 2005, p. 35). O que se pretende, no presente texto, é evidenciar a necessidade de se tratar casos similares da mesma maneira, e não tornar irrevogáveis os entendimentos firmados nos precedentes. Ver, ainda, Theodore M. Benditt, *The rule of precedent*, in *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 92 e ss; Neil MacCormick, *Why cases have rationes and what these are*, in *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 160.

69. Como diz Natalino Irti, “as leis especiais agora estão no centro da experiência jurídica contemporânea. As definições, enunciadas pela doutrina do século XIX e das primeiras décadas do nosso, tornaram-se insuficientes. É necessário revisar as teorias das fontes e redefinir a *relação entre Constituição, Código Civil e leis especiais*” (Natalino Irti, *Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema), La edad de la descodificación*, cit., p. 93). Ver C. D. Classen, *Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt*, *JZ*, 2003, p. 693; G. Hermes, *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?* *NJW*, 1990, p. 1764.

70. Ver Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991; Rolf Stürmer, *Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht*, *NJW*, 1979, p. 2336; Peter Häberle, *Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat*, *Recht und Staat – Festschrift für K. Küchenhoff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.⁷¹

O próprio princípio da legalidade passa a ter outro significado, deixando de ter um conteúdo apenas formal para adquirir conteúdo substancial. O princípio da legalidade passa a se ligar ao conteúdo da lei, ou melhor, à conformação da lei com os direitos fundamentais.

A mutação do princípio da legalidade fez com que Ferrajoli aludisse a uma segunda revolução, contraposta a que foi criada com a aparição do antigo princípio da legalidade, o qual provocou, com a afirmação da onipotência do legislador, uma alteração de paradigma em relação ao direito anterior ao do Estado legislativo. Esta segunda revolução também implicou em quebra de paradigma, substituindo o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial.⁷²

Numa primeira visão alguém poderia negar qualquer ruptura de paradigma, preferindo enxergar mera reafirmação da supremacia da lei, argumentando que a subordinação do Estado à lei teria sido levada à última conseqüência, consistente na subordinação da própria legislação à Constituição, que seria a “lei maior”. Porém, esta leitura constitui um reducionismo injustificável do significado da subordinação da lei à Constituição ou uma incompreensão das tensões que conduziram à transformação da própria noção de direito. Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como mera “continuação” dos princípios do Estado legislativo, pois significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição⁷³.

Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade do controle da constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo.

71. Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático, in *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 34; U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, *DÖV*, 1971, p. 505.

72. Luigi Ferrajoli, Derechos fundamentales. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 53.

73. Gustavo Zagrebelski, *Il diritto mitte*, cit., p. 46.

Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.⁷⁴ O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei, distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais⁷⁵. Ora, isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do

74. Realmente não importa alardear que o juiz cria o direito. O que importa é evidenciar que o juiz do Estado constitucional exerce papel diverso do juiz caracterizado pela tradição do *civil law*. Tomando-se em conta as teorias clássicas da jurisdição – atuação da vontade da lei (Chiovenda) e criação da norma individual (Carnelutti) –, não há dúvida de que o juiz somente pode proferir a sentença com base em norma criada pelo legislador. Embora, em princípio, a ausência de norma geral sequer pudesse ser cogitada em face de tais teorias, é possível indagar o que poderia ser feito pelo juiz destas teorias diante de ausência de lei. Ora, nesta situação não restaria ao juiz outra alternativa senão criar o direito. Atualmente, entretanto, com a transformação do conceito de direito e com a nova dimensão da função jurisdicional, o que realmente interessa saber é como o juiz constrói a norma jurídica do caso concreto quando a norma geral não existe ou não está de acordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais. A construção dessa norma jurídica não significa criação de norma individual – até porque esta, por lógica, deve se fundar na norma geral – para regular o caso concreto ou criação de norma geral. A norma jurídica cristalizada mediante a conformação da lei à Constituição pode ser dita uma norma jurídica criada para o caso concreto, mas está longe de ser uma simples norma individual voltada a concretizar a norma geral ou mesmo de representar a instituição de um direito destituído de base no direito já existente. (Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3ª. ed., cit., p. 104 e ss).
75. Se há normas que violam os princípios de justiça e os direitos fundamentais, existem também omissões, ou ausência de normas, que agridem esses mesmos princípios e direitos. Por isto não há razão para entender possível o controle da constitucionalidade da lei e julgar inviável o controle da constitucionalidade da falta de lei. Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do que evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte. As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador despreze os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as omissões do legislador, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica. Deixe-se claro, aliás, que a única dúvida que pode pairar sobre a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade da omissão no caso concreto diz respeito aos casos em que a norma constitucional atribui ao legislador um dever de legislar. Esses casos, em que o constituinte, de caso pensado, abre uma lacuna não ofensiva do plano de ordenação constitucional, dando ao legislador a tarefa de colmatá-la, são completamente diferentes daqueles em que a ausência de lei não é decorrente da não observância de dever de legislar imposto por norma constitucional, mas ainda assim impede a efetivação de um direito fundamental. Ou seja, a omissão constitucional não se resume apenas à hipótese em que a norma constitucional outorga ao legislador o dever de legislar, mas também aos casos em que o dever de legislar decorre da própria necessidade de proteção de um direito fundamental, ou melhor, aos casos em que a omissão do legislador nega o próprio direito fundamental. De modo que, para esses casos, não se pode sequer cogitar sobre os instrumentos técnico-processuais instituídos para a correção da omissão do dever constitucional de legislar, como o mandado de injunção (art. 102, I, g, CF). Veja-se que um direito fundamental pode depender

civil law, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebeu no *common law*.

Considerando-se o *common law*, torna-se fácil constatar a conclusão de que o juiz, na falta de direito preexistente, realiza atividade criativa. Na verdade, esta é uma questão que o positivismo de Hart põe a toda evidência: “Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e *criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente*”⁷⁶.

No entanto, percebe-se que há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do legislativo. Há apenas cuidado em demonstrar que o princípio da separação dos poderes mantém-se intacto, como se importante fossem apenas os princípios e não a transformação da realidade. Como é óbvio, não se quer dizer que o princípio da separação dos poderes não mais tem significado ou importância. Deseja-se tão somente demonstrar que, quando se tenta acomodar a realidade na fôrma das regras, corre-se o risco de ver surgir algo que mais parece com uma imagem refletida a partir de um espelho de circo. O vexo de acomodar a realidade às regras e aos princípios faz com que a realidade seja distorcida e até mesmo negada. São as regras e os princípios que devem adquirir outra conformação, adaptando-se às novas realidades, e não o contrário.

de uma regra que lhe dê proteção. Nessa hipótese, configurando-se a omissão legislativa, há verdadeira omissão de proteção, devida pelo legislador. Essa omissão pode ser reconhecida judicialmente, quando o juiz deverá determinar a supressão da omissão para dar proteção ao direito fundamental. O problema que pode existir, nessa ocasião, relaciona-se com a “forma” mediante a qual o juiz determinará a proteção. Se o direito fundamental não pode ficar sem proteção, o direito que restou intocado pela omissão legal certamente só deverá suportar a medida que, dando proteção ao direito, o sujeito à menor restrição possível. Por outro lado, a supressão da omissão da regra processual é ainda mais fácil de ser assimilada. Considerando-se a natureza instrumental da regra processual, percebe-se sem dificuldade quando a sua ausência ou insuficiência impede a efetiva tutela do direito material. Como o discurso processual, relativo à aplicação da regra de processo, recai sobre o discurso que evidencia as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto, basta concluir se o legislador processual deixou de editar regra imprescindível à tutela do direito material. Em caso positivo, a técnica a ser utilizada, que obviamente deve ser adequada e idônea à proteção da necessidade de direito material evidenciada na motivação, também deve ser a que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3ª. ed., cit. Parte I, item 5.3.

76. Herbert Hart, *The concept of law*, cit., p. 135.

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*.⁷⁷ Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

15. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI NO BRASIL

Sabe-se que, no sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade pode se dar mediante ação direta, dirigida ao Supremo Tribunal Federal, ou no curso de qualquer ação voltada à solução de um caso conflitivo concreto.⁷⁸ O controle da constitucionalidade também pode ser feito através das técnicas da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração parcial de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto” (art. 28, parágrafo único, Lei 9.868/99), seja mediante ação direta, seja incidentalmente.

Quando o processo, respeitante a caso conflitivo concreto, chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. Porém, a tese de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário atinge unicamente os litigantes tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Recentemente, surgiu no Supremo orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Esta tese sustenta que mesmo decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário.⁷⁹

77. “Notwithstanding the early hopes of revolutionary codifiers, all codified systems have for long fully acknowledged the need for interpretation, for it is necessary to resolve emerging ambiguities, obscurities and indeterminacies in the provisions of the codes. Resolving these in a rational and responsible way, however, proves to be both a matter of elucidating the law through expounding its underlying principles in a way that reveals and preserves or even constitutes it as a rationally coherent body of law and a matter – an increasingly urgent one – of ensuring that legal rules and principles march in reasonable time with evolving or developing societal needs. This interpretational role has been at its most expansive where the written law is most skeletal and, not surprisingly, has become particularly evident (and urgent) in the development of public law, first through administrative tribunals in the nineteenth and earlier twentieth centuries, and then additionally and yet more fundamentally through constitutional tribunals and courts in the post- 1945 period” (Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent, in in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, cit., p. 484).

78. Ver Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2007; Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires e Paulo Gustavo Branco, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008; Luis Roberto Barroso, *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2006; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1995.

79. STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 24.10.2003, p. 65. Em sede doutrinária, ver Gilmar Ferreira Mendes, *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, abr.-jun. 2004, p. 164.

O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos.

Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.

Embora o controle da constitucionalidade, ainda que deferido apenas aos Tribunais Constitucionais, negue o império do legislativo, a autoridade dos juízes no sistema de controle difuso é mais intensa. Nesse sistema o “juiz ordinário” tem poder para controlar a constitucionalidade da lei, enquanto no outro não. Como não poderia deixar de ser, há, por detrás desta diferença, um significado. No sistema de controle concentrado, negando-se poder ao juiz ordinário, ainda está presente a doutrina da supremacia da lei ou da estrita separação dos poderes e, mais visivelmente, a presunção da validade das leis sobre toda a magistratura, com exceção do Tribunal Constitucional.⁸⁰

Quando o controle da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.

Nesta dimensão importa lembrar que o sistema judicial brasileiro está mais perto do americano do que do de controle reservado unicamente ao Tribunal Constitucional. O sistema judicial americano certamente teria tido grande dificuldade para se desenvolver se o seu juiz ordinário estivesse autorizado a divergir da sua Suprema Corte. Na verdade, há absoluta falta de lógica em se dar ao juiz ordinário a possibilidade de negar o significado atribuído à Constituição, quando se sabe que os Supremos Tribunais têm, como principal missão, a definição da interpretação da Constituição. E tal ausência de lógica é ainda mais visível num país de sistema misto de controle da constitucionalidade, como o Brasil, em que se dá ao Supremo Tribunal não só a

80. Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 66 e ss.

função de dar a última palavra sobre a questão constitucional no processo concreto, mas igualmente a função de realizar o controle abstrato da constitucionalidade da lei.

16. A ADOÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E A IMPRESCINDIBILIDADE DO *STARE DECISIS*

O *judicial review*, antes de afirmar, ao menos explicitamente, o poder de o judiciário controlar a atividade do legislativo, fundou-se na supremacia da Constituição sobre as leis, na ideia de que a lei que nega a Constituição é nula, e, mais enfaticamente, na constatação de que o judiciário é o interprete final da Constituição e, assim, por lhe caber pronunciar o sentido da lei, também é dele o poder de dizer se a lei é contrária à Constituição⁸¹.

A partir da premissa de que o juiz, para decidir os casos conflitivos, deve analisar a relação da lei com a Constituição, entendeu-se que o juiz americano poderia realizar, incidentalmente, o controle da constitucionalidade das leis. De modo que o poder de afirmação de constitucionalidade e de inconstitucionalidade da lei, nos Estados Unidos, sempre esteve nas mãos do juiz do caso concreto.

É certo que a doutrina americana demorou para individualizar os precedentes constitucionais – isto é, os precedentes que tratam de questões constitucionais – diante dos precedentes de *common law* e de interpretação legal⁸². É provável que isto tenha ocorrido em virtude de a jurisdição constitucional representar algo absolutamente novo para os juristas das origens do sistema judicial americano. Havia experiência com os precedentes de *common law*, mas não com os precedentes constitucionais. A doutrina precisou de tempo, quase um século, para desenvolver uma teoria capaz de esclarecer as relações entre as diferentes espécies de precedentes⁸³.

81. “The concept of judicial review really rests upon three separate bases: (1) that the Constitution binds all parts of the federal government, (2) that it is enforceable by the Courts in actions before it, and (3) that the judiciary is charged with interpreting the Constitution in a unique manner so that its rulings are binding on all departments of the government *Marbury* seeks to establish the first two of these principles and only implies the existence of the third. The first two principles are, in fact, both historically and logically easier to prove than the third” (John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, *Principles of Constitutional Law*, St. Paul, Thomson West, 2008, p. 8).

82. Ver Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, New York, Oxford University Press, 2008.

83. “It is plausible that the reticence about the propriety of analogizing constitutional adjudication to the *common law* in the late 18th and early 19th century might be attributable to the fact that constitutional adjudication was novel to the Framers. Prior to the drafting and ratification of the Constitution, American had little, if any, meaningful experience with constitutional adjudication. The Framers and Ratifiers had firsthand experience with *common law* precedents, but not with constitutional ones; they had no precedent for handling constitutional precedents. Consequently, American lawyers and jurists may have needed time – almost a century – to develop a coherent doctrine to clarify the relationships among the different kinds of precedents in the legal system” (Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, cit., p. 48-49).

Não obstante, o *stare decisis* também se impôs diante dos precedentes constitucionais⁸⁴. Aliás, não haveria sentido que, em um sistema fundado no direito à igualdade das decisões, na segurança jurídica e na previsibilidade das decisões judiciais⁸⁵, os precedentes constitucionais não fossem respeitados⁸⁶.

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei. Como bem adverte Cappelletti, a introdução no *civil law* do método americano de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional. Ademais – diz o professor italiano –, nada impediria que o juiz que aplicasse determinada lei não a considerasse no dia seguinte ou vice-versa, ou, ainda, que se formassem verdadeiras facções jurisprudenciais nos diferentes graus de jurisdição, simplesmente por uma visão distinta dos órgãos jurisdicionais inferiores, em geral compostos de juízes mais jovens e, assim, mais propensos a ver uma lei como inconstitucional, exatamente como aconteceu na Itália no período entre 1948 e 1956. Demonstra Cappelletti que, desta situação, poderia advir uma grave situação de incerteza jurídica e de conflito entre órgãos do judiciário.⁸⁷

Além destas obviedades – que parecem se tornar dignas de nota apenas quando afirmadas por um jurista do porte de Cappelletti –, não há como esquecer da falta de racionalidade em obrigar alguém a propor uma ação para se livrar dos efeitos de uma lei que em inúmeras vezes já foi afirmada inconstitucional pelo judiciário. Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição.

84. No caso *Cooper v. Aaron*, em 1958, decidiu-se que “a interpretação da décima quarta emenda anunciada por esta Corte no caso *Brown* é *the supreme law of the land* e o art. VI da Constituição faz com que esta decisão tenha efeito vinculante (*binding effect*) sobre os Estados” (“It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States” – *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18, 1958). Aí se fez presente a ideia de decisão obrigatória e vinculante, *binding* para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e para Administração Pública, que passou a ser conhecida como *stare decisis* em sentido vertical.

85. Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, p. 42 e ss.

86. Nos Estados Unidos é inadmissível que um órgão jurisdicional inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito. Como recentemente afirmou o *Justice Kennedy*, ao decidir o caso *Lawrence v. Texas*, “[a] doutrina do *stare decisis* é essencial para o respeito para com os julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito” (The doctrine of *stare decisis* is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law. – *Lawrence v. Texas*, 559 U.S. 558, 577, 2003).

87. Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 62 e ss.

Este momento, porém, não se presta ao destaque das várias razões que apontam para a contradição entre o controle difuso da constitucionalidade e a ausência de precedentes constitucionais de cunho obrigatório. É aqui suficiente sublinhar a autoridade de Cappelletti para demonstrar que o modelo estadunidense não se adapta à *civil law*, ou, mais precisamente, ao sistema que nega a importância de respeito aos precedentes.

Que dizer, então, do sistema brasileiro, em que se misturam os controles concentrado e difuso da constitucionalidade? Nos países que não adotam o *stare decisis*, a saída racional para o controle da constitucionalidade apenas pode estar no controle concentrado, adotando-se o modelo de decisão única com eficácia *erga omnes*. O controle difuso, destituído de decisões com eficácia vinculante, não é adequado.

Porém, preferindo-se apostar no controle difuso – diante da sua superioridade diante do controle concentrado, particularmente em relação ao Brasil –, torna-se inevitável adotar um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória⁸⁸. O sistema de súmulas vinculantes, instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, constituiu sinal claro neste sentido, embora normas como a do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil – instituída pela Lei 9.756/1998 – já apontassem para a necessidade de vinculação dos tribunais inferiores. Esta Emenda Constitucional incluiu no texto constitucional o art. 103-A, que estabelece a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula com caráter obrigatório e vinculante para todo o Poder Judiciário e, ainda, para a Administração Pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Nos termos desta nova norma constitucional, “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Na verdade, o sistema de súmulas, como *única e indispensável* forma para a vinculação dos juízes, é contraditório com o fundamento que, embora não explícito, justifica o respeito obrigatório aos precedentes constitucionais. O que justifica o respeito aos precedentes é a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade.

88. Segundo Cappelletti, o *stare decisis* acaba conferindo à decisão de inconstitucionalidade da lei, ainda que indiretamente, eficácia *erga omnes*. Fala-se, neste sentido, numa verdadeira transformação da decisão que seria simples *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidade com eficácia restrita ao caso concreto em pronunciamento dotado de eficácia *erga omnes* (Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 64). Embora a afirmação de Cappelletti deva ser vista com reservas, pois há diferença entre eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante, é ela digna de nota por significar a necessidade de vincular os juízes às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso.

De modo que, em princípio, uma simples decisão tomada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, não importa a qualidade da maioria obtida, não pode deixar de vincular o próprio Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais e juízes. Não há razão lógica para se exigir decisões reiteradas, a menos que se parta da premissa de que o Supremo Tribunal Federal não se importa com a força de cada uma das suas decisões e supõe não ter responsabilidade perante os casos futuros⁸⁹. Tal premissa, ainda que pudesse ser válida dentro de um sistema puro de *civil law*, é incompatível com um sistema estruturado sob o controle difuso da constitucionalidade, que, necessariamente, deve contar com uma Corte superior capaz de fazer prevalecer as suas decisões, sobre si e os demais juízes, para dar segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados.

Ademais, decisão tomada por maioria do pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda que não de 2/3, seguramente constitui decisão que não pode deixar de se impor ao próprio Supremo Tribunal Federal e aos demais juízes. A circunstância de uma Suprema Corte poder revogar os seus próprios precedentes, como costumeiramente acontece nos Estados Unidos, nada tem a ver com o fato de o precedente ser oriundo de caso que se repetiu ou não ou de a decisão ter sido tomada por maioria simples ou por maioria de 2/3. O que pode justificar a revogação de um precedente, por exemplo, é a mutação da realidade social que a Corte considerou ao decidir⁹⁰.

A compreensão da necessidade de cada uma das decisões do Supremo Tribunal Federal vincular ao próprio tribunal e aos demais juízes advém da premência de se dar sentido à função da mais alta Corte brasileira diante do sistema de controle de constitucionalidade. Não há racionalidade em supor que apenas algumas das suas decisões, tomadas no controle difuso, merecem ser respeitadas pelo próprio tribunal e pelos demais juízes, como se o jurisdicionado não devesse confiar nas decisões do Supremo Tribunal Federal antes de serem sumuladas. Ora, isto seria o mesmo que supor que a segurança jurídica e a previsibilidade dependeriam das súmulas e, por consequência, que o próprio Poder Judiciário, diante do sistema ao qual é submetido, não teria capacidade de responder aos seus deveres e aos direitos fundamentais do cidadão perante a justiça.

89. “An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent, both inside and outside of law, has therefore focused on the use of yesterday’s precedents in today’s decisions. But in equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today’s decision as a precedent for tomorrow’s decisionmakers. Today is not only yesterday’s tomorrow; it is also tomorrow’s yesterday. A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there” (Frederick Schauer, Precedent, *Stanford Law Review*, 1987, p. 572). “As I have remarked elsewhere, the requirement of formal justice has a forward-looking as well as a backward-looking application” (Neil MacCormick, *Why cases have rationes and what these are*, in *Precedent in Law*, cit., p. 161). Ver Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 1987, p. 75 e ss.

90. Ver Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, cit., p. 17 e ss.

Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concentrado e difuso, não havendo qualquer razão para discriminar os efeitos das decisões tomadas no recurso extraordinário em face das decisões tomadas no controle concentrado⁹¹. Nessa perspectiva, escreve o Ministro Gilmar Mendes que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental”⁹².

Em acórdão paradigmático, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu a 1.º Turma do Supremo Tribunal Federal que a decisão plenária, “declaratória da inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, ... elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar as decisões de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”⁹³.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, evidenciando a tendência de enxergar eficácia vinculante nas decisões tomadas em recurso extraordinário, só foi transformado em direito positivo com a Lei 9.756/1998, que inseriu parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil. A respeito, advertiu o Ministro Gilmar Mendes, novamente em sede doutrinária, estar-se diante de uma “evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”⁹⁴.

Há irreversível processo de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação n. 2.986, afirmou-se que “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão

91. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício de jurisdição constitucional, é fenômeno contemporâneo ao enriquecimento do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, com o notório ganho de importância do controle concentrado e abstrato. O efeito vinculante foi consagrado pela EC n.º 3/1993, que introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade. É nítida a inspiração no modelo tedesco. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de também conferir efeito vinculante às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Completou-se o sistema do controle pela via da ação com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Todas estas ações, bem como suas liminares, são dotadas de efeito vinculante. Ver Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998; Gilmar Ferreira Mendes, “O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas”, *Jus Navigandi*, disponível na internet: www.jus.uol.com.br.

92. Gilmar Ferreira Mendes, “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 162, abr/jun. 2004, p. 164.

93. STF, RE n. 191.898/RS, 1a. Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.08.1997, p. 38.781.

94. Gilmar Ferreira Mendes, “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 162, abr/jun. 2004, p. 157.

que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional.⁹⁵ No Recurso Extraordinário n. 376.852/SC, decidiu-se que “esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 33 (49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano⁹⁶.”

Note-se que o Supremo Tribunal Federal afirma textualmente que a atribuição de efeito vinculante à decisão tomada em controle difuso é dominante, há muito, também no direito americano⁹⁷. É preciso sublinhar que o direito estadunidense acolheu esta ideia em virtude de adotar o sistema de controle difuso da constitucionalidade, enquanto o sistema alemão, embora tenha chegado a resultado prático semelhante⁹⁸, assim se posicionou por dar ao juiz ordinário que se depara com lei que reputa inconstitucional o poder-dever de submeter a questão ao Tribunal Constitucional, cuja decisão tem eficácia vinculante.

De modo que a eficácia vinculante própria ao direito alemão não se destina a impedir o juiz de decidir de forma contrária, mas simplesmente libera o juiz de valorar a questão ou de remetê-la ao Tribunal Constitucional. Quer dizer que, no Brasil, onde se adota o sistema difuso de controle da constitucionalidade, é necessário impedir o juiz de decidir de modo contrário ao tribunal, uma vez que a isto, em princípio, o juiz não apenas está autorizado, como tem o poder-dever de fazê-lo.⁹⁹

95. STF, Informativo n.º 379, 7-11/03/2005.

96. STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

97. STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

98. Afirmando-a no § 31,1, da Lei Orgânica do *BVerfG*: “As decisões do Tribunal Federal Constitucional vinculam os órgãos constitucionais federais e estaduais, bem como todos os Tribunais e autoridades administrativas. “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden”.

99. “No sistema concentrado, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. Mas o mesmo evidentemente não ocorre no Brasil, em que o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário

Não obstante, o fato de o juiz ordinário ter o poder-dever de controlar a constitucionalidade, obviamente não significa que ele não deve respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal. Este respeito decorre logicamente da adoção do sistema de controle difuso e da atribuição ao Supremo Tribunal Federal do dever de dar a última e definitiva palavra acerca da constitucionalidade da lei federal. Quando se tem claro que a decisão é um mero produto do sistema judicial, torna-se pouco mais do que absurdo admitir a possibilidade de o juiz ordinário contrariar as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se que a eficácia vinculante, derivada das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, funda-se unicamente na força peculiar destas decisões, oriunda do local privilegiado em que o Supremo está localizado no sistema brasileiro de distribuição de justiça. Portanto, a eficácia vinculante das decisões do Supremo nada tem a ver com comunicação ao Senado, certamente ilógica e desnecessária para tal fim. Ora, no controle difuso a lei declarada inconstitucional continua a existir, ainda que em estado latente. De modo que a comunicação é feita apenas para permitir ao Senado, em concordando com o Supremo Tribunal Federal, suspender a execução do ato normativo. A não concordância do Senado não interfere sobre a eficácia vinculante da decisão do Supremo. Trata-se de situações que estão em planos distintos. Lembre-se que, nos Estados Unidos, existem casos – certamente excepcionais – em que a Suprema Corte ressuscita a lei que estava apenas “*on the books*”, ou que, mais precisamente, era vista como “*dead law*”, exatamente por já ter sido declarada inconstitucional.

De qualquer forma, há de se responder a pergunta – que não poderia deixar de ser feita – a respeito da compatibilidade entre a súmula vinculante e a decisão com eficácia vinculante. Ou melhor, é preciso esclarecer a razão para se ter um procedimento específico para a criação da súmula vinculante diante da eficácia, de igual teor, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

O procedimento para criação da súmula esconde não apenas uma questão não percebida pela doutrina brasileira, mas, antes de tudo, uma temática nunca estudada pela doutrina de *civil law*. Com efeito, a doutrina do *civil law* sempre se preocupou com a interpretação da lei, porém nunca dedicou atenção à compreensão e à interpretação dos precedentes.

Ora, ao se pensar em decisão com eficácia vinculante, surge naturalmente a curiosidade de se saber o quê, diante do precedente, realmente vincula, assim como

o próprio poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade. A tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível com o sistema difuso de controle da constitucionalidade. (...) Note-se que isto equivaleria à nulificação do juízo de constitucionalidade e não apenas à nulificação da lei declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria Constituição” (Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, São Paulo, Ed. RT, 2008, p. 21, 22 e 32).

quem tem autoridade para identificar a porção do precedente hábil a produzir o efeito vinculante. Isto se torna fundamental quando o precedente não é claro ou há dificuldade em identificar a tese que efetivamente foi proclamada pelo tribunal para a solução da questão constitucional.

Veja-se um exemplo. Ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, no dia 08 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei n. 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS (Programa de Integração Social) e Cofins (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social)¹⁰⁰. As razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98 são cristalinas, facilmente identificáveis no voto do Ministro Marco Aurélio, relator dos recursos extraordinários: i) o legislador criou uma fonte de custeio da seguridade à margem do disposto no artigo 195 da Constituição Federal ii) a Emenda Constitucional n. 20 não poderia repristinar (fenômeno de constitucionalidade posterior) a norma infraconstitucional, porque a constitucionalidade da norma infraconstitucional mede-se a partir do texto constitucional vigente à época¹⁰¹. São estas as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir, não

100. STF, RE 390.840/MG, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 08.11.2005, maioria; disponível, na íntegra, no site www.stf.gov.br.

101. O voto do Ministro Marco Aurélio, relator dos recursos extraordinários, tem o seguinte teor: “No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços: ‘Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica’. Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos ‘faturamento’ e ‘receita bruta’. Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria: ‘§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas’. O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil. Em síntese, o legislador ordinário (logicamente não no sentido vulgar, mas técnico-legislativo) acabou por criar uma fonte de custeio da seguridade à margem do disposto no artigo 195, com a redação vigente à época, e sem ter presente a regra do § 4º nele contido, isto é, a necessidade de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social pautar-se pela regra do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, que é explícito quanto à exigência de lei complementar. Antecipou-se à própria Emenda Constitucional nº 20, no que, dando nova redação ao artigo 195 da Constituição Federal, versou a incidência da contribuição sobre a receita ou o faturamento. A disjuntiva ‘ou’ bem revela que não se tem a confusão entre o gênero ‘receita’ e a espécie ‘faturamento’. Repita-se, antes da Emenda Constitucional nº 20/98, posterior à Lei ora em exame, a Lei nº 9.718/98, tinha-se apenas a previsão de incidência da contribuição sobre a folha de salários, o faturamento e os lucros. Com a citada emenda, passou-se não só a se ter a abrangência quanto à primeira base de incidência, folha de salários, apanhando-se de forma linear os rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título, mesmo sem vínculo empregatício, observando-se o precedente desta Corte, como também a inserção, considerado o que surgiu como alínea “b” do inciso I do artigo 195, da base de incidência, que é a receita. Como, então, dizer-se, a esta altura,

havendo qualquer dificuldade em identificá-las. Tais razões, que constituem a *ratio decidendi*, os motivos determinantes ou o núcleo essencial da decisão, irradiam-se para além das controvérsias individuais e vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Não obstante, a *ratio decidendi* nem sempre é imediata e facilmente extraível de um precedente, e, em outras situações, pode exigir a consideração de várias decisões para poder ser precisada. Nestas hipóteses é imprescindível uma decisão que, sobrepondo-se às decisões já tomadas a respeito do caso, individualize a *ratio decidendi*, até então obscura e indecifrável.

Foi para estas situações que o Constituinte derivado estabeleceu, no art. 103-A da Constituição Federal, o procedimento para a criação de súmula com efeito vinculante. Quando a *ratio decidendi* ressaí de forma cristalina da decisão, a súmula é absolutamente desnecessária. Mas, quando existem decisões de natureza complexa e obscura, deve-se editar súmula para restar precisada a *ratio decidendi*¹⁰².

17. O JUIZ DIANTE DOS CONCEITOS INDETERMINADOS E DAS REGRAS ABERTAS

Considerando-se o juiz da tradição do *civil law*, isto é, o juiz desejado pela revolução francesa, torna-se inevitável afastá-lo do juiz que decide com base em conceitos indeterminados e em regras abertas. Não há dúvida que o juiz que deve decidir pronunciando as palavras da lei – como queria Montesquieu – não pode

que houve simples explicitação do que já previsto na Carta? É admitir-se a vinda à balha de emenda constitucional sem conteúdo normativo. É admitir-se que o legislador ordinário possa, até mesmo, modificar enfoque pacificado mediante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que haja atuado, à luz das balizas constitucionais, como guardião da Lei Fundamental. Descabe, também, partir para o que seria a repriminção, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal. Admita-se a inconstitucionalidade progressiva. No entanto, a constitucionalidade posterior contraria a ordem natural das coisas. A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmutá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se irrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia. Está consagrado que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo. A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa” (STF, RE 390.840/MG, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 08.11.2005, maioria; disponível, na íntegra, no site www.stf.gov.br).

102. Sobre o conceito de *ratio decidendi*, ver Geoffrey Marshall, What is binding in a precedent, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, London, Dartmouth, 1997, p. 503 e ss; Julius Stone, *Precedent and law*, Sydney, Butterworths, 1985, p. 123 e ss.

se confundir com aquele que pode dar significado a conceito indeterminado ou concretizar regra aberta, adotando a solução que lhe parecer oportuna e adequada ao caso concreto.

Como advertem Merrymann e Perez-Perdomo, não se exige muita imaginação para perceber que, cláusulas como a da boa-fé, dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-lhe quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa¹⁰³.

É interessante verificar, nesta dimensão, o que se passa no processo civil contemporâneo. Na época do Estado liberal clássico, vigorava no processo civil o princípio da tipicidade das formas processuais. Tratava-se, nas palavras de Giuseppe Chiovenda, de uma garantia de liberdade das partes contra a possibilidade de arbítrio do juiz.¹⁰⁴ Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Deste modo, garantia-se ao litigante que o juiz não ultrapassaria os limites das formas processuais, inclusive dos meios executivos tipificados na lei. De maneira que havia nítida relação entre a lei, a liberdade e a contenção do poder judicial.

Porém, o passar do tempo mostrou a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Esta necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em “abuso de direito de defesa” (art. 273, II, CPC) –, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar normas processuais abertas, como o do art. 461 do Código de Processo Civil, que permite a construção do modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada.

103. “It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad (‘good faith’, which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that statute means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory” (John Henry Merrymann e Rogelio Perez-Perdomo, *The civil law tradition*, cit., p. 53).

104. As formas do processo sempre foram vistas como “*garantia das liberdades*”. Tal relação foi posta às claras por Vittorio Denti ao advertir que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela ideia de criar um modelo único de procedimento. Nessa ocasião, Denti lembrou que Chiovenda, em uma de suas mais famosas conferências, não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara “a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais” (Cf. Vittorio Denti, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 808, 1993; ver Giuseppe Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901).

Estas regras se fundam na compreensão da ideia de que a lei não pode vincular as técnicas processuais às necessidades de direito material nem desenhar tantos procedimentos quantas forem as situações substanciais carentes de tutela. Além disto, o legislador não pode antever todas as necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas se transformam diariamente, como assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disto, chegou-se naturalmente à necessidade de normas destinadas a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, a partir de conceito jurídico indeterminado, quando a técnica processual, já definida na lei, pode ser utilizada, assim como o poder de individualizar, a partir das circunstâncias do caso, o instrumento processual adequado à tutela do direito material.

Nestes casos, a concretização da norma deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito material.

É interessante notar que, nestas hipóteses, o próprio legislador reconhece a sua impotência para regular todas as situações concretas e, além disto, o seu dever de permitir a realização de um direito fundamental, no caso o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei.

Aliás, os próprios doutrinadores do *common law* reconhecem, quando olham para o *civil law*, que nas decisões acerca de matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação de cláusulas gerais, em que é freqüente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos, não há sequer como admitir a distinção, por alguns realizada, entre precedentes interpretativos e precedentes de solução (que criam o direito). Alega-se que, nestes casos, a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita, que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial do direito.¹⁰⁵ Ou seja, tal decisão judicial poderia ser vista como criação do direito ou como interpretação judicial do direito.

105. Ver Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, cit., p. 485.

Por isto mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.

18. JUDGE MAKE LAW E DECISÃO JUDICIAL, NA AUSÊNCIA DE LEI, NA CIVIL LAW

No *common law*, afirma-se que o juiz, na falta de lei, cria o direito. Porém, o fim deste item não é analisar se o juiz, na ausência de regra capaz de regular o caso, cria ou não o direito. Deseja-se apenas demonstrar que a ideia de que o juiz cria o direito, peculiar ao *common law*, não serve para separar os sistemas contemporâneos de *common law* e de *civil law*, nem muito menos para justificar a inexistência de um sistema de precedentes no direito brasileiro.

Na verdade, sequer há unanimidade, no *common law*, acerca da natureza da jurisdição, se criadora de direitos ou não. Ressalte-se que a questão de se os juízes criam direito foi um dos focos principais do célebre debate travado entre Herbert Hart – que sustenta o papel criativo da jurisdição – e Ronald Dworkin – que o nega.¹⁰⁶ Enquanto Hart afirma, sem titubear, que o juiz cria o direito na falta de regra a permitir solução ao caso¹⁰⁷, Dworkin, ao tratar dos “*hard cases*” no importante “*Taking Rights Seriously*”, argumenta que, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”, e “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de *descobrir* quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.¹⁰⁸

No importante livro “*Interpreting Precedents*”, em que se faz amplo debate comparatístico sobre os precedentes no *common law* e no *civil law*, encontra-se capítulo intitulado “*Rationales for Precedent*”, protagonizado por Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel. Estes juristas, ao se depararem com a influência das decisões da Corte Européia de Justiça em face das Cortes dos Estados membros, inclusive sobre os seus Tribunais Constitucionais, observam que, nas decisões relativas a questões constitucionais e cláusulas gerais, a prestação judicial opera construindo princípios e dando-lhes efeitos concretos, quando se torna artificial, ou até mesmo fictício, tentar desenhar uma linha demarcatória entre os precedentes interpretativos e os de criação do direito.¹⁰⁹

106. Ver, a esse respeito, Herbert Hart, *The concept of law*, (esp. *Formalismo e cepticismo acerca das regras e Pós-escrito*), e Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 (esp. *The model of rules e Hard cases*).

107. Herbert Hart, *The concept of law*, cit., p. 135.

108. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, cit., p. 12 e ss.

109. Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, *Rationales for precedent*, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, cit., p. 485.

O *insight* do grupo de juristas, aliado à disputa teórica entre Hart e Dworkin, demonstra que a evolução do *civil law*, certamente em virtude do impacto do ne-constitucionalismo, aproximou sensivelmente o que antes poderia ser visto como criação judicial do direito e interpretação judicial.

No direito nacional contemporâneo, no caso em que o juiz interpreta a lei de acordo com a Constituição ou se vale das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, certamente não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, nos termos propostos por Chiovenda¹¹⁰. Também não é cabível dizer que há “criação da norma individual do caso concreto”, na linha carneluttiana¹¹¹, ao menos quando esse argumento é pensado com base na lógica de que a norma individual (a sentença) deve se fundar em uma norma geral (na norma infraconstitucional).

A impropriedade das teorias chiovendiana e carneluttiana da jurisdição se torna ainda mais marcante diante da declaração da inconstitucionalidade da lei, do controle da inconstitucionalidade da sua omissão e da tutela de um direito fundamental mediante o afastamento de outro no caso concreto, quando a sentença não afirma *positivamente* lei ou norma geral alguma.¹¹²

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção

110. A jurisdição, na concepção de Chiovenda, é uma função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”. Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”. Esta passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei, e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação (Giuseppe Chiovenda, Lodovico Mortara, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1937, p. 101; Giuseppe Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, *Saggi di diritto processuale civile*, p. 3 e ss.)

111. Para Carnelutti a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adepta da teoria unitária e a segunda, da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que essas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista). Contudo, ao individualizar a norma superior, o juiz a declara. Quando torna a norma concreta, ou compõe a lide no sentido da doutrina de Carnelutti, faz apenas um processo de adequação da norma – já existente – ao caso concreto (Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 18 e ss).

112. Segundo Sérgio Moro, quando é declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o grau de interferência da jurisdição sobre o legislativo é maior do que quando se faz o controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto (*Jurisdição constitucional como democracia*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 244).

da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.

Lembre-se que alguns juristas de civil law, como Eugenio Bulygin – sucessor de Carlos Santiago Nino na cátedra de Filosofia do Direito da Universidade de Buenos Aires –, sustentam a tese de que os juízes, em determinadas situações excepcionais, criam o direito.¹¹³

Bulygin contesta a doutrina de Kelsen, no sentido de que o juiz, ao criar a norma individual do caso concreto, cria o direito. Segundo Bulygin, ainda que se aceite a idéia de que o juiz dita a norma individual nos termos kelsenianos¹¹⁴, não se pode admitir que o juiz cria o direito, pois tal norma individual se funda em uma norma geral criada pelo legislador. De acordo com seu raciocínio, a conclusão de Kelsen somente estaria certa se o juiz criasse a própria norma geral.¹¹⁵

Perceba-se, em abono à análise de Bulygin, que Kelsen, quando trata da anulação judicial da lei em sede de controle abstrato de constitucionalidade, afirma que o tribunal constitucional aí atua como “legislador negativo”. Na terminologia kelseniana, essa expressão sustenta, de forma um tanto ambígua, que o controle judicial de constitucionalidade não atenta contra a separação de poderes. Após reconhecer que “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo, e, portanto, ela própria uma função legislativa”, Kelsen volta-se à distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis, para dizer que um tribunal constitucional realiza uma atividade efetivamente jurisdicional: “A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e, mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional,

113. Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho? XII Seminário Eduardo Garcia Maynes sobre teoria e filosofia de direito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, p. 8.

114. Para Kelsen todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução da sentença, pois a primeira seria pura criação e a segunda pura aplicação do direito. Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual. A teoria de Kelsen afirma a idéia de que toda norma tem como base uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento. De modo que a norma individual, fixada na sentença, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes. (Hans Kelsen, *Teoria geral do estado*, Coimbra, Arménio Amado, 1945, p. 105-109; Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1994, p. 388; Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle*, *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204).

115. Hans Kelsen, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 151-153.

é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que a sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”. Lembre-se que, de acordo com Kelsen, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste em que esta cria normas gerais enquanto aquela cria unicamente normas individuais.

Frise-se que Bulygin afirma que Kelsen não aceitou a idéia de que o juiz *cria* a norma geral quando valora a norma legislativa ou a sua ausência como muito inadequada ou injusta, mas que, neste caso, Kelsen entendeu que o juiz *aplica* a norma geral que lhe parece justa e adequada.¹¹⁶ Embora Kelsen entenda que a norma individual (a sentença) somente pode ser justificada por uma norma geral, ele não chega a admitir, de forma clara e explícita, que o juiz pode criá-la quando a norma geral é injusta, tanto é que fala, nesta situação, em “*aplicação de norma geral não positiva*”.

Bulygin afirma que isso é uma inconseqüência de Kelsen, pois, se a positividade do direito resulta do fato de que as normas são criadas por atos humanos – *como reconhece o próprio Kelsen* –, não há razão para se falar em “*aplicação de norma geral não-positiva*”.¹¹⁷

No raciocínio de Kelsen, esta norma geral *seria aplicada, ao invés de criada*, em razão de que o juiz não pode criar a norma geral, e seria *não-positiva* por não ter sido criada pelo legislador. Mas, se a positividade decorre de a norma ter sido criada por ato humano, nada poderia impedir a conclusão de que o juiz, em tal caso, na realidade cria a norma geral, e que essa, por conseqüência, é dotada de positividade.

Embora a ausência de norma geral sequer pudesse ser cogitada pelas teorias clássicas da jurisdição de *civil law*, não há motivo para não se indagar o que poderia ser feito pelo juiz de tais teorias se admitida fosse a ausência de lei. Nessa situação não lhe restaria outra alternativa senão criar a norma geral.

Entretanto, após a transformação do conceito de direito e da nova dimensão da função jurisdicional impostas pelo neoconstitucionalismo, o que realmente interessa saber é como o juiz constrói uma *norma jurídica* para o caso concreto quando a *norma geral* não existe ou não está em desacordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais.

A construção dessa *norma jurídica* não significa criação de *norma individual* para regular o caso concreto ou criação de *norma geral*. A *norma jurídica* cristalizada mediante a conformação da lei e da legislação ou do balanceamento dos direitos fundamentais pode ser dita uma *norma jurídica* criada diante das peculiaridades do caso

116. Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?* cit., p. 12.

117. Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?* cit., p. 12. V. Carlos Nino, *El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen. La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 7-27.

concreto, mas está longe de ser uma *simples norma individual voltada a concretizar a norma geral* ou mesmo de representar a *criação de um direito*.

Note-se que, nos casos de interpretação de acordo, de interpretação conforme e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a norma geral é visivelmente conformada – *em menor (no primeiro caso) ou maior medida (nos demais casos)* – pelas normas constitucionais. Nestas três hipóteses o juiz constrói a norma jurídica considerando a relação entre o caso concreto, o texto da lei e as normas constitucionais.

Nas situações de declaração de inconstitucionalidade, de controle de inconstitucionalidade por omissão e de tutela de um direito fundamental diante do outro no caso concreto, embora a situação seja mais delicada, também não há razão para falar em criação do direito pelo juiz. Estes três casos, se não permitem a conformação da norma geral à Constituição, conferem ao juiz a possibilidade de fazer valer a Constituição mediante a eliminação da norma inconstitucional, do preenchimento do vazio normativo que impede a tutela do direito fundamental e da proteção de um direito fundamental que se choca com outro no caso concreto. Em nenhuma destas situações o juiz cria o direito. A jurisdição apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento.

O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, *diante da transformação do próprio conceito de direito*, apenas o *aplica*. Ou seja, no Estado constitucional não há qualquer motivo para a doutrina enxergar, nestes casos, exceções à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou a atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Porém, quando a norma jurídica fixada pela jurisdição configura precedente obrigatoriamente aplicável a outros casos, há visível aproximação com a norma criada pelo legislador. É certo que a norma criada pelo juiz exige fundamentação, o que obviamente é desnecessário em se tratando de norma legislativa. Seria possível dizer, ainda, que o precedente, e não a lei, pode ser revogado pelo Judiciário. Entretanto, a circunstância de a norma judicial ter que ser fundamentada decorre da necessidade de ter que se dar legitimidade à decisão, dado o déficit de legitimidade originária que caracteriza o poder jurisdicional. Assim, a fundamentação não diferencia a norma judicial da legislativa no que diz respeito às suas essências, mas no que pertine a aspectos que lhes são externos, necessários à sua legitimação. De outro lado, se o precedente pode ser revogado pelo Judiciário, a lei pode ser revogada pelo Legislativo.

Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá a previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral, que, além disto, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa.

Não obstante, se nesta perspectiva é possível assemelhar a decisão da norma legislativa, isto não decorre do fato daquela ter caráter obrigatório, porém de a decisão judicial não dever respeito estrito à norma geral, mas resultar da conformação do ordenamento infraconstitucional à Constituição.

É claro que os limites à decisão judicial estão nos próprios direitos fundamentais, o que também significa que somente é possível enxergar ausência de lei ao se constatar que o legislador deixou de editar norma necessária à tutela de direito fundamental. Em outros termos, para que o juiz possa atuar ao argumento de falta de lei, o legislador deve ter violado direito fundamental na sua função de mandamento de tutela. Porém, tal violação não transfere ao juiz o grau de liberdade que até então estava nas mãos do legislador, já que ao juiz cabe não exatamente a tutela normativa do direito fundamental, mas o controle da suficiência desta tutela e, assim, uma tutela que satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência¹¹⁸.

De modo que o juiz não detém o mesmo poder do legislador, e, assim, a decisão judicial obrigatória, ainda que sob a luz da necessidade de afirmação dos direitos fundamentais, não substitui a lei. O que se pode dizer, sem qualquer hesitação, é que o juiz não mais é limitado a afirmar a lei, pois deve resposta à Constituição, e, nesta

118. De acordo com Claus-Wilhelm Canaris, “a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela carece, em princípio, para a sua realização, da transposição pelo direito infraconstitucional”. Por isto, afirma que “ao legislador ordinário fica aqui aberta, em princípio, uma ampla margem de manobra entre as proibições da insuficiência e do excesso”. Contudo, tal margem não é a mesma que está liberada à intervenção judicial. Sobre isto é necessário apreender com Canaris que “a proibição da insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo direito ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido. No controle de insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência” (Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 138-139). Ao juiz cumpre apenas o controle de insuficiência, não pode ele ir além disso. Por exemplo, a Constituição de 1988 garante aos empregados urbanos e rurais remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 7.º, XVI). Isso significa que, caso não haja nenhuma lei trabalhista infraconstitucional que regule a remuneração das horas extras de trabalho, ou haja uma lei que estabeleça valores remuneratórios inferiores a cinquenta por cento, cabe ao Poder Judiciário reconhecer a insuficiência da proteção legal do trabalhador e assegurar o mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido – remuneração da hora extra com cinquenta por cento a mais do que a hora normal. Nada mais, nada menos. Não pode o Judiciário, por exemplo, determinar, na ausência de norma infraconstitucional, que o pagamento deva ser setenta por cento superior. Não cabe aos juízes dar aquela proteção que eles considerem ser a melhor para o trabalho extraordinário, mas apenas garantir o mínimo de proteção determinado pela Constituição. A situação é diferente, porém, no que toca ao legislador. Este pode ampliar a proteção constitucional, desde que não atinja o extremo da intervenção excessiva.

perspectiva, a sua decisão se insere em um quadro bem mais amplo, dimensionado pelos direitos fundamentais.

Contudo, esta amplitude de poder, ao ser comparada a da tradição do *civil law*, faz ver um novo poder judicial, que se assemelha ao poder do juiz do *common law*. Note-se que o juiz do *common law*, por estar autorizado a decidir a partir do direito costumeiro ou mesmo da Constituição, exerce um poder bastante assemelhado ao do juiz do *civil law* que atua dando tutela aos direitos fundamentais.

O juiz estadunidense subordinado à força dos direitos fundamentais detém maior legitimidade do que aquele que era concebido como *judge make law* apenas por estar afirmando algo que não havia sido dito pelo Parlamento. Aliás, vigorosa doutrina estadunidense, liderada por Dworkin, sustenta que a dignidade da decisão judicial nada tem a ver com o fato de o juiz criar, ou não, o direito, mas sim com a circunstância de o juiz poder decidir a partir de princípios e fundamentos que estão por detrás das próprias decisões judiciais¹¹⁹. Neste sentido, tal doutrina revive, é certo que em nova perspectiva, a teoria declaratória – que se opõe à teoria constitutiva, em que o juiz cria o direito –, sustentando que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, a decisão “descobre” o direito.

Na realidade, as decisões que afirmam princípios ou direitos fundamentais podem ser vistas como construtivistas ou interpretativistas, dependendo do lugar de onde se parte ao analisá-las. Ora, ao se partir da premissa de que não se pode tomar em conta os princípios para afirmar um direito não expresso, a decisão que assim o fizer logicamente será vista como criadora do direito, mas, ao se admitir que o juiz deve considerar princípios e concretizar direitos, a decisão será compreendida como interpretativa.

19. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A UNIFORMIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FEDERAL

No Brasil, a principal função do Superior Tribunal de Justiça é definir a interpretação do direito federal, evitando que cada estado da federação trate da lei federal a seu gosto.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha missão bastante nítida, a sua prática é incapaz de permitir a realização da função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal.

119. O cosmos normativo da concepção constitucionalista do direito é mais abrangente do que aquele tradicionalmente concebido pelo positivismo, como bem anota Dworkin, ao descrever aquilo que chama de direito como integridade: “O direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa” (Ronald Dworkin, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 273-274).

Isto ocorre não apenas porque os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não têm força vinculante sobre os Tribunais Federais e Estaduais. Na verdade, os precedentes deste tribunal superior sequer têm força persuasiva sobre os tribunais que lhe são inferiores.

Um precedente apenas tem efeito persuasivo quando gera constrangimento ou algum tipo de dever ao órgão jurisdicional. Não obstante, a prática demonstra que os tribunais federais e estaduais não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los. Muitas decisões do juiz de 1º grau de jurisdição e do tribunal deixam de tomar em consideração os próprios precedentes invocados pelos advogados, o que, além de significar ausência de respeito ao tribunal a quem a Constituição atribuiu o dever de definir a interpretação da lei federal, representa, no mínimo, violação do dever constitucional de fundamentação. A circunstância de os juízes e tribunais não demonstrarem as razões para a não aplicação dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça elimina a possibilidade de se ver neles qualquer efeito.

O art. 105, III, da Constituição Federal, é claro no sentido de que compete ao Superior Tribunal de Justiça rever as decisões que contrariarem tratado ou lei federal ou negarem-lhes vigência, julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal e, ainda, derem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. A suposição de que os juízes e tribunais podem decidir sem considerar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com tal norma constitucional. Se ao Superior Tribunal de Justiça cabe uniformizar a interpretação da lei federal e, se for o caso, cassar a interpretação destoante, as suas decisões devem, no mínimo, ser consideradas pelos tribunais regionais e estaduais. Isto quer dizer que, hoje, as decisões dos tribunais regionais e estaduais que não consideram os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, carecem de fundamentação.

Raciocínio contrário faria surgir um sistema que, ao admitir – sem qualquer justificativa. – decisões diferentes para depois impor a sua cassação, não apenas volta-se contra si mesmo – impedindo a eliminação dos conflitos de modo rápido e sem muito custo –, como também viola o direito fundamental à duração razoável do processo.

Na verdade, poder-se-ia ir além, uma vez que é tranquilamente possível, em termos lógicos e jurídicos, sustentar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ter efeito vinculante sobre os juízes e tribunais inferiores. Neste momento, isto não é possível em termos concretos e práticos em razão de a importância das decisões não ser assimilada pela cultura jurídica brasileira. Ora, se inexistente cultura de respeito aos precedentes, ou melhor, se as próprias Turmas do Superior Tribunal de Justiça não se vinculam às suas decisões, elimina-se, de forma natural, a autoridade ou a força obrigatória dos seus precedentes em relação aos tribunais inferiores.

Não obstante, o instituto do recurso especial repetitivo – que, embora recém introduzido no Código de Processo Civil (art. 543-C), já faz parte da prática do Superior Tribunal de Justiça – é prova bastante de que se começa a trilhar caminho rumo ao precedente com força obrigatória¹²⁰.

20. A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW* E A IMPRESCINDIBILIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Este capítulo objetivou demonstrar, por meio de um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* – especialmente a brasileira – e do *common law*, e, tão-somente a partir daí, a imprescindibilidade do respeito aos precedentes no sistema brasileiro. Não houve intenção em aprofundar os fundamentos – que são vários – para justificar o respeito às decisões judiciais. Nem, muito menos, interesse em tratar de aspectos técnicos relativos à metodologia do emprego dos precedentes.

Ainda que os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* tem sustentação especialmente na igualdade, na segurança e na previsibilidade. O *stare decisis* não se confunde com o *common law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento para dar segurança às relações jurídicas.

É equivocado imaginar que o *stare decisis* existe porque o juiz do *common law* cria o direito. Como se verifica na doutrina de MacCormick, especialmente em “Retórica e o Estado de Direito”, em tempos recentes, mesmo nos países do *common law*, “direito jurisprudencial puro é relativamente raro; “muito do direito jurisprudencial agora toma a forma de interpretações explicativas (*glosses*) da lei”¹²¹.

Os precedentes que interpretam leis ou os precedentes da Suprema Corte americana evidenciam, por si, a razão de ser do *stare decisis*. Lembre-se que, considerando o valor segurança, a doutrina americana demonstra grande preocupação com o overruling e com a validade do *stare decisis* diante do controle difuso da constitucionalidade.¹²²

120. Notícia publicada no site do STJ (www.stj.gov.br), em 13 de abril de 2009: “Quando um recurso especial foi identificado como repetitivo pelo relator ministro Aldir Passarinho Junior, todos os demais processos idênticos foram suspensos não só no STJ, como nos Tribunais de Justiça (TJ) e nos Tribunais Regionais Federais (TRF). A providência está prevista na lei. No dia 10 de setembro, cerca de um mês após o início da vigência da lei, a Segunda Seção definiu: a empresa telefônica pode cobrar pelo fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários. Esses documentos são necessários para futuro ingresso de ação judicial. Também ficou estabelecido que o interessado deve requerer formalmente os documentos à empresa por via administrativa. A decisão da Segunda Seção atinge 212 recursos que tiveram a tramitação suspensa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul até o julgamento do STJ. É desse estado a maior parte dos recursos que chega ao Superior Tribunal sobre o tema”.

121. Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, p. 192.

122. Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, cit.

Aliás, voltando-se ao argumento de que o *stare decisis* só existe em decorrência da inação do legislativo, basta constatar que não há déficit de legislação nos Estados Unidos, sendo descabida a suposição de que o precedente tem força obrigatória por falta de atuação do legislador.

De outra parte, a tradição do *civil law*, ancorada nas razões da revolução francesa, foi completamente descaracterizada com o passar do tempo. O juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, passou a paulatinamente interpretá-la, logo caindo em desuso as comissões legislativas, instituídas para resolver as dúvidas de interpretação, e, logo após, a primeira feição da Cassação, delineada como órgão de natureza não jurisdicional para cassar as interpretações judiciais incorretas.

A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um objetivo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse. Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da revolução francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura.

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos juízes de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes.

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que a tradição do *civil law* insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto que, no *civil law*, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões.

Quando se “descobriu” que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente

para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou.

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar a segurança jurídica no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei.

CAPÍTULO XXVII

**ESTUDO SISTEMÁTICO DO OBJETO E DAS FONTES
DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

*Mantovanni Colares Cavalcante**

Sumário • 1. O Direito como ciência da compreensão – 2. Objeto do Direito Processual Civil – 3. Fontes do Direito Processual Civil: 3.1. A Constituição Federal; 3.2. O Código de Processo Civil; 3.3. As leis processuais; 3.4. A analogia; 3.5. Os costumes; 3.6. Os princípios gerais de Direito; 3.7. A jurisprudência; 3.8. A doutrina – Bibliografia.

1. O DIREITO COMO CIÊNCIA DA COMPREENSÃO

A hermenêutica assume extraordinária dimensão a cada dia, notadamente em relação ao universo jurídico, por ser inegável a percepção de que o Direito é uma *ciência da compreensão*, como afirma Ovídio Baptista da Silva, ao lembrar que “sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da *compreensão*, não uma ciência *explicativa*; que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente *discricionário*”¹.

No âmbito do Direito Processual Civil – como de resto em todas as disciplinas jurídicas didaticamente fixadas –, parece não mais ser suficiente a *argumentação* como elemento a conduzir os profissionais que lidam com essa indispensável ferramenta que concretiza a jurisdição.

Essa advertência, aliás, é facilmente percebida no estudo da Filosofia do Direito, bastando citar como exemplo o raciocínio de Nelson Saldanha, ao advertir que a *argumentação*, transformando as palavras no aspecto principal do Direito, faz com que os recursos de convencimento diminuam a verdadeira essência do sistema jurídico, de modo a se fugir do aspecto primordial do Direito, *cujá vigência consiste em ser aplicável*, daí porque “a retórica, como aspecto ou como forma de utilização da

* Mestre em Direito Público. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Ceará. Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Juiz de Direito.

1. *Processo e ideologia*, p. 28.

linguagem, desempenha obviamente – como esta – um papel relevante nas ênfases verbais e nos processos de persuasão. Mas a compreensão e a interpretação vão além do persuadir e do enfatizar: a relação entre a formação das decisões jurídicas e o direito vigente não pode confundir-se com o material retórico nem com as formas de argumentar – por relevantes e representativas que estas sejam”².

É nesse propósito de *bem compreender* o Direito Processual Civil, que se mostra fundamental analisar os diversos aspectos das *fontes* desse ramo da ciência jurídica, a fim de que tais ferramentas sejam corretamente utilizadas.

Parece-me, contudo, que o estudo das fontes do Direito Processual Civil exige a correta delimitação do objeto dessa ciência, de sorte que este estudo se propõe a enfrentar de modo sistemático esses dois relevantes institutos jurídicos, quais sejam, o *objeto* e as *fontes* do Direito Processual Civil.

2. OBJETO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A ciência do Direito está fincada essencialmente em conceitos e classificações. Além da experiência humana, as teorias sempre se mostraram indispensáveis para a construção dos alicerces que servem de base para todos os ramos do Direito.

O Direito Processual Civil segue essa tendência. De início, falar em processo judicial significava mera referência à idéia de que a todo direito haveria de corresponder um mecanismo para assegurá-lo. Reduzia-se o conceito de processo judicial a um simples procedimento visando reconhecer o titular do alegado direito.

O direito seria a substância, enquanto que o processo representaria mera ferramenta. Daí porque este seria o direito adjetivo, ao passo que aquele se identificaria como o direito substantivo. Ressalte-se que, de acordo com o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, atribui-se a Bentham a expressão *direito adjetivo* para conceituar o Direito Processual, enquanto que a expressão *direito substantivo* serviria “para designar os ramos que tratam das relações jurídicas entre os indivíduos”³.

A propósito, Liebman faz a distinção entre a *norma primária*, que representa o chamado direito material ou substancial (Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo etc), enquanto que o Direito Processual significa a *norma secundária* ou *instrumental*, daí porque afirma tal autor que o processo judicial é a atividade com que se realiza em concreto a atividade jurisdicional⁴.

Atualmente, sabe-se que o Processo Civil é um ramo autônomo do Direito, devendo ser afastada essa visão primária de que se cuida de mera regra de conduta

2. *Filosofia do direito*, pp. 161-162.

3. Ob. cit., p. 270.

4. *Manuale di diritto processuale civili - principi*, p. 34.

dentro de um procedimento; tanto isso é verdade que a violação de determinada regra processual pode atingir o próprio direito material, independentemente da verificação de quem seja o titular daquele direito substancial, ou até mesmo negando o direito ao seu titular, impedindo-o de concretizar os efeitos dele decorrentes, como é o caso em que o titular do direito inicia um processo judicial, mas durante o seu percurso comete uma transgressão por abandono da causa, gerando-se em consequência a extinção do próprio direito material quando tal fato se dá por três vezes, o que tecnicamente é chamado de *perempção*⁵.

É certo que o Direito Processual possui forte ligação com os demais segmentos da ciência do Direito, e nem poderia ser diferente, já que o sistema jurídico é uma rede onde estão interligadas todas as secções de matérias jurídicas que se mostram aparentemente fragmentadas em virtude de possuírem uma codificação própria e tratamento acadêmico em compartimentos tidos como isolados, como é o caso do Direito Civil, só para se dar um exemplo. E é nesse exemplo que se pode observar que, ao estudar o direito da propriedade, uma abordagem responsável sobre tal instituto não poderá isolá-lo do Direito Constitucional, no instante em que a Constituição fornece nesse assunto importante diretriz, e é recomendável que nesse caso se faça uma leitura do assunto tendo em vista as noções de Direito Administrativo sobre a propriedade, e se mostra igualmente útil analisar como o Direito Tributário encara tal instituto, em busca de uma visão coerente com o sistema jurídico.

É nessa concepção do Direito Processual como ramo autônomo do Direito, embora integrante do sistema jurídico, com fortes laços interligados entre os diversos segmentos da ciência jurídica, que se deve verificar qual o objeto do Direito Processual, porque essa observação há de nortear o estudo desse importante ramo do Direito, inclusive no tocante à valoração de suas *fontes*.

Pode-se dizer que o objeto de uma ciência é a porção de realidade delimitada em *qualidade, quantidade e duração*, como bem percebeu Carnelutti, e que por isso mesmo é fundamental essa dimensão do objeto para fins de percepção da realidade⁶.

Convém destacar que delimitar o objeto do Direito Processual Civil não é somente compreender que há uma estrutura de procedimentos. Além disso, almeja-se nessa ciência do Direito a criação e valoração de princípio e regras para um

5. Código de Processo Civil: “art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias”; “art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito”.
6. *Teoria geral do direito*, p. 23.

desenvolvimento eficaz do chamado processo judicial cível, cuja delimitação a meu ver é mais precisa quando se faz uma exclusão de matéria; tudo aquilo que não disser respeito à área penal, será de interesse do processo civil.

Ainda que se defenda a existência de um processo judicial tributário, que seria uma outra área do Direito Processual⁷, é inegável que todos os elementos do Direito Processual Civil norteiam o processo tributário, não havendo ainda nítida autonomia desse suposto ramo do Direito. Parece-me irretocável a observação de Hugo Machado Segundo, no sentido de que no processo judicial tributário “não há um processo e um Direito Processual específicos, como ocorre, por exemplo, no âmbito do Processo Penal, mas apenas o *processo* e o *Direito Processual Civil* aplicados à solução de conflitos verificados nas relações jurídicas tributárias”⁸. O mesmo se dá nas causas trabalhistas e eleitorais, onde o Código de Processo Civil é ferramenta indispensável para a solução dos conflitos submetidos na discussão desses ramos do direito material.

Voltando à eficácia do processo, para fins de compreensão do que venha a ser o objeto do Direito Processual Civil, é importante esclarecer que sempre se fala em conflito submetido ao Poder Judiciário, mas é importante destacar que o processo não abrange somente aquelas situações onde há disputa sobre determinado direito. Existem algumas hipóteses em que se exige o pronunciamento jurisdicional, ainda que não haja conflito. É o que ocorre na chamada jurisdição voluntária, que será estudada no momento oportuno. Por isso que o mais correto é falar em conflitos e pendências, porque nesse caso estarão abrangidas todas as situações que interessam ao Direito Processual Civil, sejam de natureza conflituosa ou não, já que é possível haver uma pendência sem conflito, como eventualmente ocorre quando um casal pretende encerrar o matrimônio de forma consensual, sem qualquer conflito, e ainda assim somente será resolvida essa pendência com a intervenção da atividade jurisdicional.

Outro vício que se pratica ao delimitar o objeto do Direito Processual – tanto o Civil como o Penal –, é o de fazer uma vinculação automática da jurisdição ao Poder Judiciário, como se esse organismo detivesse o monopólio da resolução dos conflitos e das pendências submetidas a um processo judicial. É natural essa tendência, tendo em vista que no Brasil o Poder Judiciário tem como função primordial concretizar essa função jurisdicional, mas isso não implica em atribuição exclusiva, pois outros órgãos praticam atividade jurisdicional. Pode-se dar o exemplo – no âmbito penal, é certo – da função jurisdicional exercida pelo Senado Federal ao julgar agentes políticos em determinados ilícitos⁹.

7. MARINS, James. *Processo judicial tributário brasileiro*, pp. 44-82.

8. *Processo tributário*, pp. 216-217.

9. Constituição Federal: “art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros

Entretanto, como o Poder Judiciário exerce quase que exclusivamente essa importante função, que tem de por fim encerrar definitivamente as pendências e os conflitos que não foram solucionados unicamente por vontade dos envolvidos na situação, é bastante comum estabelecer um elo entre o Direito Processual e o Poder Judiciário.

É também integrante do objeto do Direito Processual Civil a duração do processo judicial, até porque se busca nessa ciência jurídica o estudo da melhor forma de solução definitiva dos conflitos e das pendências submetidas ao Poder Judiciário. A partir daí se desenvolvem institutos essenciais para a solidificação da segurança jurídica, como é o caso da imutabilidade das decisões judiciais (coisa julgada).

Ocorre que essa imutabilidade passa por um longo e por vezes torturante caminho, diante da multiplicidade de sistemas de reexame das decisões judiciais (recursos), não se podendo afastar o aspecto da necessidade de criação de mecanismos para que se adotem algumas medidas temporárias tendentes a transformar o processo judicial em algo eficaz, ainda que se criem soluções precárias que atendam aos anseios dos que buscam a jurisdição, de modo a se ter uma decisão definitiva que reforce a utilidade dessas medidas temporárias.

Costuma-se chamar tais medidas de tutelas de urgência. O termo “tutela”, inclusive, é bastante utilizado no Direito Processual Civil, pois com frequência se utilizam expressões como “tutela jurisdicional”, “tutela de urgência”, “tutela cautelar”, “tutela executiva” e outras mais. Emprega-se aqui a terminologia com o mesmo sentido que é manejado no direito material, notadamente no Direito Civil. Sabe-se que tutela significa amparo, proteção. A propósito, esclarece Sílvio de Salvo Venosa que, no Direito de Família, “para assistência e proteção de menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela, instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a proteção do menor”¹⁰.

Desse modo, assim como a situação normal é a de um menor estar submetido à autoridade dos pais, e somente pela ausência de tais entes é que se investe outra pessoa dessa autoridade para proteger o menor, comparativamente pode-se dizer que o comum seria a resolução dos conflitos pelos próprios interessados – mediante o diálogo e o argumento –, mas na ausência desses elementos é preciso que se atribua a alguém (o Poder Público) a possibilidade de amparar essas pessoas, conduzindo seus interesses, o que se faz mediante o processo judicial. Daí porque se fala em tutela jurisdicional.

de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional da Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

10. *Direito civil*, p. 399.

E é exatamente quando esse amparo se dá de modo imediato que se pode falar em tutela de urgência, sendo que tal proteção não tem a característica de ser definitiva, e por isso mesmo é tida como medida temporária ou provisória.

Atualmente o Direito Processual Civil se preocupa não somente com as questões que exijam pronunciamento urgente, diante da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, acaso se aguardasse um pronunciamento definitivo, mas também com sistemas que possibilitem o adiantamento de alguns dos efeitos da decisão definitiva, mesmo sem a constatação da urgência, como ocorre em determinada hipótese autorizadora de um dos mais sofisticados mecanismos processuais brasileiros, a chamada antecipação da tutela.

A possibilidade desse tipo de tutela só é possível por conta do amadurecimento da ciência processual, que vem abandonando o dogma de que as decisões judiciais só produzem efeitos depois de encerradas todas as discussões perante os juízes e tribunais e quando esses julgamentos não podem ser modificados (formação da coisa julgada). Na verdade, em algumas situações, é possível adiantar alguns desses efeitos, ainda que de modo precário, visando a efetividade do processo judicial, pois não se justifica deixar alguém agonizando tanto tempo para usufruir um direito que já pode ser concretizado de imediato, desde que se adotem as devidas precauções.

Afinal, nesse caso nada mais se está fazendo do que utilizar a fórmula do máximo resultado com o mínimo de esforço¹¹, dentro da linha de pensamento no âmbito processual desenvolvida aqui no Brasil mui adequadamente por Luiz Fux ao se referir às situações onde existe uma probabilidade de certeza do direito alegado¹².

Integra ainda o objeto do Direito Processual Civil a necessidade de se obter a pacificação social, e é exatamente aqui que se tem a qualidade do objeto, tendo em vista que um dos objetivos fundamentais de nosso país, delimitado pela Constituição Federal, é o de promover o bem de todos¹³, e certamente a ausência de conflitos e pendências é uma das formas de se evitar uma sociedade convulsiva no aspecto da animosidade constante entre os cidadãos.

Daí que se pode falar que o Processo visa conter, de modo civilizado, o poder ou a força, quando estes não encontram sintonia no próprio Direito. A observação de Edgar Bodenheimer, nos idos de 1940, é bastante atual, ao advertir que o Direito é um sistema de limites ao poder, pois se a vida é a busca do poder, o Direito deve funcionar como um intermediário entre a anarquia e o despotismo, a manter um

11. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 72.

12. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 305.

13. Constituição Federal: “art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

equilíbrio entre essas duas formas extremas da vida social, evitando-se a anarquia ao limitar o poder dos indivíduos e impedindo-se o despotismo ao barrar o poder dos governantes¹⁴.

Por essas explanações, constata-se que efetivamente o objeto do Direito Processual Civil não se mostra tão simplório a ponto de identificá-lo unicamente como o encadeamento de normas visando a disciplina da atividade processual. É fundamental ter em mente que a complexidade da solução dos conflitos e das pendências exige a formação de uma ciência que se preocupe igualmente com a solução definitiva dos conflitos e pendências de natureza não penal submetidos a um processo judicial, ainda que para tanto se possa conceder medidas temporárias eficazes, com o mínimo esforço formal e a máxima realização do direito, para que se concretize a pacificação social.

Em resumo, pode-se dizer que o Direito Processual Civil tem como objeto o estudo dos princípios e das normas que disciplinam a estruturação procedimental dos conflitos e pendências de natureza não penal submetidos a um processo judicial (*quantidade*), visando em menor tempo e com maior segurança proporcionar medidas temporárias eficazes para se chegar a uma solução definitiva de tais conflitos e pendências (*duração*), podendo-se falar nesse caso em mínimo esforço formal para a máxima realização do direito, tendo em vista a necessidade de se obter a pacificação social, vale dizer, a contenção civilizada do ímpeto de se dar prevalência ao poder ou à força em detrimento do Direito (*qualidade*).

3. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Delimitado o objeto do Direito Processual Civil, é importante saber como essa ciência de expressa, vale dizer, quais os modos de manifestação do referido Direito, valendo-se para tanto de importantíssimos instrumentos para a ciência jurídica como um todo, chamados de fontes do Direito.

As fontes seriam pontos de referência para a compreensão (interpretação) e aplicação de determinado objeto dentro da ciência jurídica, conforme ressalta Nelson Saldanha, ao destacar inclusive que a fonte deve existir antes desse ato de compreensão, bastando se ter a imagem do direito emanando de alguma coisa que ainda não é jurídica¹⁵.

Na verdade, a incompreensão que possa vir a surgir em relação ao tema, decorre do fato de que se pretende enxergar a expressão “fonte do Direito” mediante um único prisma, quando tal terminologia é multiforme, apresentando-se de diversas maneiras. Aliás, essa tentativa de foco conceitual é algo muito comum no Direito,

14. *Teoría del derecho*, p. 18 e p. 28.

15. *Ob. cit.*, pp. 196-197.

e gera em algumas situações a falta de percepção de toda a riqueza de variações de certos institutos jurídicos.

No caso das fontes do Direito, John Gilissen identifica três sentidos diferentes para sua concepção, a saber, (I) fontes históricas, que seriam todos os elementos que contribuíram, no correr dos séculos, para a formação do Direito; (II) fontes reais do Direito, correspondentes às variações de fatores que concorrem para a construção do sistema jurídico em que se vive atualmente, sejam de ordem religiosa ou filosófica, bem como os fatores sociais, econômicos, políticos etc; e finalmente (III) as fontes formais do Direito, que seriam exatamente os instrumentos de elaboração do Direito em determinada época, ou mais precisamente, “os modos ou formas através das quais as normas de direito positivo se exprimem”¹⁶.

Assim, quando se fala em fontes do Direito, a referência pode ser a de elementos que determinaram a construção do próprio Direito (sentido histórico), bem como às diversas influências do meio social que moldam o ordenamento jurídico (sentido real), ou ainda às formas de expressão ou manifestação do direito (sentido formal).

No Direito Processual Civil, a incidência dessas três vertentes de fontes nos dá a exata delimitação desse ramo da ciência jurídica, e ajuda o profissional do Direito a manejar todos os mecanismos necessários ao alcance do objeto do Direito Processual Civil, mas é natural que as fontes formais possuam maior prestígio, uma vez que o nosso sistema jurídico é positivado, vale dizer, o Direito em nosso país é expresso através de normas ou prescrições jurídicas impostos pela autoridade do Estado. Reside aí a diferença básica entre o chamado Direito positivo e o Direito natural. O Direito natural seria uma concepção da existência de princípios supremos e universais ligados à natureza do homem, ao passo que o Direito positivo seria um direito declarado, já que materializado em normas ou preceitos emanados do Estado¹⁷.

As fontes formais do Direito Processual Civil são a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, as leis processuais e a analogia; as fontes históricas estão identificadas pelos costumes, ao passo que as fontes reais podem ser encontradas tanto nos princípios gerais de Direito como na doutrina. A jurisprudência seria um misto de fonte real (quanto ao seu surgimento e influência) e de fonte formal (quanto à sua aplicação).

3.1. A Constituição Federal

Indiscutivelmente, a Constituição Federal é a fonte formal mais importante do Direito Processual Civil, eis que todo e qualquer modo de expressão dessa ciência jurídica deve ter como base os princípios e regras constitucionais.

16. *Introdução histórica ao direito*, pp. 25-26.

17. RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, pp. 79-80.

Aliás, o estudo desse ramo do Direito tem como paradigma a própria Constituição Federal, que não somente realiza a estrutura dos órgãos encarregados de praticar a jurisdição, como define as atribuições processuais de cada um deles, delimitando seu raio de atuação (competência), e ainda fixa valores que devem ser prestigiados para a solução das pendências ou conflitos, como o direito à defesa, ao reexame das questões judiciais, a possibilidade de utilização de todos os meios de prova em busca da demonstração do alegado direito, e muitas outras disposições que serão devidamente enfocadas na medida em que sejam analisadas as diversas matérias processuais.

É interessante observar que há muito se tem no Brasil essa concepção de que o Direito Processual Civil deve ser inspirado na Constituição. Esse pensamento não decorre do atual texto constitucional, promulgado em 5 de outubro de 1988, e muito menos é uma inspiração republicana, como se pode imaginar à primeira vista.

Ainda no período imperial já se externava essa idéia, pois ao comentar a Constituição de 1824, Pimenta Bueno, o consolidador constitucional do Império – nas palavras de Miguel Reale –, fixou “pela primeira vez entre nós (e terá sido um dos primeiros a fazê-lo na doutrina jurídica universal), o princípio de que é nas matrizes mesmas da Constituição que afundam suas raízes as estruturas e as formalidades tanto do direito processual civil quanto do direito processual penal, cuja finalidade é converter em realidade efetiva os direitos individuais declarados na Lei fundamental”¹⁸.

Assim, a matriz de toda a estrutura dessa ciência está na chamada Lei Maior, até porque o ordenamento jurídico está escalonado em diferentes níveis ou camadas de normas jurídicas, sendo que a produção dessas normas se deve apoiar em determinada norma fundamental, porque o fundamento de validade de qualquer norma há de ser o daquela norma que representa o escalão de Direito positivo mais elevado, que é justamente a Constituição, conforme defendeu Kelsen¹⁹.

Qualquer meio de expressão do Direito Processual Civil terá que guardar sintonia com as diversas prescrições constitucionais. Chega-se mesmo a se falar na existência de um Direito Constitucional Processual, em face do grande número de princípios e regras de natureza processual que foram positivados pela Constituição, sendo que tais prescrições representariam os direitos fundamentais processuais²⁰.

Diversos livros abordam essa questão da perspectiva constitucional do processo, não somente pelo fato da existência de diversos princípios inseridos na Constituição

18. *Figuras da inteligência brasileira*, p. 47.

19. *Teoria pura do direito*, p. 247.

20. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 956.

que orientam o Direito Processual Civil²¹, como também ao se perceber que há um feixe de garantias para os envolvidos nas pendências e conflitos, visando a melhor solução de suas questões submetidas ao Poder Judiciário²². E até mesmo se fala na existência de uma teoria processual da Constituição, de modo a se contemplar as normas constitucionais dentro de uma dimensão processual, para que se possam realizar todos os objetivos fixados na Lei Maior²³.

Convém fornecer um exemplo para que se perceba quão expressiva é a Constituição como fonte do Direito Processual Civil.

Está escrito no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Tem-se aí o princípio da recorribilidade ou princípio da existência de meios de impugnação das decisões judiciais, que garante a todos aqueles que submetem suas pendências ou conflitos perante um processo judicial, a tentativa da revisão das decisões proferidas pelos julgadores, num sistema de recorribilidade, para que não haja pronunciamento judicial definitivo sem a possibilidade de rediscutir juridicamente a matéria perante outros órgãos julgadores.

Esse princípio constitucional é um dos postulados básicos do sistema processual brasileiro, a permitir que o litigante utilize todos os recursos inerentes à ampla defesa, constituindo-se inclusive um dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Desse modo, a Constituição, como forma de externar uma idéia no âmbito do Direito Processual Civil (fonte formal), não pode ser ignorada, esquecida ou tangenciada por aqueles que têm a função de aplicar as regras processuais, independentemente da existência de normas infraconstitucionais regulando esse direito.

Vale dizer, ainda que não existisse previsão qualquer lei prevendo a existência de recursos processuais, não se poderia negar à parte o direito de submeter sua causa à revisão, porque a Constituição haveria de servir como fonte para o reconhecimento de tal direito.

E mais, esse princípio da recorribilidade não pode ser afetado drasticamente pela lei, no sentido de que se faça a abolição pura e simples dos recursos, embora possa o legislador realizar um balizamento de sua utilização, criando regras para a utilização do recurso, desde que não o afete de tal modo que gere o seu esvaziamento. É o que ocorre quando o legislador estabelece, por exemplo, o prazo para o oferecimento dos

21. ROSAS, Roberto (*Direito processual constitucional*); NERY JUNIOR, Nelson (*Princípios do processo civil na constituição federal*); CRUZ, José Raimundo Gomes da (*Estudos sobre o processo e a constituição de 1988*); e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (*Direito processual constitucional*).

22. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*.

23. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*.

recursos. Tal norma visa ordenar o mecanismo, e não impedir sua utilização, embora aquele que não a obedeça acabe por ser barrado na possibilidade de ter o seu recuso apreciado.

Essa visão da Constituição como fonte primordial do Direito Processual Civil tem gerado estudos formidáveis, como o desenvolvido por Teresa Arruda Alvim Wambier que, ao lembrar que é *potencialmente mais grave* uma decisão judicial ofender a Constituição do que violar a lei, conclui ser possível a utilização de *ação rescisória*²⁴ para modificar a decisão judicial que afronte a Constituição, por ser “muito mais danoso ao sistema do que a ofensa a um dispositivo legal isolado”²⁵.

3.2. O Código de Processo Civil

Em se cuidando de aplicação do Direito, o nosso sistema jurídico tem como prevalência a lei, notadamente a codificação, que representa um conjunto sistemático em forma de lei, relativo a um determinado assunto. Tal primazia é facilmente constatada, bastando observar a enorme quantidade de códigos existentes em nosso meio (Código Civil, Código Penal, Código Comercial, Código Tributário, Código Eleitoral, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Código de Águas, Código Florestal, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar etc).

Há uma razão histórica para essa realidade. O sistema jurídico de determinado país é o resultado das influências de seus antepassados, notadamente em se cuidando de nações colonizadas, onde se carrega toda a imposição forjada pelo país colonizador.

Essencialmente, o mundo ocidental está dividido juridicamente em dois modos de pensar e realizar o Direito. O modo mais antigo é aquele onde existe a prevalência da legislação e/ou da codificação, e que por isso mesmo pode ser chamado de Direito legislado, sendo conhecido por nós como Direito romanístico ou Direito romano-germânico, e universalmente como *civil law*.

Outro modo de pensar e realizar o Direito decorre da lenta absorção dos costumes, e que passam a integrar os modelos jurídicos quando transformados em decisões judiciais, e é por essa razão que se pode dizer que se cuida de um Direito proclamado pelos tribunais, adotando-se a nomenclatura *common law* para identificá-lo, e muitas vezes são utilizadas as expressões Direito inglês, anglo-saxônico ou

24. Código de Processo Civil: “art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V – violar disposição literal de lei”.

25. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória : recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória : o que é uma decisão contrária à lei?* p. 403.

anglo-americano. O *civil law* e o *common law* são chamados de sistemas jurídicos, famílias jurídicas ou tradições jurídicas²⁶.

Esclarece John Merryman que o sistema do *civil law* é o resultado da formação de três subsistemas: o Direito romano (*roman civil law*), o Direito canônico (*canon law*) e o Direito comercial (*comercial law*). O primeiro componente do *civil law*, que é o *roman civil law*, teve como referencial maior o *corpus juris civilis*, que era conservador, e portanto adequado às soluções dos problemas legais sem que houvesse possibilidade de interpretação pelos estudiosos do direito. Assim, sua finalidade era a de impedir a interpretação por juristas. No século XIX, os principais países da Europa ocidental adotaram códigos civis, onde o código napoleônico de 1804 serviu como arquétipo. O segundo mais antigo componente do sistema do *civil law* é o Direito canônico da igreja católica romana (*canon law*). O terceiro subsistema é o *commercial law*, que surgiu da criação dos comerciantes, na prática do comércio. Esses três subsistemas foram responsáveis por cinco códigos básicos, tipicamente existentes no sistema jurídico do *civil law*: o código civil, o comercial, o de processo civil, o penal e o de processo penal²⁷.

O sistema do *common law*, ao seu turno, possui como característica a adoção do precedente judicial (*stare decisis*), que consiste na obrigatoriedade de os tribunais decidir verificando as circunstâncias consideradas anteriormente em casos de natureza igual ou semelhante, e tais particularidades servem para julgamentos posteriores²⁸. Sobre tal sistema, as primeiras idéias foram fixadas a partir de 1154, no reinado de Enrique II da Inglaterra, com a criação de um tribunal superior, com juízes profissionais, que proferiam decisões, catalogavam os vários tipos de ações e delitos, para que fossem aplicados os mesmos posicionamentos em casos posteriores iguais ou semelhantes. Em casos similares, deveria haver julgamentos similares, de acordo com essa nova prática adotada na Inglaterra, gerando-se em conseqüência a multiplicação de julgamentos escritos como estereótipos de condutas, equiparando-se a uma atividade legislativa²⁹.

Os países que estão vinculados a esse sistema, pouca ou nenhuma importância dão à produção de leis, e é quase inexistente o número de códigos em tais nações, simplesmente porque o Direito é construído de acordo com os costumes, que são fixados em decisões dos tribunais. Diz-se por isso mesmo que esse sistema é eminentemente jurisprudencial, ou seja, as decisões dos tribunais constituem a

26. Há vasta literatura sobre o tema, mas no meu entender três grandes obras que abordam a questão dos sistemas jurídicos são as de Harold Berman (*La formación de la tradición jurídica de occidente*), John Henry Merryman (*The civil law tradition - an introduction to the legal system of western europe and latin america*) e René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*).

27. Ob. cit., pp. 7-13.

28. Ibidem, p. 22.

29. BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*, p. 459 e seguintes.

principal fonte do Direito. É o que ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

O Brasil ficou imune a essa influência, tendo em vista que nosso país colonizador – Portugal – teve sua cultura jurídica moldada pela influência do renascimento do Direito romano a partir do século XII, ganhando reforço com a revolução francesa do século XVIII, que concretizou a idéia da necessidade da soberania das leis, de modo que cada Estado europeu passou a ter seu próprio Direito, fixado por órgãos legislativos, e a partir daí a lei se tornou a fonte mais importante do Direito em países como Espanha, França e Portugal, e obviamente esse modo de pensar jurídico foi transportado para suas colônias.

Essa a razão de ter o Brasil adotado o *civil law* como sua tradição jurídica, e em face dessa peculiaridade adotou-se em nosso país a primazia da lei, de tal modo que a fonte do Direito mais importante ainda é a lei, incluindo-se nesse conceito a chamada codificação.

Os códigos nada mais são do que leis, e em termos hierárquicos tais manifestações do Direito se encontram no mesmo patamar jurídico, não havendo qualquer prevalência do código sobre a lei, dentro de uma ótica estritamente organizacional, já que ambos estão no mesmo plano legislativo.

Todavia, é inegável que o código ganha um reforço de autoridade, por conta da complexidade normativa que o caracteriza, pois o código de propõe a disciplinar um sistema que abranja todas as situações de conduta da matéria por ele abordada, pretendendo ser um agrupamento harmônico e complexo, a ponto de ser suficiente como fonte para determinado ramo do Direito.

Essa particularidade do código, embora, repita-se, seja uma lei como qualquer outra dentro de um prisma hierárquico, mas considerando suas raízes históricas de compilação das leis visando um todo harmônico (Código de Justiniano) e o reforço de autoridade a partir do século XIX (Código Civil de Napoleão Bonaparte), faz com que haja inconscientemente uma devoção maior ao código, levando o intérprete do Direito a buscar socorro em primeiro lugar na codificação, antes mesmo de verificar a existência de outras leis sobre o tema.

É o que ocorre no Direito Processual Civil. O sistema brasileiro adotou historicamente duas codificações nesse ramo do Direito. O primeiro Código, o de 1939, trazia muitas imperfeições, o que era admissível considerando-se que naquela época ainda se davam os primeiros passos nessa ciência. Posteriormente, surgiu o Código de 1973, conhecido como *Código Buzaid*, tendo em vista que foi o então ministro da Justiça Alfredo Buzaid quem elaborou o anteprojeto de lei que resultou no projeto de lei, este devidamente encaminhado ao Congresso Nacional, e que por fim se transformou na Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que foi denominada de Código de Processo Civil.

Referida codificação reestruturou o sistema do Direito Processual Civil até então vigente, conferindo-lhe modernidade e racionalização dos mecanismos procedimentais, e ainda assim, com o correr dos anos, percebeu-se a necessidade de se aprimorar a técnica processual brasileira, razão pela qual em 1992 foi aprovada a primeira lei³⁰ que representa o início das alterações legislativas que se descortinariam posteriormente no cenário processual, no que se denominou *mini-reforma do Código de Processo Civil*, e que teve seu ponto culminante em 1994 com a introdução do mecanismo da antecipação da eficácia da tutela pretendida pela parte. A mini-reforma ainda está em andamento, com projetos de lei ainda pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional, porque houve uma consciência dos estudiosos do Direito Processual Civil da necessidade de constante atualização do Código Buzaid, para identificá-lo com as novas exigências de um processo efetivo.

Esses avanços se devem em grande parte à comissão encarregada de estudos para a melhoria do sistema processual, formada por Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior, Luís Antonio de Andrade e Sérgio Bermudes, reforçada posteriormente por dois grandes juristas que desempenharam a função de timoneiros da modernidade processual no Brasil, os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro.

Pode-se dizer que hoje se tem um *novo* Código de Processo Civil, em face das alterações legislativas a partir de 1992. Assim, ao se recorrer a essa fonte do Direito, há que se estar atento a essa peculiaridade, no sentido de que, embora o referido Código ainda permaneça com sua estrutura original, as alterações legislativas deram uma nova feição ao Processo Civil brasileiro, modernizando-o sobremaneira, com arrojados institutos processuais, que guardam sintonia com a necessidade de um processo mais efetivo em busca da solução definitiva dos conflitos e das pendências submetidas ao Poder Judiciário.

3.3. As leis processuais

Embora o sistema processual civil brasileiro possua um Código, é impossível admitir que todas as relações processuais possam estar concentradas nessa codificação, embora a tentativa dos códigos seja exatamente a de reunir em um só corpo a disciplina legislativa sobre determinado segmento do Direito.

Isso porque a complexidade das relações sociais exige constante aprimoramento das instituições do Direito, notadamente as relacionadas com a jurisdição. O Brasil possui um organismo judicial diversificado, estruturado não somente em camadas hierárquicas, mas também em constante evolução na busca de um melhor atendimento aos conflitos e pendências que lhes são submetidos.

30. No caso, a Lei 8.455/92, que simplificou a técnica da prova pericial.

Daí porque o Congresso Nacional produz leis de natureza processual, que não interferem no Código de Processo Civil, já que referidas normas não têm a função de alterá-lo, e sim disciplinar novas relações do Direito Processual Civil, passando por isso mesmo a integrar o sistema ao lado do Código. Essa a razão mediante a qual essas leis são chamadas de extravagantes, pois são textos legais que não se incorporam à codificação.

Basta citar como exemplo a Lei 9.099, de 1995, que disciplinou os juizados especiais – antigamente chamados de juizados de pequenas causas –, sendo de importância fundamental referida norma como fonte do Direito nas questões submetidas a esse mecanismo bastante simplificado de solução de conflitos de natureza não complexa.

Há diversas leis processuais em vigor, e que assumem evidente importância como fontes do Direito Processual. As editoras jurídicas que se propõem a comercializar o Código de Processo Civil geralmente inserem dentro do volume as leis processuais extravagantes de maior relevo, facilitando a pesquisa do profissional do Direito.

Convém destacar, entretanto, que as leis processuais não são somente aquelas elaboradas de forma dirigida à disciplina de determinado segmento do Direito Processual. Muitas vezes acontece de se incluir aspectos processuais em leis que cuidam essencialmente do direito material. É importante o intérprete estar atento a esse detalhe, pois tais leis, embora sejam preponderantemente de direito material, contêm regras de Direito Processual, e por isso mesmo servem como fonte do Direito para a ciência jurídica do Processo.

É o caso do Código Civil, que embora seja uma norma de direito material, traz em seu conteúdo algumas normas processuais, como por exemplo que estabelece a regra segundo a qual o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção e perícia (art. 212), o que reflete nítida abordagem processual, com repercussão imediata no âmbito do Processo Civil.

3.4. A analogia

Quando se fala em analogia como fonte do Direito, se está querendo prestigiar a própria lei como elemento supremo de expressão da ciência jurídica, em harmonia com o sistema do *civil law* do qual somos adeptos. É que a analogia representa uma extração de idéias de outra lei que possa ser aplicada a determinado caso, quando não existe lei específica sobre aquela situação. Ou seja, “cuida-se de um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal”, quer dizer, o juiz “pesquisa a vontade da lei, para transportá-la aos casos que o texto legal não compreendia expressamente”³¹.

31. VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*, p. 160.

É na própria lei, inclusive, onde se tem a previsão da analogia como ferramenta a ser utilizada, quando não há lei expressa sobre o assunto. Conforme se vê na chamada Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42), que na verdade é uma “*lei de introdução às leis*, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação”³², há regra expressa segundo a qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º).

Lembro-me de situação peculiar, onde apliquei a analogia como fonte do Direito Processual Civil, na qualidade de juiz.

Recebi um pedido de restituição de um comprador de determinado veículo, que tinha sido apreendido por um Banco financiador do bem, sob a alegação de que o mencionado Banco realizou o licenciamento irregular do veículo, mediante fraude, para o nome de outra pessoa, tendo sido apreendido o bem por ato de má-fé da mencionada instituição financeira.

Considerarei extremamente graves os fatos narrados naquele processo, porque se atribuíra atitude fraudulenta por parte do Banco que promoveu a ação de busca e apreensão do veículo ali descrito. Pretendia o requerente daquele pedido a restituição imediata do automóvel, sem ouvida da parte contrária interessada, no caso o Banco.

Essa atitude é possível, no que se chama comumente em Direito Processual Civil de *liminar* – na verdade o correto seria “medida liminarmente concedida” –, que é prevista para situações onde não se pode aguardar a concretização da fase de defesa para a análise do pedido, porque nesse caso pode haver prejuízo para o requerente. Por outro lado, a concessão dessa medida sob a forma liminar, sem a formação da relação processual, poderia causar dano de difícil reparação ao Banco.

Analisando os autos, não constatei, em princípio, qualquer irregularidade quanto à documentação ali acostada, mas havia um nítido choque de declarações nos documentos contidos nos autos, notadamente em relação ao certificado de registro do veículo.

Diante da peculiaridade do caso, apliquei por analogia uma legislação que existe somente para o Poder Público, onde se determina a ouvida dos entes públicos e interessados antes da apreciação de pedido de urgência contra ele dirigido³³.

32. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, p. 3.

33. Lei 9.868/99: “art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o dispositivo no art. 22, após audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias”. Lei 8.437/92: “art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho

Assim, embora estivesse diante de situação que não envolvia o Poder Público, mas somente pessoas jurídicas de direito privado, entendi que seria o caso de utilização da analogia, e por essa razão alarguei preceitos legais a casos não diretamente abrangidos na hipótese legal, visando a segurança jurídica no desenrolar daquela questão.

3.5. Os costumes

Os costumes representam a fonte histórica por excelência do Direito, já que essa ciência foi construída de início com base nas mais velhas crenças dos antigos, como aliás as principais instituições como hoje as conhecemos, pois da família “provieram todas as instituições, assim como todo o direito privado dos antigos. Da família tirou a cidade os seus princípios, as suas regras, os seus usos, a sua magistratura”³⁴.

Entretanto, quando se fala em costumes, dentro de uma óptica essencialmente jurídica, deve-se ter em conta alguns elementos que o caracterizam, e que na perspectiva de Philippe Wielante, ainda no século XVI, seria “um direito não escrito, introduzido pelos usos e pelos atos continuamente repetidos dos membros da comunidade e os quais foram praticados publicamente, sem contradição da maioria do povo, o tempo necessário para se impor”, tendo John Gilissen moldado o conceito posteriormente, referindo-se aos costumes como sendo o “conjunto de usos de natureza jurídica que adquiriram força obrigatória num grupo sociopolítico dado, pela repetição de atos públicos e pacíficos durante um lapso de tempo relativamente longo”³⁵.

Os costumes que não têm repercussão prática na vida social não têm em regra qualquer interesse para o Direito, ao menos no sistema onde existe a prevalência das prescrições jurídicas, como é o nosso (*civil law*). É que, para nós, interessa principalmente os costumes que representem o nascedouro de algum uso que acaba por se transformar em prescrição jurídica, ou seja, costumes que se convertem em leis ou decisões judiciais, porque referidos costumes passam a ser fonte formal do Direito.

E geralmente os costumes que assumem relevância no âmbito da convivência jurídica se transformam em lei, diante do fenômeno da absorção do costume pelo legislador que, sensibilizado com o uso reiterado que afeta as relações jurídicas, trata de metamorfoseá-lo em regra legislativa. Ou então, os tribunais, quando do julgamento de questões que envolvem a nítida incidência dos costumes, acabam por

fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. (...) § 2º O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em 72 (setenta e duas) horas”.

34. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, p. 4.

35. Ob. cit., p. 250.

consolidá-lo em seus julgados, transformando uma fonte histórica (costumes) em fonte formal (jurisprudência).

Em algumas circunstâncias, os costumes acabam por modificar a leitura de uma fonte formal do mais alto prestígio (a lei) por conta de sua transformação noutra fonte formal mais condizente com as mudanças sociais (jurisprudência).

Veja-se o exemplo do costume de se tentar fazer a comunicação à pessoa jurídica de determinados atos processuais, em pessoa diversa da que por lei é colocada com seu representante legal. Explico. É possível que se instaure um processo judicial contra determinada empresa, uma fábrica de móveis, por exemplo. É lógico que por se cuidar de uma pessoa que existe somente por conta de uma ficção do Direito (pessoa jurídica), até para que essa empresa possua direitos e obrigações independentes das pessoas físicas, alguém deverá representar essa pessoa jurídica nos processos judiciais. No caso da fábrica de móveis, será alguém que seu estatuto designar, ou se não houver essa designação, os diretores da empresa, tendo em vista disposição legal³⁶. Essa comunicação, em regra, é feita pelo correio, constando na correspondência a observação de que a carta deve ser entregue ao representante da pessoa jurídica.

No referido exemplo, uma das comunicações processuais mais importantes, que é aquela mediante a qual se chama alguém para, querendo, integrar o processo a fim de se defender – tecnicamente chamada de citação –, deveria ser entregue diretamente ao representante legal da fábrica de móveis, pois em nosso Direito Processual Civil essa comunicação tem que ser pessoal.

Diante do costume dos encarregados da entrega das correspondências (carteiros), de fazer a entrega das cartas a alguém que se apresenta como representante da empresa, inclusive tendo o funcionário dos correios o cuidado de anotar nome e identificação da pessoa que recebeu a carta de citação, os tribunais passaram a analisar a possibilidade de admitir esse costume como válido para a caracterização do ato processual, desde que adotados certos critérios.

Assim, um dos órgãos encarregados de produzir jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, acabou valorizando esse costume, e criou uma interpretação mais abrangida da lei processual, considerando válido o ato se realizado em quem, na sede da empresa, se apresenta como representante legal e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto a inexistência de poderes para representá-la em juízo³⁷.

Referida decisão judicial prestigiou a chamada *teoria da aparência*, que já havia sido encampada por lei, como bem percebeu Eduardo Arruda Alvim, ao observar

36. Código de Processo Civil: “art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) VI – as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores”.

37. EREsp 156.970, DJU de 22/10/2001.

que a Lei 8.710/93 trouxe expressamente, “a teoria da aparência, permitindo a citação na pessoa de quem detenha poderes de gerência geral ou administração”³⁸. Só que a jurisprudência alargou ainda mais esse conceito, por imposição dos costumes.

3.6. Os princípios gerais de Direito

O Direito é construído, dentre outros fatores, mediante influências do meio social que modelam o próprio ordenamento jurídico, conforme já se viu anteriormente. Estariam nessa categoria de fonte real os chamados princípios gerais de Direito.

Na verdade, poder-se-ia falar tão somente em princípios de Direito, pois o termo “gerais” só representa uma ênfase à expressão, como lembra Nelson Saldanha, para quem “um sistema político ou econômico se relaciona com princípios: o da liberdade, o majoritário, o da utilidade, o da igualdade. Tais princípios revelam valores e se realizam mediante programas e decisões”³⁹.

Muitos estudiosos identificam nessa fonte do Direito o reconhecimento de um Direito natural em nosso sistema, na medida em que se reconhece a possibilidade de o intérprete buscar em princípios supremos e universais ligados à natureza do homem a solução das questões jurídicas.

Convém esclarecer, porém, que a expressão prevaleceu sobre outra anteriormente cunhada pelo legislador, que seria “princípios filosóficos”, exatamente para que se atingisse à universalidade da ciência jurídica, ou então “princípios deduzidos do espírito da lei”, como afinal preferia a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, mas tendo sido posteriormente fixada a expressão “princípios gerais de direito”, ao contrário da legislação austríaca, que faz referência aos “princípios da justiça natural”⁴⁰.

É feliz, nesse tocante, a observação de Raymundo Salvat e Giuseppe Saredo, no sentido de que os princípios gerais se encontram, em última análise, ao menos de forma latente, entre os preceitos fundamentais do Direito, dispostos na Constituição⁴¹.

Partindo desse raciocínio, dificilmente haverá espaço em nosso ordenamento jurídico para se buscar a solução das questões jurídicas nos chamados princípios gerais de Direito, pois nossa Constituição Federal traz um rol formidável de princípios que prestigiam a igualdade, a liberdade, a livre iniciativa, a pluralidade política, dentre outros; e como tais princípios já estão albergados pela Lei Maior, passam a ser norma jurídica, inclusive de hierarquia máxima (fonte formal por excelência do Direito Processual Civil), e não meros princípios que possam vir a ser utilizados como suplemento de outras fontes do Direito.

38. *Curso de direito processual civil*, p. 368.

39. *Ob. ci.*, pp. 144-145.

40. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, pp. 296-297.

41. É o que destaca Carlos Maximiliano. *Ob. cit.*, p. 299.

3.7. A jurisprudência

O termo jurisprudência pode ser utilizado em sentido geral como o “conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de direito”, e quando os tribunais passam a decidir de modo reiterado e constante, adotando a mesma solução a casos idênticos, tem-se aí o emprego da nomenclatura jurisprudência em seu sentido específico⁴².

É interessante o estudo da jurisprudência como fonte do Direito, tendo em vista que ela surge em face das questões que são levadas aos tribunais, considerando todos os elementos que cercam um processo judicial (referência a leis, a teses jurídicas, a decisões anteriores etc), fazendo com que a jurisprudência que surja naquele processo passe a influenciar casos futuros e semelhantes; tem-se aí claramente uma fonte real do Direito. E a partir do instante em que essa jurisprudência seja utilizada em outro julgamento, como meio de expressão do Direito, ela passa a ser fonte formal.

Induvidosamente tal fonte do Direito não tem a mesma força da lei, considerando o fato de que nossa tradição está mais ligada ao aspecto da prevalência da legislação, embora se saiba que, nos países que adotam o sistema do *common law*, a fonte por excelência é a jurisprudencial. Ainda assim, cada vez mais ganha força na aplicação do Direito – principalmente no Direito Processual –, o teor dos julgamentos dos tribunais, notadamente os que emanam de órgãos pertencentes ao Poder Judiciário nacional que têm a tarefa de dar a interpretação final à Constituição e às leis federais, no caso, respectivamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Outro fenômeno que reforça a jurisprudência como fonte de larga utilização no Direito Processual Civil é a figura da súmula, um produto genuinamente brasileiro, pois a idéia da súmula pertence ao Ministro Victor Nunes Leal que, no ano de 1963 sugeriu aos demais membros do Supremo Tribunal Federal que se deveria adotar um sistema oficial e singelo de remissão a precedentes, onde a matéria já teria sido exaustivamente analisada, e tal remissão seria suficiente para fundamentar esses processos rotineiros, criando-se assim uma súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, atribuindo-se um número a cada uma dessas súmulas, para melhor manejo e controle dos precedentes.

O motivo preponderante para a adoção desse sistema, como ressalta Carlos Auréliano Motta de Souza, ao transcrever os argumentos do referido Ministro, era o de se alcançar os resultados tão bons quanto os existentes na Suprema Corte dos Estados Unidos, resultados esses decorrentes da prerrogativa de escolher os casos de relevância jurídica, e como o Supremo Tribunal Federal não dispunha de tal prerrogativa, a maneira de não perder tempo com casos rotineiros e repetitivos seria a de empregar esse mecanismo de sumular o entendimento da Corte⁴³.

42. MAXILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 176.

43. *O papel constitucional do STF*, pp. 87-88.

As palavras do Ministro Victor Nunes Leal, destacados na mencionada obra como verdadeiro *desabafo*, geram a compreensão a respeito do nascimento da súmula, ao afirmar o magistrado nos idos de 1963 que “o que na verdade assoberba os tribunais, prejudicando o acurado exame dos temas difíceis, são os casos que se multiplicam seriadamente, como se houvesse uma fábrica montada para fazer dos juízes estivadores. Em relação a esse exame de casos típicos, uma vez definida a nossa orientação, impunha-se adotar um método de trabalho, que permitisse o seu julgamento seguro, mas rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios”⁴⁴.

De fato, como destaca Carlos Aureliano Motta de Souza, “a ‘Súmula’ rapidamente conquistou adeptos e cumpriu a sua função. Instituída pela emenda regimental de 28.08.63, teve os primeiros 370 enunciados aprovados em sessão de 13.12.63, para vigorar a partir de 1964, e já em abril desse ano o número de enunciados elevava-se para 404, para 438 em junho e alcançava os 472 enunciados em 01.10.64, numa clara demonstração da necessidade da adoção de um instrumento desse tipo”⁴⁵.

Tamanho prestígio levou inclusive a referência ao termo *Direito Sumular*, surgido no final dos anos 1970, emanado da conhecida obra de Roberto Rosas, publicada em primeira edição no ano de 1977, que além de trazer os enunciados da Corte Maior – e posteriormente os do Superior Tribunal de Justiça – tem apontado as “referências’ que lhes serviram de base, de matriz, de apoio, postilando, aqui e ali, observações, esclarecimentos e justificativas que concorram para propiciar entendimento o mais nítido e conteúdo o mais atualizado, acerca desse tipo de ‘jurisprudência avalizada’, que se emparelha e, a final, concorre, em igualdade de circunstâncias, com a própria Lei”⁴⁶.

Atualmente, é de imensa utilidade a jurisprudência, notadamente a que se transforma em súmula, porque quando se resolve transformar em súmula determinado entendimento do tribunal é porque houve exaustiva discussão e reflexão sobre aquele tema.

Essa prática de se valorizar a súmula revela uma tendência de se incorporar ao nosso sistema o instituto do precedente judicial do *common law* (*stare decisis*), o que aliás se concretizou com a adoção da chamada súmula vinculante.

Por conta da Emenda Constitucional 45, o Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderá aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, para que não mais

44. Ob. cit., p. 87.

45. Ob. cit., p. 89.

46. Segmento do prefácio escrito por José Pereira Lira em *Direito sumular: comentários às súmulas do STF e do STJ*, p. 7.

se multipliquem em juízos e tribunais do país processos sobre questão idêntica já apreciada pelo Supremo Tribunal⁴⁷.

O que se observa, portanto, é que o sistema jurídico brasileiro, embora ainda fortemente vinculado ao *civil law*, já experimenta a implantação de um paradigma tipicamente delineado para o sistema do *common law*, que seria o do precedente judicial (*stare decisis*), já que os juízes e tribunais no Brasil deverão obrigatoriamente decidir de acordo com as súmulas de efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal.

É bom que se diga, porém, que será de início bastante tímido em nosso país esse método de aplicação do mesmo posicionamento em casos posteriores iguais aos da Suprema Corte, por três razões, quais sejam, (I) a matéria há de ser sumulada pelo Supremo Tribunal Federal para o fim específico de ter efeito vinculante, com a exigência de um quorum de dois terços dos seus integrantes, (II) restringindo-se à matéria constitucional, bem como o fato de que (III) somente 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.

Por tais motivos, a jurisprudência – ainda que veiculada por súmula de efeito vinculante – não pode ainda ser equiparada à força da lei como fonte do Direito em nosso sistema jurídico, embora seja perceptível a tendência de haver quase um nivelamento dessas expressões do Direito.

3.8. A doutrina

O que o Direito atualmente chama de doutrina, corresponde às idéias de estudiosos da ciência jurídica, que se dedicam a escrever trabalhos onde se elaboram teorias, ou se revisam as já existentes, dando-lhes novos enfoques. Tem-se aí uma fonte real do Direito, em face da enorme influência que se exerce no tocante aos julgamentos dos tribunais. Não é raro se verificar em decisões de tribunais a referência a trabalhos doutrinários, que servem como ponto de apoio e às vezes até mesmo de construção do raciocínio jurídico que conduz à decisão.

Para alguns, contudo, a doutrina não é fonte do Direito, como é o caso de Miguel Reale, sob o argumento de que “ela não se desenvolve numa ‘estrutura de poder’”,

47. Constituição Federal: “art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (artigo acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004).

que é um requisito essencial ao conceito de fonte⁷⁴⁸. Considerando-se válida essa observação, dificilmente os costumes se enquadrariam como fonte do Direito, tendo em vista que os costumes não são desenvolvidos dentro de uma estrutura de poder.

O certo é que a doutrina foi responsável pelo desenvolvimento dos princípios do Direito, o que ocorreu na Europa durante os séculos XIII a XIX, e exatamente nesse período a doutrina era considerada a fonte maior do Direito nos países do sistema do *civil law*. Somente a partir do agigantamento das idéias democráticas e da codificação, é que se tem a adoção da lei como fonte máxima do Direito, perdendo a doutrina gradativamente sua posição anterior de ser a referência fundamental na expressão da ciência jurídica.

Entretanto, começa a se vislumbrar um extraordinário redescobrimento da doutrina como fonte do Direito, bastando observar a quantidade de trabalhos publicados no Brasil, principalmente de doutrinadores nacionais.

É certo que essa manifestação do Direito tem caráter individual, pois o autor do trabalho jurídico – seja livro ou artigo – a rigor só tem compromisso com seus ideais. Mas é justamente nesse ponto onde se destaca o valor da doutrina, pois é uma das fontes do Direito que possui maior independência e constante evolução, pois o pesquisador sério que se propõe a ser doutrinador, há de realizar em seus escritos um estudo histórico do Direito, aliado a um compromisso de defesa de idéias coerentes, sem esquecer a evolução da jurisprudência a respeito do assunto focado em seu trabalho.

E nesse ponto, só a boa doutrina serve como fonte do Direito, ao passo que os *pseudodoutrinadores* não são levados em conta na realização da ciência jurídica. Esse critério de distinção entre a boa e a imprestável doutrina é consequência do trabalho literário-jurídico de seu autor, sendo a comunidade jurídica a responsável por essa depuração, na medida em que o trabalho e o autor ganham credibilidade, servindo nesse ponto como ótimo referencial a jurisprudência que faz menção constante às obras doutrinárias.

No Direito Processual Civil, é bem expressiva a quantidade de excelentes doutrinadores, que têm ajudado a construir esse sólido edifício de uma ciência jurídica voltada à boa resolução das pendências e dos conflitos submetidos a um processo judicial.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. vol. 1.

BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Trad. para o Espanhol M. U. Neira. México : Fondo de Cultura Económica, 1996.

48. *Lições preliminares de direito*, p. 176.

- BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. Trad. para o Espanhol V. Herrero. 2. ed. em espanhol. México : Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. A. C. Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. F. Aguiar. 4. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. H. A. Carvalho. 3. Ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*, São Paulo : Saraiva, 1996.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo : Celso Bastos editor, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. B. Machado. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civili – principi*. 6. ed. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. São Paulo : Atlas, 2004.
- MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 2. ed. São Paulo : Dialética, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition - an introduction to the legal system of western europe and latin america*. 2. ed. Stanford : Stanford University Press, 1985.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. 2. ed. São Paulo : Siciliano, 1994.

- _____. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Direito sumular: comentários às súmulas do STF e do STJ*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro : Forense, 2005.
- SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2003. vol. 6.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória : recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória : o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

CAPÍTULO XXVIII

**CONTRIBUIÇÕES PARA UMA TEORIA DISCURSIVA
DA CONSTITUIÇÃO E DO PROCESSO
CONSTITUCIONAL A PARTIR DO CASO BRASILEIRO¹**

*Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira**

I.

Juristas contemporâneos buscam reconstruir a relação entre Constituição e processo no sentido de uma releitura constitucional do Direito Processual.² Uma das principais preocupações desses autores encontra-se, justamente, no terreno específico da efetividade constitucional: Quais seriam os mais hábeis instrumentos processuais constitucionalizados para assegurar a efetividade das normas constitucionais? Quais seriam os melhores instrumentos processuais para garantia de direitos fundamentais dos cidadãos?

Hoje, a bandeira do garantismo³ parece tremular sobre nossas cabeças, não somente como um manto protetor, mas também como uma espada, a cobrar uma postura de responsabilidade ética e política por parte dos diversos operadores do Direito.

Ao ideal do garantismo no processo penal⁴ correlaciona-se, especialmente, no processo civil, a problemática acerca do *acesso à justiça*, considerado contemporaneamente como *acesso à ordem jurídica justa* e como *eficácia do processo*, ao se procurar mostrar as barreiras, assim como as possíveis soluções, no sentido de

-
- * Mestre e Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Professor de Filosofia do Direito e de Hermenêutica e de Teoria da Argumentação Jurídica (PUC-MG). Professor de Teoria da Constituição e História do Direito (UFMG). Estágio pós-doutoral em Filosofia e Teoria do Direito (Università degli studi di Roma III).
1. Agradeço ao Prof. Fredie Didier pelo belo convite. Agradeço ao Prof. Dierle Nunes por suas importantes considerações. Este artigo é dedicado à memória do meu caro Prof. José Alfredo Baracho e aos ensinamentos dos meus caríssimos Profs. Aroldo Plínio Gonçalves e Humberto Theodoro Junior, Titulares de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, de quem tive a hora de ser assistente e adjunto por mais de sete anos.
 2. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
 3. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistemas de garantias In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
 4. Para uma reconstrução discursiva e constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito do Direito Processual Penal, ver BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 169 e seguintes.

viabilizar-se não somente o *acesso ao processo*, mas também a remoção dos obstáculos à *justiça* e ao *bem comum* no exercício da jurisdição, representados inclusive pelas desigualdades sociais, econômicas, culturais e psicológicas das partes. Como afirma Dinamarco:

“O que mudou de lá para cá, na mentalidade do processualista, foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política. Como *escopo-síntese* da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a justiça, que é afinal expressão do próprio bem comum, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade.”⁵

II.

O que se pode aqui perceber é a marca de um *modelo processual de bem-estar social* que se faz presente em maior ou menor medida. Em Dinamarco, a jurisdição e o processo devem ser compreendidos como instrumentos que têm por finalidade realizar “os valores sociais e políticos da nação”⁶. E a liberdade e a igualdade compreendidas como valores a serem realizados progressivamente pela jurisdição encontram seu sentido tão-somente à luz das identidades culturais e tradicionais de cada *nação*, a modelarem “o modo-de-ser político de cada Estado”:

“Na determinação dos fins do Estado e (conseqüentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente. Entra aí, dessa forma, o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social. O agregado humano é visto, agora, como nação, ou seja, como unidade cultural; e do modo de ser da nação deriva a indicação do que ela espera do Estado que a envolve e do processo posto a seu serviço.”⁷

Dinamarco, então, afirma ser necessário que o juiz, no exercício da função jurisdicional do Estado, busque as *aspirações* ou o *espírito da lei*, representados por um “juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal”⁸. Assim, a atividade de aplicação jurisdicional do Direito possuiria um papel corretivo da falta de virtudes da legislação (“envelhecida” ou “mal feita”), através do apelo aos compromissos éticos do juiz, às finalidades políticas do processo e a um

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.156.
6. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.12.
7. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.157.
8. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.294.

uso alternativo do direito⁹. Nesse sentido, ao compreender o juiz como “um canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos legais”, Dinamarco concebe, nos seguintes termos, a relação entre o juiz e a lei, no exercício da jurisdição:

“Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça [ao juiz] meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele [o juiz] estará fazendo cumprir o direito.”¹⁰

III.

Várias críticas podem ser feitas a esse enfoque. Como já afirmavam Cappelletti e Garth, no final da década de 70, a pressa em garantir, contudo, nem sempre corresponde à certeza da garantia. Esses autores já asseveravam que as próprias reformas processuais que se destinavam a destruir um ou outro obstáculo ao “acesso à justiça” poderiam ao mesmo tempo, criar outras barreiras¹¹. A sede de *justiça como eficácia* nem sempre é acompanhada pela devida reflexão em face das questões jurídicas¹². Se a crença no Direito deve ter seus limites, e o Direito Processual também os tem, com muito maior razão a crença na capacidade dos juristas ou operadores jurídicos deve ser matizada. Em verdade, esse necessário grau de ceticismo em face de pretensões

9. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.295.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.294, n.6.
11. Cappelletti é um dos poucos processualistas que, ao tratar do tema do “acesso à justiça”, refere-se aos limites e aos riscos desse enfoque. Em seu clássico trabalho, com Bryant Garth, sobre o tema, ele afirma, dentre outras coisas, que “as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais” (Cappelletti, Mauro e Garth, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.161); que “as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploramente de seus sistemas jurídicos e políticos” (Cappelletti-Garth, p.162); que “os sistemas jurídicos não podem introduzir órgãos e procedimentos especiais para todos os tipos de demandas”, as competências podem ficar confusas, a especialização e conseqüente isolamento e estreiteza de perspectiva do juiz (Cappelletti-Garth, p.162-163). E o pior de todos, “o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório” (Cappelletti-Garth, p.163). De fato, não se quer negar a importância do “acesso à justiça”, a necessidade de reformas no sistema processual brasileiro ou que a superação de um enfoque formalista do processo e da jurisdição sejam necessárias. Mas para isso não é preciso, nem se deve, por um lado, abandonar as garantias processuais e, por outro, adotar uma compreensão idealizante e paternalista do papel do juiz ou do próprio Estado, como transparece na análise de alguns autores brasileiros.
12. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 88 e seguintes.

excessivas é exigência de um fundamento democrático: há muito, questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para tornarem-se questões de cidadania. Hoje, buscar sustentar a crença na *bondade* das decisões na *bondade* do juiz é até ingênuo, já que não só os fatores, mas também os sujeitos que *comparticipam* da construção de uma decisão judicial são - e devem ser - múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados.¹³ Como afirma Gonçalves:

“16. Enquanto não se podia pensar a função jurisdicional com a participação das partes na fase de preparação da sentença, a reflexão jurídica se ateve à missão do juiz, e projetou nele a grande esperança de se retificarem as injustiças do Direito positivo.

“17. Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do ‘papel-missão’ do juiz para as garantias das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações.”¹⁴

IV.

Chega-se, desse modo, então, à indagação central acerca de como seria possível pensar, hoje, a relação entre Constituição e processo, no sentido da superação tanto do *formalismo processual liberal*, quanto da *materialização processual de bem-estar social*.¹⁵ Pois se do ponto de vista do formalismo liberal, o processo é insensível aos desafios do Direito contemporâneo, na perspectiva do processo materializado o pré-direcionamento do processo a partir de uma *eticização* duvidosa da atividade jurisdicional pode levar a um paternalismo judicial que desconsidera de plano a capacidade das partes e, no fundo, termina por duvidar da própria democracia.¹⁶

A resposta a essa questão requer uma digressão. A reflexão agora deve recair sobre a própria compreensão que se pode ter acerca do papel do Direito. Afinal, o Direito possui *finalidades*? Qual pode ser a função do Direito nas sociedades modernas?

-
13. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
 14. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.195.
 15. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
 16. LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito**: Reconstrução da Jurisdição a partir do Direito Processual Democrático. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, 2005. (Tese de doutorado)

V.

Duas grandes crises do Direito apontam caminhos¹⁷ para que se responder a estas indagações: a crise do paradigma liberal e a atual crise do paradigma do bem-estar social. Podemos aprender com essas duas crises pelo menos duas lições importantes.¹⁸

Primeiramente, o Direito ou, simplesmente, a *fé no Direito*, não move montanhas: sem a necessária atuação no âmbito das políticas públicas e todo um processo de alteração de práticas sociais nos mais diversos níveis, sem uma constante *luta por reconhecimento*, os chamados dispositivos “programáticos” podem significar apenas sobrecarga e desgaste normativo para o próprio Direito. Afinal, não se muda a realidade por decreto. E, em segundo lugar, esse mesmo desgaste normativo não se esgota em si mesmo, mas revela-se socialmente como crise de legitimidade na articulação do Direito com a política, colocando em risco a própria constitucionalidade. A tarefa primordial do Direito nas sociedades modernas é a de ser uma dos *media* de integração social. Reocupando o lugar que a religião ou as tradições imemoriais detinham no passado das sociedades pré-modernas, o Direito deve a um só tempo:

(1) garantir a *certeza nas relações*, ou, numa linguagem mais atual, *manter as expectativas generalizadas de comportamento*, erigindo padrões de conduta;

(2) pretender ser o *fundamento de si mesmo*, já que não possui mais um fundamento absoluto, a religião ou a tradição, para legitimá-lo.

E essa perda de fundamento ocorre, justamente, como diria Rawls, em razão do “fato do pluralismo razoável”, ou seja, da existência, na cultura de uma sociedade política democrática, de diversas, opostas, e até mesmo inconciliáveis doutrinas morais, filosóficas e religiosas razoáveis.

Mas, afinal, o que significa dizer que o Direito deve realizar a pretensão de *fundar a si próprio*? Como decifrar essa *tautologia*?

17. Também sobre o reconhecimento de uma *dupla crise de paradigmas* ver STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 298; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 193-246. Não vamos tratar no presente momento das divergências, sempre salutares, entre as posições defendidas aqui, com base em Habermas, e as deste que é um dos maiores interlocutores que poderíamos ter tido a riqueza, a honra e o prazer de possuir. Apenas dizer, sim, que elas nos parecem complementares e de todo não incompatíveis com as defendidas aqui.

18. CARVALHO Netto, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE Oliveira, Marcelo Andrade (coord.) **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

VI.

No marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, proposta por Jürgen Habermas, o Direito, através da institucionalização jurídico-constitucional de procedimentos comunicativos de formação da vontade e da opinião, estrutura os processos de justificação da sua própria validade, realizando a pretensão de garantir as condições constitucionais da sua própria legitimidade.¹⁹ Tais condições referem-se a uma prática política deliberativa de cidadãos que no exercício de sua autonomia pública são os co-autores de seus próprios direitos e deveres. Esses processos deliberativos não estão surdos a questões pragmáticas, nem a questões éticas ou a questões morais, mas não se reduzem a nenhuma delas. Ao contrário, o processo legislativo democrático deve estar aberto a toda e qualquer questão que se torne problemática para a sociedade. Todavia, como se segue, o Direito não pode *ser* a política nem a política *ser* o Direito.

VII.

Pressupondo-se uma sociedade complexa, descentrada e pluralista, tanto o Direito quanto a política desempenham papéis próprios nos processos de integração social, buscando preencher, quer falhas funcionais, quer déficits de integração. E se, no desempenho dessa tarefa de integração, o Direito não pode simplesmente condicionar a atuação de atores sociais movidos por interesses egoísticos, como no caso do paradigma liberal, nem impor *a priori* uma única forma de vida como digna de ser vivida para a sociedade como um todo, como no caso do paradigma do bem-estar social; a integração social não pode ser confundida nem com o modelo econômico do mercado, como tantas vezes o foi no século XIX, nem tampouco com a uniformização das formas de vida, como tantas vezes se pretendeu no século XX:

“De um certo modo, a política tapa buracos funcionais que se abrem devido à sobrecarga advinda de outros mecanismos de integração social. Nisso ela se utiliza da linguagem do direito. Pois o direito é o *medium* que possibilita o translado das estruturas de reconhecimento recíproco – que reconhecemos nas interações simples e nas relações de solidariedade natural – para os complexos e cada vez mais anônimos domínios de ação de uma sociedade diferenciada funcionalmente, onde aquelas estruturas simples assumem uma forma abstrata, porém impositiva. Internamente, porém, o direito se estrutura de tal forma que um sistema político, configurado juridicamente, só pode *continuar* as realizações naturais de integração – que se realizam sob o nível de articulação do direito formal – num *nível reflexivo*. Ou seja, a integração social, realizada politicamente, tem que passar através de um filtro discursivo. Onde outros reguladores fracassaram – como é o caso dos padrões de coordenação convencionais – a política e o direito conseguem elevar, de certa forma, os processos solucionadores de problemas acima do limiar da consciência.

19. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, p.151-167.

O processo político soluciona *o mesmo tipo* de problema enfrentados pelos sobrecarregados processos sociais que ele substitui.²⁰

VIII.

Por um lado, neste contexto renovado, os processos legislativo, jurisdicional ou administrativo exercem papéis fundamentais. Nem reduzido a uma mera ritualística ou a um mero instrumento legitimador de decisões estatais, nem esgotados no momento da decisão, mas entendido como “procedimento realizado em contraditório” (Fazzalari), o processo é a dinâmica do Direito.

O processo jurisdicional é tradicionalmente definido pela doutrina como sendo “o instrumento através do qual a jurisdição opera”²¹. Seguindo um *critério teleológico*, a mesma doutrina distingue processo e procedimento em razão do primeiro ser, ao contrário do segundo, essencialmente teleológico e não meramente uma *forma*. Assim, processo seria o instrumento através do qual se exerce a jurisdição e procedimento seria a forma através da qual os atos e as fases processuais se sucedem²². E qual seria a natureza jurídica do processo? Para a doutrina tradicional, o processo é uma relação jurídica que, angular ou triangular, se realiza entre o autor, o Estado-juiz e o réu²³. A relação jurídico-processual se diferenciaria da relação jurídico-material em razão de pressupostos ou condições de existência específicos, quanto aos sujeitos e ao objeto. É nesse sentido que os autores falam em *pressupostos processuais*.²⁴

Essas duas compreensões, a distinção entre processo e procedimento com base num critério teleológico e a da natureza jurídica do processo como relação jurídica, podem ser duramente criticadas²⁵. A primeira, não só porque se esquece que mesmo dentro do seu próprio quadro conceptual o procedimento não seria uma mera exterioridade, já que teria a mesma finalidade do processo a que se prestaria, mas também por lidar com um conceito não só restrito, mas pouco sofisticado de procedi-

20. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, p. 318.

21. CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.279

22. CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.279. GONÇALVES, Aroldo. **Técnico processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.70 e seguintes. TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2. BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p.56. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito processual Civil**, vol. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.33ss. CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires; Europa-América, 1971, p.40-41.

23. CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.284 e seguintes.

24. BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

25. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p.64-66; 81 e seguintes.

mento; e a segunda porque ao conceber o processo como relação jurídica expõe-se às críticas, levantadas no plano da Teoria Geral do Direito, quer fundadas em Kelsen²⁶ quer na teoria das situações jurídicas²⁷.

A concepção de processo aqui defendida não distingue o processo e o procedimento através de um critério teleológico, nem compreende o processo como relação jurídica ou o procedimento como mera forma. Assume, da perspectiva reconstrutiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Habermas²⁸, a tese de Fazzalari²⁹, exposta e desenvolvida por Gonçalves³⁰, segundo a qual o processo se diferencia do procedimento porque este último é um conceito mais amplo; procedimento é gênero do qual o processo é espécie. Para chegar a essa distinção, há que se partir tanto de um conceito renovado de procedimento quanto de processo, condizente não somente com o estágio atual da Teoria Geral do Direito, quanto com o sistema normativo em que esses institutos surgem. O procedimento³¹, assim como processo, é categoria da Teoria Geral do Direito. Procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos estatais são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. Mas o procedimento não se esgota na simples preparação do provimento, ele possui uma característica fundamental, a forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem. Visando à preparação do provimento, o

-
26. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.176-181. Cabe considerar que as divergências com o enfoque kelseniano são múltiplas e necessitariam toda uma digressão à parte.
27. ROUBIER, Paul. **Théorie générale du droit**. Paris: Sirey, 1946. DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Trad. Adolfo Posada. Buenos Aires: Heliasta, s.d. Não consideramos, todavia, que o abandono da teoria clássica dos direitos subjetivos deva levar a uma assimilação desses direitos a bens juridicamente atrativos, inclusive no sentido de “posições de vantagem” em relação a bens. Nisso, estamos, mais uma vez, com Dworkin e Habermas, e consideramos que o sistema de direitos dever ser compreendido deontologicamente e como garantidor da autonomia jurídica, sob pena de, por via transversa, instrumentalizarem-se, uma vez mais, o processo, a jurisdição e o próprio Direito a escopos metajurídicos, como em Dinamarco, tornando, pois, sem sentido, toda e qualquer crítica à concepção de instrumentalidade do processo defendida por este último autor. Direitos não são bens, normas não são valores. Sobre a distinção entre normas e valores, ver HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, 253-261 e COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise do tratamento jurisdicional da vedação constitucional de provas ilícitas: Contribuições para garantia dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduações em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).
28. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Cambridge, Mass.: MIT, 1998.
29. FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, n. 3, p. 861-880, 1958. FAZZALARI, Elio. **Istituzione di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994.
30. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
31. FAZZALARI, Elio. **Istituzione di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994, p.82 e seguintes. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.102 e seguintes.

procedimento possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos, situações jurídicas e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto. Já o processo³² caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos *interessados*, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

Nesses termos, em que sentido poder-se-ia reconstruir a afirmação segundo a qual, por um lado, o processo jurisdicional é instrumento do exercício da Jurisdição e, por outro, é instrumento de garantia de direitos?³³

Primeiramente, cabe dizer que essas duas perspectivas podem esconder uma compreensão estatalista da Jurisdição que a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório quer romper.³⁴ Assim, deve-se resgatar, mais uma vez, o papel e a finalidade do processo jurisdicional, sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

A tensão interna, sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito manifesta-se, no exercício da Jurisdição, como o problema de um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente. Tal tensão assume vida nova no nível pragmático do próprio processo jurisdicional, porque as exigentes formas de comunicação e do procedimento de argumentação devem se harmonizar com as restrições impostas pelo próprio Direito, através da necessidade de fato de decisão. Nesse sentido:

“O Direito mais uma vez deve ser aplicado a si mesmo na forma de normas de organização, não somente para criar competências jurisdicionais, mas para estabelecer

32. FAZZALARI, Elio. **Istituzione di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994, p.82 e seguintes. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.115 e seguintes.
33. Sobre o tema, ver BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários**: Por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).
34. Para uma abordagem processual e discursiva que busca levar a sério a equiprimordialidade das dimensões pública e privada no processo, ver também ARAÚJO, Marcelo. **Coisa julgada inconstitucional**: Hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

discursos jurídicos como componentes dos processos jurisdicionais. Normas de Direito Processual institucionalizam o processo de decisão judicial de tal modo que o julgamento e a sua fundamentação possam ser considerados o resultado de um jogo argumentativo governado por um programa específico. Mais uma vez, os procedimentos jurídicos entrecruzam-se com processos de argumentação, e de tal modo que o Direito Processual que institua discursos jurídicos não deva interferir na lógica argumentativa interna que caracteriza tais discursos. O Direito Processual não regula os discursos jurídico-normativos enquanto tais, mas assegura nos aspectos temporal, social e material a estrutura institucional que libera o caminho do processo de comunicação governado pela lógica dos discursos de aplicação.”³⁵

No quadro do exercício da Jurisdição, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução *argumentativa* no processo da *situação de aplicação*, e, por outro, da determinação *argumentativa* de qual, dentre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto³⁶. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional:

“Entre uma decisão “justa”, tomada autoritariamente, e uma decisão “justa”, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade.”³⁷

O processo, portanto, é procedimento discursivo que garante a geração de decisão compartilhada. Como afirma Gonçalves:

“A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: com a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos. A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretense direito lhes é negado(...) A instrumentalidade técnica do processo, está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada,

35. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT, 1996, p. 234-235.

36. GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**: Application discourses in morality and law. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

37. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.174.

com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.”³⁸

Assim, não se pode opor o exercício da Jurisdição à garantia de direitos, pois é através do processo jurisdicional realizado em contraditório entre as partes, juntamente com o juiz ou tribunal autor do provimento, que o provimento jurisdicional é emitido e a função jurisdicional é exercida.

Todavia, há, em segundo lugar, um problema quanto a compreender o processo como garantidor, assim sem maiores esclarecimentos e em termos tão concretistas, *chiovendianos* até, de “direitos materiais”. Como afirma Gonçalves, “os direitos garantidos no processo não se confundem com o direito material que será objeto de exame na sentença.”³⁹

O processo jurisdicional não é um mero instrumento a serviço quer da Jurisdição, quer das partes. O processo jurisdicional é **constitutivo** do exercício da Jurisdição *ao mesmo tempo* em que se garantem direitos de participação, condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional. Nem sempre o processo jurisdicional, portanto, é garantidor de direitos materiais. Apreciando-se uma alegação de lesão ou de ameaça a direito, pode ser que através do processo se chegue à conclusão de que não há direito a ser atuado ou garantido em face de lesão ou de ameaça. Mas, pelo menos no caso brasileiro, como lembra Gonçalves⁴⁰, o processo terá se desenvolvido utilmente e até o provimento, e a Jurisdição terá cumprido a sua finalidade, que é a de apreciar se houve ou não ameaça ou lesão a direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República brasileira.

IX.

Mas se, por um lado, os processos legislativo e jurisdicional (e também o administrativo) exercem papéis fundamentais, sendo compreendidos como “procedimentos realizados em contraditório” (Fazzalari), por outro lado, cabe considerar que para uma teoria do Direito e da Democracia que ultrapassa os paradigmas jurídicos liberal e de bem-estar social, o Direito deverá ser reconstruído, fundamentalmente, como *processo* ou em termos procedimentalistas. Assim a Constituição, reconstruída como interpretação do sistema de direitos garantidor das autonomias pública e privada, e dos princípios do Estado de Direito, que se realiza ao longo do tempo histórico, em sua permanente abertura para o futuro, institucionaliza juridicamente processos mediante os quais se deve dar a dinâmica democrática do Direito a gerar, “fundar”,

38. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.171.

39. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.176.

40. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 141; 164 e seguintes.

legitimamente, o próprio Direito.⁴¹ Nesses termos, é que não se trata simplesmente de uma relação, Constituição, por um lado, processo, por outro, mas sim a construção de uma compreensão procedimentalista da Constituição como processo, como a institucionalização jurídica de condições e procedimentos que garantam o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos.

X.

Superadas essas questões, cabe, agora, perguntar acerca da jurisdicionalidade da Jurisdição Constitucional? O exercício da Jurisdição Constitucional se dá sempre através de um “processo” constitucional? E as questões a serem tratadas pela Jurisdição Constitucional sempre envolvem, ainda que indiretamente, direitos fundamentais?

A Jurisdição Constitucional, no mundo contemporâneo, assume espectro amplo. Antes de mais nada, é preciso lembrar que estamos diante de uma questão que deve ser vista também à luz do Direito Positivo de cada comunidade jurídica concreta, embora seja possível concluir algo da perspectiva de uma teoria geral. Partindo de uma distinção bastante questionável, própria dos sistemas jurídicos da Europa continental, entre direito objetivo e direito subjetivo, os autores distinguem, fundamentalmente, dois grandes setores de atuação da Jurisdição Constitucional: Garantia de direitos fundamentais, a chamada Jurisdição Constitucional das Liberdades; e garantia da Constituição, que envolve desde conflitos de competência constitucionalmente configuradas até o chamado controle de constitucionalidade da lei em tese. Gomes Canotilho assim esquematiza os “campos problemáticos” da Jurisdição Constitucional, ressaltando-se as particularidades concretas de cada ordenamento jurídico-constitucional:

- “(1) *Litígios constitucionais* (“*Verfassungstreitigkeiten*”), isto é, litígios entre os órgãos supremos do Estado (ou entre entes com direitos e deveres constitucionais);
- (2) *Litígios* emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais (ex.: federação e órgãos federados, estados e regiões);
- (3) *Controlo da constitucionalidade* das leis e, eventualmente, de outros actos normativos (*Normenkontrolle*);
- (4) *Protecção autónoma de direitos fundamentais* (“*Verfassungsbeschwerde*”, “recurso de amparo”);
- (5) *Controlo da regularidade de formação dos órgãos constitucionais* (contencioso eleitoral) e de outras formas importantes de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos);

41. HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principles? *Political theory*, v. 29, n. 3, dec. 2001, p. 766-781., p. 57-77.

(6) Intervenção nos processos de averiguação e apuramento da *responsabilidade constitucional* e, de um modo geral, a “defesa da constituição” contra crimes de responsabilidade (“*Verfassungsschutzverfahren*”).⁴²

Já vimos como a utilização do termo garantia deve ser esclarecida para não cairmos numa armadilha conceitual. Vamos, agora, enfrentar o desafio de aplicar os princípios constitucionais do processo à Jurisdição Constitucional. A pergunta acerca da jurisdicionalidade da Jurisdição Constitucional levanta a questão da separação de poderes e da divisão de funções entre os órgãos que exercem a Jurisdição Constitucional e principalmente os órgãos legislativos. O que diferencia, fundamentalmente, a Jurisdição Constitucional do Poder Legislativo, o Processo Jurisdicional Constitucional do Processo Legislativo? Afinal, a Jurisdição Constitucional concorre com o Poder Legislativo?

A famosa caracterização da Corte Constitucional como “legislador negativo” é de Kelsen⁴³. Em resposta às críticas de Schmitt⁴⁴, Kelsen, movendo-se do terreno metodológico para o da política, apresenta uma sofisticada leitura, em termos formais, do controle de constitucionalidade das leis, segundo a qual o objeto do controle não seria uma norma jurídica, mas o processo de produção da norma⁴⁵. E, em última análise, toda questão de inconstitucionalidade material seria uma questão de inconstitucionalidade formal⁴⁶.

Todavia, tal posição, que poderia sugerir uma leitura procedimentalista do Direito, permanece problemática, pois a compreensão de um legislador negativo pressupõe uma leitura do princípio da separação dos poderes, que ainda se move do paradigma do Estado Liberal ao paradigma do Estado de Bem-Estar-Social. Em **La garanzia costituzionale della costituzione (La giustizia costituzionale)**, Kelsen assim esclarece seu ponto de vista, quanto à caracterização da função de uma Corte Constitucional independente, em face da separação de poderes:

“A anulação de um ato legislativo por parte de um órgão diverso constitui invasão do ‘poder legislativo’, para dizer em termos correntes. Mas isso aparece como uma argumentação bastante problemática não apenas se se considera que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais, também – em razão da independência dos seus membros – vem organizado em forma de tribunal, que não exerce em realidade uma verdadeira função jurisdicional. Embora se possa distinguir a diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa, essa diferença consiste antes de tudo no fato desta criar normas gerais enquanto aquela cria somente

42. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p.789.

43. KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981, p.256.

44. SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

45. KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981, p.246 e seguintes.

46. KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981, p.154.

normas individuais (Possamos aqui sublinhar o fato de que também essa não é uma distinção de princípio...). Ora, anular uma lei significa editar uma norma geral, já que tal anulação tem o mesmo caráter de generalidade da formação da lei, sendo por assim dizer uma formação com sinal negativo, e portanto uma função legislativa. E um tribunal que possui o poder de anular as leis é por consequência órgão do poder legislativo. A anulação das leis por um tribunal poderia ser portanto considerado tanto como repartição do poder legislativo quanto como invasão do poder legislativo (...) Se se quer manter [o princípio da separação dos poderes] numa república democrática, pode ser somente tomando razoavelmente em consideração, entre os vários, o significado que exprime a expressão ‘divisão de poderes’, melhor do que a de separação, a idéia, a saber, da repartição do poder entre órgãos diversos, não tanto para isolá-los reciprocamente, quanto para consistir num controle de uns sobre os outros. E isso não somente para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria danosa para a democracia – mas para garantir outrossim a regularidade do funcionamento dos diversos órgãos. Mas agora a jurisdição constitucional não contrasta completamente com o princípio da separação de poderes, em vez disso é uma afirmação (...) A sua independência tanto perante o parlamento quanto em relação ao governo é um postulado evidente. É realmente correto que o parlamento e o governo, os órgãos que participam do procedimento legislativo, devam ser controlados pelo órgão da justiça constitucional.”⁴⁷

Dissertando acerca da legitimidade e da conveniência jurídica da criação de Cortes Constitucionais, Kelsen assim desloca suas preocupações metodológicas para o campo pragmático da política, após buscar caracterizar o que poderia ser uma leitura “formal” do controle de constitucionalidade, mas que só seria efetivamente possível se realizada de um ponto de vista procedimental adequado. Apontando o argumento decisivo, segundo o qual é politicamente conveniente não encarregar o parlamento ou o governo do controle de constitucionalidade das leis e regulamentos, afirma:

“Uma vez que nos casos mais importantes de transgressão da constituição o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito, a qual esteja acima dessa oposição, impossibilitada ela mesma de exercer o poder, a qual divide essencialmente a constituição entre o governo e o parlamento. Isso confere inevitavelmente um certo poder a tal instância. Porém o fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhe o controle da constituição.”⁴⁸

47. KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981, p.172-174.

48. Citado por HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**, vol. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 302. Tal passagem, assim, completa-se: “Il vantaggio fondamentale di un tribunale costituzionale sta in ciò, che esso, non partecipando sin dall’inizio all’esercizio del potere, non si pone in contrasto necessario col parlamento e col governo.”(KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981, p. 270)

Se compreendermos a Constituição como a regulação de processos que visam a garantir o exercício da autonomia, de uma perspectiva que supera tanto o paradigma liberal, quanto o paradigma de bem-estar social, poderemos reconstruir a tarefa da Jurisdição Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade como primordialmente referida ao exame e à garantia de realização das condições procedimentais da gênese democrática do Direito, como veremos a seguir, com base em Habermas⁴⁹. Mas tal referência às condições procedimentais do processo legislativo democrático não faz da Jurisdição Constitucional um poder legislativo, ainda que negativo, porque sua perspectiva lógico-argumentativa não deve ser a perspectiva do Legislativo, que deve visar ao estabelecimento de programas e políticas para a realização dos direitos constitucionais, mas a da aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional⁵⁰.

Estamos diante de uma diferença qualitativa e não meramente quantitativa: enquanto os discursos legislativos de justificação normativa se referem à validade das normas, nos termos das condições institucionais exigidas pelo princípio democrático⁵¹, os discursos jurisdicionais de aplicação normativa se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, à luz de visões paradigmático-jurídicas que cobram reflexividade⁵². No processo constitucional, não se trata de justificar a validade das normas jurídicas legislativas, mas sim de averiguar a constitucionalidade e a regularidade do processo legislativo, aplicando a Constituição. Há uma diferença inafastável do modo e da finalidade dos processos legislativo e jurisdicional constitucional.

Assim, a Jurisdição Constitucional, apesar das especificidades de cada ordenamento jurídico, significa, aqui, o exercício do poder jurisdicional em matéria constitucional, ou seja, a apreciação, em sede difusa ou concentrada, de alegações que explicitamente se fundam em razões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, no contexto lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional. No Brasil, se todo órgão do Poder Judiciário não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar alegações que explicitamente se referem à Constituição, podemos dizer que todo o Judiciário brasileiro é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, toda a jurisdição é jurisdição constitucional, conforme os processos constitucional e legalmente previstos.

49. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade, vol 1, p.322-330.

50. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p.322; 327-328.

51. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, p. 110.

52. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, p. 388-446.

E o que se pode dizer acerca de a Jurisdição Constitucional ser ou não exercida através de um processo, o Processo Constitucional? Isso também é uma questão que deve ser analisada à luz dos diversos ordenamentos jurídicos.

Primeiramente, como vimos, onde houver procedimento que se realiza em contraditório, haverá processo, como no caso do modelo constitucional brasileiro de controle judicial de constitucionalidade. Isso serve inclusive para o controle concentrado, por via principal, apesar da idéia geralmente divulgada de que controle concentrado, por via de ação, sempre se realiza através de “processo objetivo”, ou seja, de mero procedimento de “jurisdição voluntária”⁵³. E, em segundo lugar, dadas as especificidades dos ordenamentos jurídicos, no caso brasileiro não há processo que não deva ser constitucional, e não somente porque todo processo é estruturado por princípios constitucionais, mas também em razão de que em nosso ordenamento todo órgão judicial é competente para apreciar questões em matéria constitucional. Assim, como veremos a seguir, cai por terra, no Brasil, uma teoria constitucional ou processual que pretenda absolutizar a distinção entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. Todo processo, e não somente os que estruturam as chamadas garantias constitucionais processuais, ao criar condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional, é processo que viabiliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional.

XI.

Com a ampla constitucionalização de princípios processuais, no passado construídos a partir da aplicação da legislação processual, juristas brasileiros, seguindo as lições de autores alemães, introduziram na discussão constitucional e processual pátria a distinção entre o que seriam um “Direito Constitucional Processual” – o conjunto de normas constitucionais que estruturam o Direito Processual – e um “Direito Processual Constitucional” – processo através do qual a jurisdição constitucional é exercida.⁵⁴ O Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do “devido processo” e do “acesso à justiça”, e se desenvolveria através de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc.. Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à “Garantia da Constituição” e à “Garantia

53. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.117-118.

54. *V. g.* a obra especializada, NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.20-22.

dos direitos fundamentais”, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, “Habeas Corpus”, “Amparo”, “Mandado de Segurança”, “Habeas Data” etc..

XII.

Esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional, adequada ao panorama constitucional do Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões. Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, “constitucional”; Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes,⁵⁵ o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira.⁵⁶

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro “Modelo Constitucional do Processo”, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal. Nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de argüir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de “comando” eivado de inconstitucionalidade. Nesse sentido é que Magalhães firma: “No Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional”, no que tem toda razão.

Não estamos em Weimar. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Mandado de Segurança, o “Habeas Corpus”, o Mandado de Injunção, nada mais são do que meios processuais especiais, complementares, e, como tais, devem ser compreendidos como formas de concretização do mais amplo modelo do direito à tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional que se desenvolve através deles não cria um “estado de exceção” e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de uma Corte Constitucional kelseniana ou de um Presidente do Reich schmitiano. A cidadania não precisa de tutores.

55. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 760, fev. de 1999, p. 12.

56. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reforma do Judiciário. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, mai. 2000, p.2-4.

Portanto, não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional, a ponto de se chegar a distinguir o que deve estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregação do estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Tributário etc..

É preciso pontuar, a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional possui uma história. Ela surge no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada. No Direito tradicional continental europeu, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o legislativo e a Corte são autorizados a interpretar a Constituição, o cidadão e o juiz comum não. Questões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns e nenhum cidadão pode argüi-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se acerca delas. Como diria Häberle, trata-se de uma “sociedade fechada de intérpretes da constituição”. Uma sociedade fechada que criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que criou a jurisprudência dos valores.

No Brasil, como nos Estados Unidos, o quadro é outro. Todo cidadão é intérprete da Constituição, qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos. Não é sem motivo o fato de que para nós, assim como para os norte-americanos, a decisão judicial é declaratória e com efeitos retroativos; a decisão é o resultado do reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer. Quem desobedece uma lei por considerá-la inconstitucional não é criminoso; tem razões públicas para isso.⁵⁷

XIII.

Nesse sentido, é também preciso reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 9.868/99, que pretende descaracterizar o controle difuso, ao buscar alterar o art. 482 do Código de Processo Civil, e por intentar transformar as decisões em ação direta

57. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal num meio espúrio de suspensão da ordem constitucional, ao pretender atribuir a esse Tribunal o poder de restringir o conteúdo e de fixar os efeitos temporais de suas decisões, flagrantemente invertendo a hierarquia das fontes ao poder determinar, à cidadania, à Administração Pública e aos demais juízes e tribunais, a obediência a leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo próprio Tribunal, com base em “razões (?) de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (art. 27, da Lei n. 9.868/99). Segundo Magalhães:

“É necessário que tenhamos consciência da riqueza de nosso sistema para que possamos preservá-lo e protegê-lo das constantes tentativas autoritárias representadas, para nós, pelo fortalecimento do controle concentrado até a eliminação do controle difuso, além de outras tentativas extremamente autoritárias como a súmula vinculante, que representa o fim do Judiciário e a desumanização do processo.”⁵⁸

XIV.

É nesse quadro renovado que defendemos que a tarefa da Jurisdição Constitucional, especialmente, no exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis, será a de garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos. Nesse sentido, torna-se óbvio a importância desse controle, como veremos, no que toca ao respeito às normas constitucionais e regimentais que regulam o processo legislativo de justificação e de produção das normas jurídicas. Essa mesma tarefa de garantia da autonomia jurídica, pública e privada, pode ser vista das seguintes perspectivas:

1 - Garantia do devido processo legislativo democrático; ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação;

2 - Garantia do devido processo constitucional; ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional.

Ad 1 - Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Jurisdição Constitucional deve referir-se primeiramente aos pressupostos comunicativos e às condições processuais para uma gênese democrática do Direito. Tal perspectiva não poderá reduzir-se a uma leitura meramente instrumental do processo legislativo, como sugerem os enfoques liberais da política, pois há que se levar explicitamente em conta o caráter normativo dos princípios constitucionais que justificam a legitimidade desse processo. Mas esses princípios não podem nem necessitam ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política, como sugerem alguns republicanos, a partir de uma teoria substantiva dos direitos fundamentais ou de uma teoria do devido processo substantivo.

58. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reforma do Judiciário, *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, mai. 2000, p.2-4.

Ad 2 – Nessa perspectiva, a Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação **reflexiva** do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como “modelo constitucional do processo”⁵⁹, a si mesma.

Desse modo é que a garantia dos direitos fundamentais (3) e a garantia do direito das gerações futuras ao exercício da autonomia jurídica (4) – autonomia política, capacidade para uma escolha racional e auto-realização ética - que se ramifica no uso público das liberdades comunicativas e no uso privado das liberdades subjetivas, repousam e são desenvolvimentos das duas garantias constitucionais processuais básicas acima elencadas.

Ad 3 - Como a atuação da Jurisdição Constitucional deve referir-se às condições procedimentais do processo legislativo constitucionalmente estruturado, de acordo com o qual os cidadãos, no exercício de seu direito de autodeterminação, possam realizar o projeto cooperativo de estabelecer condições recorrentemente mais justas de vida, essa atuação deve justamente assegurar o sistema de direitos que apresentem tais condições procedimentais e que, assim, garantem as autonomias pública e privada dos cidadãos, não somente perante o poder administrativo do Estado, mas também em face do poder social e econômico .

Ad 4 – Vista dessa perspectiva, a tarefa da Jurisdição Constitucional envolve a própria questão acerca do futuro de uma Democracia, assim como a relação entre a Constituição e o tempo, o que envolve a reconstrução, p. ex., de um “princípio constitucional da reversibilidade das decisões”, ao lado de um “princípio da não-escravidão voluntária”, como corolários do princípio democrático, princípios, esses, que devem estruturar os processos *formais* e *informais* de mudança constitucional. Nesse sentido, no que se refere aos processos *formais*, cabe dizer que a Jurisdição Constitucional, no exercício do controle judicial de constitucionalidade do processo legislativo de reforma constitucional, deve garantir as condições procedimentais de um processo democrático de reforma, no tempo, das interpretações subjacentes às decisões políticas e jurídicas fundamentais acerca de o que deva ser *o juridicamente correto*, possibilitando às gerações futuras a apropriação reflexiva das tradições

59. ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: Corso di lesioni. Torino: Giappichelli, 1990.

político-constitucionais, no sentido de que a Constituição deverá ser sempre considerada como um projeto em aberto, numa Democracia. Por outro lado, a garantia de um processo legislativo democrático de reforma constitucional deve impedir que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado distanciado das fontes de legitimidade situadas nos fóruns de uma esfera pública política que não se reduz ao Estado. O que leva a que mais uma vez se retome, explícita e radicalmente, a pergunta pelos fundamentos democráticos e pluralistas do constitucionalismo, relacionados à própria pretensão de legitimidade do Direito moderno e dos vínculos constitucionais.

XV.

Entretanto, embora a tarefa de garantir as condições processuais para o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos necessite de uma Jurisdição Constitucional ofensiva, nos casos em que se deve impor o processo democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade, isso não pode fazer da Jurisdição Constitucional uma *guardiã comunitarista* do processo político e da cidadania. Uma interpretação do processo político, que seja adequada à complexidade das sociedades atuais, não pode reduzir a política a um processo de autorrealização ética, nem muito menos reduzir a Constituição a uma ordem concreta de valores. A formação democrática da vontade e da opinião não tira sua força legitimadora da convergência de convicções e de razões éticas, mas dos pressupostos comunicativos e dos processos de justificação normativa que possibilitam o aporte de razões e interesses de amplo espectro, de tal modo a possibilitar a seleção dos melhores argumentos. A autonomia pública, assim como o Direito, não pode ser reduzida a uma autorrealização ética, o que justifica, segundo Habermas, o fato de a Teoria do Discurso não precisar revestir o processo político de condições excepcionais de “consciência e de virtude cívicas”. Assim, a Jurisdição Constitucional não tem, portanto, que buscar sua legitimidade em condições excepcionais. Ela pode permanecer no quadro de sua autoridade para **aplicar** o Direito, na certeza de que o processo democrático, que ela deve proteger, não precisa ser descrito como um *estado de exceção*.⁶⁰ Se compreendermos, portanto, a Constituição como a configuração de um sistema de direitos fundamentais, que assegura a inter-relação e a co-originalidade das autonomias pública e privada e que, assim, apresenta as condições para institucionalização jurídica das formas comunicativas necessárias para uma legislação autônoma, a Jurisdição Constitucional deve referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade. Mas, para isso, temos de livrar nossa compreensão do processo político de conotações excessivas, impostas por uma concepção comunitarista que

60. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, p. 280.

colocariam a Jurisdição Constitucional sob permanente pressão. Concordando com Habermas, a Jurisdição Constitucional não pode assumir o papel de um regente que assume o lugar de um sucessor ao trono, ainda menor de idade.⁶¹

Sobre o pano de fundo de uma esfera pública criticamente mobilizada – a da cidadania que se transformou numa “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (HÄBERLE) -, a Jurisdição Constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um *tutor*. O que, todavia, significa que:

“Não é necessário idealizar esse papel, tal como feito por constitucionalistas seguros de si, a menos que se esteja procurando um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa tentação provém de um *estreitamento ético dos discursos políticos* que é comum, mas que não está ligado necessariamente ao conceito de política deliberativa. Essa equiparação da deliberação política aos processos de auto-compreensão coletiva não é convincente sob o ponto de vista da lógica da argumentação, nem necessária para a defesa de uma abordagem intersubjetiva” [próprio a um regime democrático]⁶².

XVI.

Por fim, sob o pano de fundo das reflexões até aqui desenvolvidas, cabe fazer um breve comentário sobre o modo com que recentemente o Min. Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro tem procurado justificar a atuação positiva por parte do Tribunal: a chamada “representação argumentativa”.⁶³ Segundo o Min. Gil-

61. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, p. 280.

62. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Mass.: MIT, 1998, p. 280.

63. MENDES, Gilmar. “A legitimidade do STF se dá pela argumentação”. Disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/legitimidade-democratica-do-stf-se-d.html>. Acesso em 22 de Julho de 2008. “Para o presidente do STF, tribunal supre deficiências do Legislativo. Juliano Basile, de Brasília, 09/06/2008, *Jornal Valor Econômico*. MENDES: “É uma tendência quase geral. Os tribunais mandam o Parlamento complementar a lei e este último obedece”. A inovação mais importante do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das pesquisas com células-tronco não diz respeito às pesquisas, nem ao início da vida e tampouco à separação entre igreja e Estado. O maior avanço daquele julgamento foi o passo adiante do presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, no sentido de declarar o tribunal como “Casa do povo” **para suprir as deficiências do poder Legislativo, o Congresso Nacional**. A tese é bastante polêmica se vista do ponto de vista estrito da necessidade de separação entre os três Poderes. Por outro lado, se torna plenamente aceitável, na visão de Mendes, ao se verificar que os Poderes também devem ser harmônicos entre si e, portanto, trabalhar de maneira ativa para a melhor elaboração das leis na sociedade. **“Os tribunais acabam corrigindo o Legislativo”**, afirmou Mendes ao Valor [Econômico], por telefone, da Lituânia, onde participou de um encontro internacional de Supremas Cortes, na semana passada. No evento, 39 presidentes de Supremos discutiram o problema da omissão legislativa e a maioria concluiu que, quando as leis são falhas perante os princípios centrais da Constituição cabe, sim, a intervenção dos tribunais. “É uma tendência quase geral no mundo”, constatou o presidente do Supremo brasileiro. **“Os tribunais mandam o Parlamento complementar a lei e este último obedece.”** Foi justamente o que Mendes e outros quatro ministros queriam fazer no caso da Lei de Biossegurança, que autoriza as pesquisas com embriões. Eles defenderam a manutenção do texto que permite o uso de células-tronco, mas queriam aplicar nova interpretação ao seu teor de modo a impor condicionantes ao uso de

embriões pelos cientistas, como a criação de um órgão federal para fiscalizar. **“Estamos numa nova fase histórica deste STF no qual esta casa assumiu um novo protagonismo”**, justificou, na ocasião, o ministro Ricardo Lewandowski. “Então, me parece adequado impor as condicionantes para as pesquisas porque a lei é extremamente vaga e tecnicamente imprecisa”, completou. Lewandowski citou outros exemplos em que o STF **“tem admitido condicionantes quase entrando no campo do legislador”**: a imposição da lei de greve do setor privado para as paralisações do setor público e a interpretação de que ao mudar de partido, sem justificativas plausíveis, após eleito, o político perde o seu mandato. A imposição de condicionantes ao uso de embriões acabou não emplacando não por causa de eventual interferência no Congresso, mas porque seis ministros acharam que a Lei de Biossegurança é constitucional e não necessita de aperfeiçoamentos. Apenas um ministro protestou contra a possibilidade de interferência na lei: “Há o risco de redesenhar a norma em exame assumindo o Supremo o papel de legislador positivo”, advertiu Marco Aurélio Mello. “É de todo impróprio o STF, ao julgar, fazer recomendações. Não somos órgão de aconselhamento”, completou. **Como o Supremo pode representar a sociedade? Mendes afirma que, enquanto os parlamentares representam a população pelo voto que recebem, o STF faz a “representação argumentativa” da sociedade. A tese é do filósofo alemão Robert Alexy para quem os tribunais corrigem distorções do Legislativo. Segundo Alexy, o Parlamento representa o cidadão politicamente e as Supremas Cortes o fazem argumentativamente. Essa representação pela argumentação tem sido utilizada com força pelo STF nos últimos quatro anos. Como ela funciona? Antes de levar grandes questões a julgamento, o tribunal recebe todo o tipo de argumentação através de entidades, associações, advogados públicos e privados. Assim, cada julgamento se tornou um embate onde as mais diversas correntes se manifestam.** Durante o caso das células-tronco, Gilmar Mendes foi bastante específico neste ponto. Ele citou a realização de audiências públicas para ouvir a população, a atuação do Ministério Público - segundo ele, o representante da sociedade perante o tribunal -, a advocacia pública - representada pela AGU - e a advocacia privada - na qual foram ouvidos representantes da igreja e dos institutos de pesquisa - e, por fim, a presença dos “amicus curiae”. Os “amicus”, ou “amigos da Corte” são entidades interessadas no julgamento que obtêm espaço no tribunal para manifestarem a sua posição. É o caso da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) ou do Movimento em Prol da Vida, favorável às pesquisas com embriões. Os “amicus” têm atuação crescente no STF desde 2004, quando o então presidente da Corte, Nelson Jobim, criou a pauta organizada de julgamentos de modo a convocar todos os interessados num determinado assunto para que se manifestem antes da decisão. Isso fez com que o STF passasse a julgar mais questões de interesse geral do que temas restritos às partes individuais de cada processo. **Para Mendes, a participação de cada um destes entes faz do STF “um espaço democrático”. “Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.” É com essa participação que se dá a visão do STF como representante do povo.** Na Lituânia, Mendes disse que, quando o Congresso se omite, torna-se um dever do Judiciário suprir este lacuna. **Ele apontou que há um déficit nas decisões tomadas pelo Legislativo: a falta de argumentação. O Congresso não precisa necessariamente fundamentar as suas decisões.** “Há uma cobrança de racionalidade dos parlamentares, mas ela não ocorre necessariamente”, explicou ao Valor. “Isso é o contrário do que acontece entre nós”, disse referindo-se ao STF. “As nossas decisões só ganham peso se conseguem convencer.” De fato, no Supremo, não é possível vencer uma votação sem convencer os ministros. **No Congresso, a diretriz principal é vencer, e não convencer. Essa ausência de argumentação no Congresso leva, segundo Mendes, a distorções.** Como exemplo, ele cita um projeto de lei aprovado neste ano que transfere o controle dos cartórios extrajudiciais, hoje, em poder da Justiça, para os Executivos dos Estados. O projeto permitiria a transferência de mais de R\$ 4 bilhões anuais, movimentados por estes cartórios, a pessoas delegadas pelos Estados. O texto só não foi sancionado na semana passada porque o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, presidido por Mendes) interveio, formalizando um pedido de veto à Presidência da República. “Se este projeto fosse aprovado, o Supremo derrubaria, pois ele contraria a Constituição”, justificou Mendes. “O Congresso precisa desenvolver uma racionalidade argumentativa”, pediu. A omissão legislativa pode ser dividida, segundo Mendes, em duas vertentes. Primeiro, a omissão absoluta do Congresso, quando há falta de lei, como no caso das greves dos servidores. E a omissão parcial, quando a lei não cumpre todas as exigências da Constituição. “No caso da greve, será que o tribunal exagerou ou a sociedade estava a reclamar uma

mar Mendes, seguindo Alexy, enquanto o Legislativo exerceria uma “representação democrática”, obtida por meio de eleições, o Supremo Tribunal, no exercício da jurisdição constitucional, exerceria uma “representação argumentativa”⁶⁴.

Para Alexy:

“Representação é uma relação de duas variáveis entre um *repraesentandum* e um *repraesentans*. No caso da legislação parlamentar a relação entre o *repraesentandum* – o povo - e o *repraesentans* – o parlamento – é essencialmente determinado pela eleição. Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia que contenha não mais do que um sistema de tomada de decisão centrado nos conceitos de eleição e regra da maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia. Um conceito adequado de democracia deve, todavia, compreender não apenas decisão mas argumentação. A inclusão da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. Democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso, tanto quanto possível, como meio de deliberação pública. Por essa razão, a conexão entre o povo e o parlamento não deve apenas ser expressa por decisões expressas nas eleições e votos mas também por argumentos. Nesse sentido, a representação do povo pelo parlamento é, ao mesmo tempo, volitiva ou decisionista, assim como argumentativa ou discursiva. A representação do povo por uma corte constitucional é, ao contrário, puramente argumentativa. O fato de que a representação pelo parlamento ser tanto volitiva quanto argumentativa mostra que representação e argumentação não são incompatíveis. Ao contrário, um conceito adequado de representação deve referir-se – como Leibholz o coloca – a certos ‘valores ideais’. Representação é mais que – como Kelsen propõe – atuação em vez de ou no lugar de outrem [R. A. KELSEN, *Pure Theory of Law*, p. 299 (Max Knight trans., Univ. of Calif. Press, 2d ed. 1967): “‘Representação’ significa o mesmo que *proxy*” (trans. altered)], e, ao mesmo tempo, mais do que – como Carl Schmitt afirma – tornar o *repraesentandum* existente [R. A. SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 209 (Duncker & Humblot, 5th ed. 1970) (1928): “Representação não é um evento normativo, não é um processo, não é um procedimento, mas algo existencial.”]. Sem dúvida, ela inclui elementos de ambos, ou seja, representação

regulamentação?”, perguntou o presidente do STF. Na época em que o tribunal julgou a greve dos servidores, o país vivia o “apagão aéreo”, com constantes paralisações de controladores de voo. Além disto, várias categorias ameaçavam cruzar os braços, com risco à prestação de outros serviços públicos. O que o Supremo fez, na visão de Mendes, foi dar mecanismos para, em havendo greve de servidores, se ter regras claras de procedimentos. “E no caso da infidelidade partidária era razoável o que estava acontecendo?”, questionou Mendes, sobre os episódios em que o Executivo cooptava os integrantes dos partidos de menor expressão de modo a garantir maioria no Congresso. O presidente do STF ressalta que, apesar das críticas quanto à decisão que deu novo sentido à fidelidade partidária, o tribunal foi bastante elogiado pelo Congresso ao interferir em outros assuntos. “Há casos em que o STF valorizou o papel do Congresso”, disse ele, lembrando da decisão que garantiu o direito das minorias do Parlamento abrir CPIs e de outra que impôs limites à edição de medidas provisórias que abriam créditos extraordinários no orçamento. “As críticas são fundamentais, até para ficarmos advertidos, mas temos que reconhecer que há casos que pedem uma intervenção do tribunal.” (Disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/legitimidade-democrtica-do-stf-se-d.html>)

64. MENDES, Gilmar. “A legitimidade do STF se dá pela argumentação”. Disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/legitimidade-democrtica-do-stf-se-d.html>. Acesso em 22 de Julho de 2008. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *ICON*, vol. 3, n. 4, 2005, pp. 572-581.

é necessariamente normativa quanto fática, mas esses elementos não exaurem esse conceito. Representação necessariamente lança pretensão de correção. Assim, um conceito completo e plenamente desenvolvido de representação deve incluir uma dimensão ideal, a qual conecta decisão e discurso. Representação é assim definida pela conexão entre as dimensões ideal, factual e normativa.”⁶⁵

Caberia, neste ponto, retomar, com maior cuidado, as concepções de Kelsen e de Schmitt sobre representação, o que não será feito aqui⁶⁶. Contudo, basta lembrar que, para Kelsen, a identidade entre a vontade do representante e a do representado é uma *ficção*⁶⁷. Interessante que a tradução, feita pelo próprio Alexy, de *Vertretung*, palavra utilizada originalmente por Kelsen, foi *proxy*, que pode significar fazer algo por meio de outrem, ou mesmo o próprio instrumento de mandato, a procuração, como quando se diz, por exemplo, “que alguém não pode estar presente (mas podia em princípio estar!) numa assembleia deliberativa, mas votou por seu procurador ou votou por procuração” (*by proxy*). Mas *proxy* não possui o sentido, do ponto de vista da teoria geral do processo, de substituição. Há uma diferença técnico-conceitual entre representação e substituição que aqui é pertinente, pedindo licença aos processualistas ao falar-se do que de início pode parecer uma obviedade. Representar é agir em nome *alheio* na defesa de direito ou interesse *alheios*; substituição é agir em nome *próprio* na defesa de direitos ou interesses *alheios*. A questão é que a representação não implica necessariamente, como no caso da substituição, em exclusão do representado do processo. O problema, portanto, de se confundir representante e substituto é o de se entender erroneamente que a representação, ao contrário de mediar, viabilizar institucionalmente a participação do representado no processo deliberativo, exclui essa participação, com conseqüências obviamente desastrosas do ponto de vista democrático. No Brasil, caberia destacar, a pior, talvez: a de se reafirmar a velha

65. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *ICON*, vol. 3, n. 4, 2005, p. 579.

66. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. p. 139-162. Mas de todo modo cabe desde já deixar claro que Schmitt reduz o "povo" à instância de aclaração e a luta política entre "amigos e inimigos" visa a criar homogeneidade. Não há, portanto, processo de deliberação, mas a defesa de uma concepção cesarista, plebiscitária e antipluralista de democracia. Em Kelsen, por outro lado, há uma preocupação com o procedimento decisório na medida em que ele reconhece um pluralismo de valores e interesses relativos na sociedade, a ser juridicamente balisado. Mas também Kelsen não é um cognitivista, não acredita numa razão prática e na possibilidade de justificação racional das normas, exercida por meio de seu uso público e para além de um cálculo estratégico, posto que isso significaria reconhecer a possibilidade de decisões corretas em sentido próprio. A democracia kelseniana é essencialmente elitista e as decisões por maioria justificam-se por meio de compromissos entre partidos políticos com interesses e valores diferentes e divergentes, incapazes, como em Schmitt, de colocarem-se uns no lugar dos outros, de pensarem de "forma alargada" e de construir um consenso político genuíno, seja este enquanto "ideal regulador", seja enquanto efetiva possibilidade que desde já se apresenta como pressuposto normativo constitutivo da própria gramática normativa dos processos jurídico-políticos modernos. Assim, ainda herdeiros de Hobbes, nem Schmitt, nem Kelsen defendem uma concepção político-deliberativa de democracia e de esfera pública que leve a sério não apenas o caráter estratégico, mas também o caráter discursivo, argumentativo propriamente dito, dos processos deliberativos num Estado Democrático de Direito.

67. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, pp. 315-317.

concepção autoritária da representação política e do processo político, desenvolvida durante a Ditadura militar, ainda presente em parte na doutrina brasileira (Manoel Gonçalves Ferreira Filho) e infelizmente na própria jurisprudência pós-1988 do STF e na dinâmica institucional brasileira, como são os casos das Medidas Provisórias e o do entendimento segundo o qual a sanção não sana o vício de iniciativa legislativa no caso de iniciativa privativa do Presidente da República⁶⁸. Tal questão se entrelaça ao problema das chamadas omissões legislativas inconstitucionais e com o modo com que o STF vem revendo a sua tradicional distinção entre questões políticas e jurídicas: ao invés de *reinterpretar* essa distinção adequadamente à luz dos princípios constitucionais no reforço da democracia, o STF a *relativiza*, tomando para si, mediante a técnica de discutível constitucionalidade das chamadas “sentenças aditivas”, a tarefa de legislar subsidiariamente (quando não, de forma concorrente).

Mas, de toda sorte, a questão no presente contexto é que uma suposta “representação argumentativa”, mesmo no sentido dado por Alexy, não legitima o STF a empreender incursões legislativas sob quaisquer argumentos e sob quaisquer condições. Se formos a Alexy, tal “representação argumentativa” se sustentaria, é verdade, numa certa supremacia judicial em face do legislativo democrático, no sentido não apenas de uma jurisprudência corretiva, mas também supletiva, que porém não dispensaria uma maior mobilização político-discursiva, fazendo da Corte Constitucional uma espécie de caixa de ressonância da racionalidade “existente”⁶⁹. E,

68. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

69. Recentemente, o Min. Gilmar Mendes afirmou, quando do julgamento da ADPF n. 144, que “cada vez mais nós sabemos que o Direito deve ser achado na lei e não na rua”. No Estado Democrático de Direito, este tipo de afirmação merece maiores explicações, para que não crie uma falsa oposição entre lei e rua. Pois se é certo que o Direito não deve ser reduzido à vontade não-mediada institucionalmente de maiores conjunturas, por outro não pode ser reduzido à mera estatalidade. Afinal, as decisões estatais no Estado Democrático de Direito só são válidas se garantirem suas pretensões democrático-constitucionais. Gilmar Mendes, ao assim pronunciar-se, estaria se referindo “pejorativamente” à importante escola de pensamento jurídico liderada por este grande intelectual que é José Geraldo de Sousa Júnior, atual Reitor da UnB, na esteira de Roberto Lyra Filho? E também a todos os que em algum momento lutaram contra o “Direito” (sic) da ditadura sob a bandeira do então chamado genericamente de “Direito alternativo” e lutaram justamente para o que naquele momento era alternativo à Ditadura se tornasse o Direito democrático de pós-1988? O certo é que ele atinge também a todos nós que não reduzimos o Direito à mera estatalidade. É claro que todo o Direito é público, não resta dúvida quanto a isso. Mas o público não se reduz ao estatal, no Estado Democrático de Direito, e está numa relação pública de equiprimordialidade entre público e privado. O pluralismo jurídico que Gilmar Mendes critica com seu pronunciamento não coloca em risco a constitucionalidade democrática. Numa sociedade democrática, aberta de intérpretes da Constituição, o pluralismo jurídico é interno ao próprio Direito democrático e é condição de racionalidade discursiva para que publicamente possamos no exercício da cidadania construir, ao longo da história da nossa comunidade jurídica, os ideais de justiça e de bem-comum que devem dar sentido a essa história (art. 1.º, V, da CRFB). Assim é que a coerência normativa exigida pela integridade do/no Direito é de princípios e não a meras convenções do passado. Se o Direito não nascer na rua, se a legalidade não nascer da informalidade e na periferia, e não se sustentar com base em razões que sejam capazes de mobilizar os debates públicos pela atuação da sociedade civil e dos setores organizados da sociedade, e assim, sem uma perspectiva generalizada, universalizanda, instaurada pelas lutas por reconhecimento e inclusão,

assim, mesmo em Alexy, haveria condições para uma “verdadeira representação argumentativa”⁷⁰:

“O controle de constitucionalidade como argumento não autoriza tudo na medida em que podem ser distinguidos argumentos constitucionais bons de ruins ou melhores de piores (...) que argumento racional e, portanto, objetividade é possível na argumentação constitucional numa medida considerável (...) A existência de argumentos plausíveis ou bons é suficiente para a deliberação ou para a reflexão, mas não para a representação. Para isso, é necessário que a corte não apenas pretenda que seus argumentos sejam argumentos do povo; um número suficiente do povo deve, ao menos ao longo do tempo, aceitar esses argumentos por razões de correção. Apenas pessoas racionais são capazes de aceitar um argumento com base na sua correção ou fundamento. Isso mostra que há duas condições fundamentais para a verdadeira representação argumentativa: (1) a existência de argumentos corretos ou fundados, e (2) a existência de pessoas racionais, ou seja, pessoas que são capazes e dispostas a aceitar argumentos corretos ou fundados em razão de eles serem fundados ou corretos.(...) O controle de constitucionalidade pode apenas ser bem-sucedido se os argumentos apresentados pela corte constitucional são fundados e apenas se um número suficiente de membros da comunidade são capazes e dispostos a exercer as suas capacidades racionais. Se essas condições estão preenchidas, a resposta à questão, levantada anteriormente, do por quê uma representação puramente argumentativa deve ter prioridade sobre a representação baseada em eleições e reeleições não é mais difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é um empreendimento de institucionalizar-se razão e correção. Se existem argumentos corretos ou fundados assim como pessoas racionais, razão e correção são mais bem institucionalizadas com o controle de constitucionalidade do que sem ele.”⁷¹

Todavia, resta sempre a seguinte questão, em razão das conclusões a que chega Alexy no trecho transcrito: se a Corte Constitucional seria, nessas condições, quem melhor poderia captar o sentido dos valores supostamente subjacentes à Constituição, *para que processo legislativo, para que política?* Bastaria, assim, uma atitude “racional” por parte da jurisdição constitucional no sentido de uma suposta realização progressiva, ótima, desses valores... Mais uma vez, o que Alexy confunde é a perspectiva da jurisdição e dos discursos de aplicação adequada a casos concre-

não ganhar os fóruns oficiais, não ganhar o centro do sistema político, e não se traduzir em decisões participadas, como falar-se em legitimidade democrática? Somente o Direito “achado” (sic) na lei será legítimo, se for construído publicamente a partir da rua... É na mediação discursiva entre a informalidade e a formalidade, garantida pelos processos deliberativos constitucional e democraticamente institucionalizados, legislativos, administrativos e jurisdicionais, que o poder político é gerado comunicativamente e a legitimidade é gerada através da legalidade...

70. Caberia, num estudo mais aprofundado, resgatar neste ponto o debate entre Michelman, Dworkin e Habermas em torno do papel do juiz constitucional em *Brennan and democracy*, proposto por Michelman. Mais uma vez, os norte-americanos teriam o que o que ensinar aos alemães sobre o problema da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis.
71. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *I CON*, vol. 3, n. 4, 2005, pp. 580-581.

tos com a perspectiva da legislação e da argumentação de justificação da validade das normas. Como já tive oportunidade de dizer alhures, com base em Günther e Habermas, trata-se de uma confusão que sempre corre o risco de desdenhar da política e, em última análise, da própria dinâmica democrática⁷².

Afinal, corre-se, assim, sempre o risco de se atribuir ao Judiciário o papel de tutor da política, um super-poder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado Democrático de Direito: seria a Corte Constitucional quem deveria zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de “direitos” e de realização da democracia.

Assim, no caso brasileiro, tal jurisprudência de valores tardia pode fazer do Supremo Tribunal Federal “guardião da moral e dos bons costumes”, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *index* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Ao final, uma postura que pode mascarar uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos e seu tempo, ao defender uma concepção elitista e autoritária de *democracia possível*, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania⁷³.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXYS, Robert. Balancing, constitutional review and representation. **I CON**, vol. 3, n. 4, 2005, pp. 572-581.
- ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo costituzionale del processo civile italiano**: Corso di lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.
- ARAÚJO, Marcelo. **Coisa julgada inconstitucional**: Hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários**: Por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

72. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p p. 121-125.

73. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p p. 121-125.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires; Europa-America, 1971.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE Oliveira, Marcelo Andrade (coord.) **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, 2.a edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise do tratamento jurisdicional da vedação constitucional de provas ilícitas**: Contribuições para garantia dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduações em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Trad. Adolfo Posada. Buenos Aires: Heliasta, s.d.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzione di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994
- FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistemas de garantias In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 1999.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**: Application discourses in morality and law. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy.** Trad. William Rehg. Cambridge, Mass.: MIT, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principles? **Political theory**, v. 29, n. 3, dec. 2001, p. 766-781.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale.** Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981.
- LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: Reconstrução da Jurisdição a partir do Direito Processual Democrático.** Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, 2005. (Tese de doutorado).
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito processual Civil**, vol.1. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reforma do Judiciário. **Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG**, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, mai. 2000, p.2-4
- MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 760, p.12, fev. de 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 22 de julho de 2008a.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “A legitimidade do STF se dá pela argumentação”. Disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/legitimidade-democrtica-do-stf-se-d.html>. Acesso em 22 de Julho de 2008b.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2008.
- ROUBIER, Paul. **Théorie générale du droit.** Paris: Sirey, 1946.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución.** Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica.** 7.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- T ORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal.** São Paulo: Saraiva, 1987.

CAPÍTULO XXIX
**IL DIVIETO DI MENZOGNA E DI RETICENZA
PROCESSUALE DELLE PARTI NELLA DOTTRINA
E NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA¹**

*Marco Gradi**

Sommario • 1. La *communis opinio* della dottrina intorno all'obbligo di verità e completezza delle parti – 2. La dottrina favorevole al riconoscimento dell'obbligo *de veritate* delle parti – 3. L'esame della giurisprudenza in tema di mala fede processuale – 4. L'esame della giurisprudenza in tema di dolo revocatorio – 5. Conclusioni.

1. LA COMMUNIS OPINIO DELLA DOTTRINA INTORNO ALL'OBBLIGO DI VERITÀ E COMPLETEZZA DELLE PARTI

Come è noto, a differenza di numerosi ordinamenti stranieri², il codice di procedura civile italiano non conosce una disposizione espressa che imponga alle parti di essere veritiere e complete in ordine alle proprie dichiarazioni in fatto, anche se prevede, all'art. 88 c.p.c., che le stesse debbano comportarsi in giudizio in maniera proba e leale.

* Dottore di ricerca in Diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Roma «La Sapienza». Bozze ed estratti a: marco.gradi@gmail.com.

1 * Il presente scritto riproduce, con alcuni adattamenti e con un apparato di note più esteso, il saggio dal titolo *Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile*, apparso in *Diritto e formazione*, 2009, p. 322 ss.

2. Fra questi, va in particolare ricordato l'ordinamento brasiliano, dove l'obbligo di verità delle parti è riconosciuto dall'art. 14 del *Código de processo civil*, sul quale v. E. DE CRESCI SOBRINHO, *Dever de veracidade das partes no processo civil*, Porto Alegre, 1988, ripubblicato con il medesimo titolo in Lisboa, 1992, p. 91 ss.; ARRUDA ALVIM, *Tratado do direito processual civil*, 2^a ed., São Paulo, 1996, vol. II, p. 360 ss.; H. NAJJAR ABDO, *O abuso do processo*, São Paulo, 2007, p. 138 s.; un analogo riconoscimento è contenuto nell'art. 456, comma 2°, lett. b) del codice di procedura civile portoghese, su cui v., per tutti, P. COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra, 2008, p. 398 ss.; con riferimento all'ordinamento tedesco, dove il *Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht* è sancito dal § 138 ZPO, v., ad esempio, F. VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt am Main, 1939, spec. p. 44 ss.; D. OLZEN, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß*, in *ZZP*, vol. 98, 1985, p. 403 ss.; W. FLECK, *Die Redlichkeitspflichten der Parteien im Zivilprozeß*, München, 2004, pp. 32 ss., p. 211 s.; D. LEIPOLD, in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22^a ed., vol. III, Tübingen, 2005, *sub* § 138, p. 216 ss.; sul § 178 ZPO austriaca, che dispone analogamente un obbligo di verità e completezza delle parti, v. W. SHRAGEL, in *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, a cura di W. Fasching e H. Konecny, vol. II, 2, Wien, 2003, *sub* § 178, p. 839 ss.

L'attuale formulazione di questa disposizione, anche alla luce di quella contenuta nel progetto preliminare del codice vigente, che al contrario vincolava esplicitamente le parti ad «esporre al giudice i fatti secondo verità» e ad agire secondo buona fede nel processo³, ha quindi condotto la prevalente dottrina ad adottare un'interpretazione assai ristretta dell'obbligo di lealtà e probità processuale e ad escludere l'esistenza di un obbligo di verità e completezza delle parti nel processo civile⁴.

Il timore paventato da questa dottrina deriva, in sostanza, dalla preoccupazione che l'obbligo di verità e completezza possa trasformarsi «in uno strumento inquisitorio o, comunque, in un mezzo indiretto di pressione morale» nei confronti delle parti⁵, capace di determinare uno stravolgimento in chiave pubblicistica ed autoritaria del processo in netto contrasto con il principio dispositivo⁶, nonché tale da comportare un'inaccettabile limitazione alla pienezza del diritto di azione e di difesa, ovvero una compressione della garanzia riconosciuta alle parti di non contribuire alla propria sconfitta (*nemo tenetur edere contra se*)⁷.

Tali ragioni di dissenso⁸ hanno quindi condotto la dottrina maggioritaria ad accettare l'idea che le parti possano legittimamente nascondere i fatti rilevanti per la

3. Si fa riferimento all'art. 26 del Progetto preliminare Solmi del 1937, che si può leggere in *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e Relazione*, Roma, 1937, p. 10 s.; sul punto, cfr. A. SOLMI, *La riforma del codice di procedura civile. Discorsi, conferenze e interviste con prefazione e indice*, Roma, 1937, p. 81 s.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., vol. I, Napoli, 1957, p. 243.
4. In tal senso, v. C. FURNO, *Contributo alla dottrina delle prove legali*, Padova, 1940, p. 46 ss.; C. CALVOSA, *Riflessioni sulla frode alla legge nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 95 ss.; ID., *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 390, nota 32; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 199 s.; G. DE STEFANO, *In tema di comportamento processuale della parte*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, c. 362; A. ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 140 ss.; C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, 1, Torino, 1973, p. 959 ss.; F. CARPI, *Il dovere di collaborazione delle parti nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 544 s.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, vol. I, p. 410 ss.; G. MESSUTI, *Silenzio della parte e dolo revocatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 621 s.; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Quest. giustizia*, 1987, n. 3, p. 510 ss.; R. DANOVÌ, *Il dovere di verità*, in *Dir. informaz. informatica*, 1991, p. 479 ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 8^a ed., Padova, 1996, p. 359; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 109 ss.; ID., *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, p. 269 ss.; P. RUGGIERI, *Il processo civile tra giudizio di verità, giudizio di probabilità e lealtà processuale*, in questa *Rivista*, 2004, p. 291 ss.
5. Per tale rilievo, v. L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, p. 133; ID., *Le prove civili*, 2^a ed., Torino, 2004, p. 17 ss., spec. in nota 51; R. DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, 4^a ed., Milano, 1995, p. 24.
6. In tal senso, v., in particolare, P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2^a ed., Padova, 1943, vol. I, p. 218 ss., spec. p. 220; più di recente, G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1 ss., spec. p. 10 s.
7. V. ancora P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 31; nonché A. ATTARDI, *La revocazione*, cit., p. 140 ss.; G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, cit., p. 326.
8. Per ulteriori argomenti, v., per tutti, P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 350 ss.; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*,

decisione della lite e che, addirittura, possano liberamente mentire in giudizio; detto altrimenti, secondo questo orientamento, i litiganti avrebbero un vero e proprio *diritto alla menzogna e alla reticenza* nel processo, come ha talvolta genericamente riconosciuto la giurisprudenza, la quale ha affermato che l'art. 88 c.p.c. «non stabilisce che la parte abbia il dovere di affermare i fatti secondo la verità»⁹.

2. LA DOTTRINA FAVOREVOLE AL RICONOSCIMENTO DELL'OBBLIGO DE VERITATE DELLE PARTI

Sebbene tale conclusione sia spesso ripetuta come un'assoluta certezza¹⁰, è però senz'altro da escludere che questa sia l'unanime opinione della dottrina italiana al riguardo, in quanto, in primo luogo, non mancano autori che riconoscono espressamente l'esistenza di un obbligo di verità delle parti, sia pure «in negativo», ovvero come divieto di mentire¹¹.

cit., p. 91 ss., i quali hanno ritenuto di dover rifiutare l'esistenza dell'obbligo *de veritate* in quanto il suo accoglimento troverebbe un insuperabile ostacolo nella funzione dimostrativa del sistema probatorio, nella regola dell'*onus probandi*, nel valore di prova legale attribuito alla confessione e nella mancanza, nel nostro ordinamento, di una disciplina della testimonianza della parte, le cui dichiarazioni non potrebbero assumere alcun valore asseverativo in senso a sé favorevole; un ulteriore ostacolo sarebbe rappresentato dal fatto che, nel processo, non sarebbe possibile raggiungere una prova assoluta della verità, bensì soltanto una *fissazione formale dei fatti*: sul punto, v., per tutti, P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 165 ss.; G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 502 ss.

9. In questo modo, la sola Cass., 21 giugno 1971, n. 1931, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Avvocato*, n. 7; sembrano tuttavia suffragare una tale conclusione, ma con esclusivo riferimento all'art. 395, comma 1°, n. 1, c.p.c. (sul quale ci soffermeremo *infra*, § 4), anche Cass., 29 gennaio 2002, n. 1155, in *Giur. it.*, 2002, p. 1582 ss., con nota di S. CARAFFA BRAGA, *Dolo processuale e rilevanza del mendacio e del silenzio*, secondo la quale non integrerebbero gli estremi del dolo revocatorio né semplice il mendacio né la semplice reticenza; in senso analogo, v. Cass., 22 gennaio 2001, n. 888, in *Giur. it.*, 2001, p. 2284 ss., in con nota di E. LUCERTINI, *Dolo revocatorio: aspetti di tecnica processuale e di ricerca della verità*; Cass., 15 maggio 1996, n. 4508, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 5; Cass., 29 agosto 1994, n. 7576, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce cit., n. 16; Cass., 5 giugno 1993, n. 6322, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce cit., n. 24; Cass., 30 marzo 1992, n. 3863, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 105 ss.; Cass., 17 agosto 1990, n. 8342, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce cit., n. 7; Cass., 10 febbraio 1989, n. 841, in *Arch. civ.*, 1989, p. 973 ss.; Cass., 5 febbraio 1987, n. 1128, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 6; Cass., 29 maggio 1986, n. 3642, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce cit., n. 5; Cass., 22 novembre 1984, n. 6008, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce cit., n. 3.
10. V., ad esempio, G. DELLA PIETRA, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di R. Vaccarella e G. Verde, Torino, 1997, *sub art.* 88, vol. I, p. 686, secondo il quale «è certo che il dovere di condotta proba e leale non si traduce nell'obbligo di dire la verità»; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Commentario breve al codice di procedura civile e alle disposizioni sul processo societario*, 5ª ed., a cura di F. Carpi e M. Taruffo, Padova, 2006, *sub art.* 88, p. 253, secondo la quale nel dovere di lealtà e probità «non rientra sicuramente l'obbligo di verità».
11. Così, ad esempio, F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in *Prev. forense*, 2003, § 2 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., pp. 18 s., 34 s.; ID., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 275 s.; ID., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 337 ss.; in tal senso, pare orientato anche F. CORDOPATRI, *Note a margine di un libro recente e di un recente disegno di legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1340 ss.

Un'altra parte della dottrina, peraltro assai autorevole, ha inoltre esplicitamente predicato, senza ulteriori *distinguo*, l'esistenza di un obbligo delle parti di «non dire cosa *consapevolmente* contraria al vero»¹², precisando talvolta chiaramente che lo stesso dovrebbe comprendere tanto il divieto di menzogna processuale quanto l'obbligo di non tacere fatti o particolari decisivi per il giudizio¹³.

Il significato dell'obbligo di completezza propugnato da questi autori deve ovviamente intendersi entro limiti di ragionevolezza, ossia con riferimento alle sole ipotesi in cui la reticenza determina, nell'ambito dell'oggetto del giudizio, una vera e propria alterazione del vero, senza che ciò implichi tuttavia un dovere della parte di fornire tutti gli elementi che possano giovare all'assunto dell'avversario¹⁴; inoltre, va precisato che tale obbligo non entra in alcun modo in contrasto con la facoltà dei litiganti di rimanere in silenzio rispetto ai fatti affermati dall'avversario e ritenuti conformi alla verità, in relazione ai quali non v'è infatti alcun obbligo di ammissione o di confessione, ben potendo le parti tenere in tal caso un comportamento non contestativo, il quale consente comunque al giudice di porre i fatti pacifici a fondamento della decisione¹⁵.

Entro questi confini, e con l'ulteriore precisazione che tanto l'obbligo di verità quanto quello di completezza non possono che intendersi con riferimento alle

12. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1936, vol. II, 1, p. 328 s., il quale individuava come conseguenze sanzionatorie in caso di violazione di tale obbligo, fra l'altro, la responsabilità processuale per i danni della lite e la revocazione straordinaria della sentenza per dolo della parte; v. anche Id., *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, ora in Id., *Saggi di diritto processuale*, Milano, 1993, vol. II, p. 64; nello stesso senso, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., Roma, 1956, vol. I, p. 221 s.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., a cura di C. Vocino, Milano, 1964, vol. I, p. 369 s.; per la possibilità di ricavare l'obbligo di verità delle parti da quello di lealtà processuale, v. inoltre P. PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni processuali*, Milano, 1959, p. 12; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 600 s.; G. MANZO, *Osservazioni sul disegno di legge Mastella per la razionalizzazione e accelerazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 251; G. BERTOLINO, *Giusto processo e giusta decisione*, in *Quest. giustizia*, 2008, n. 4, p. 50.
13. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, vol. I, p. 377 ss.; Id., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 216 ss.; Id., *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 1170 s., nota 32; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 143 ss.; K. SATTER, *Dovere di verità e diritto di disposizione delle parti nel nuovo processo civile italiano*, in *Annuario dir. comp.*, vol. XVII, 1, 1943, p. 1 ss.; C. MARCHETTI, *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 418 ss., spec. p. 426 ss.
14. Sulla questione dei limiti dell'obbligo di completezza, v. ampiamente M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., vol. I, p. 385 ss.
15. Sul principio della non contestazione, che ha ora ottenuto un generale riconoscimento legislativo in forza del novellato art. 115, comma 1º, c.p.c., v., per tutti, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, Milano, 1995, *passim*, spec. p. 328 ss.; sul problema del rapporto fra l'obbligo di verità delle parti e il diritto al silenzio, cfr., con riferimento all'ordinamento brasiliano, F. DIDIER JR., *Direito ao silêncio no processo civil brasileiro*, in *Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, a cura di Araken de Assis et alios, São Paulo, 2008, § 3.

conoscenza personale della parte, le cui dichiarazioni potrebbero quindi, senza colpa, risultare inesatte o lacunose, ma non menzognere o reticenti¹⁶, appare possibile superare i denunciati ostacoli sul piano della teoria generale del processo.

Nell'economia di questo scritto non è però purtroppo possibile analizzare con il dovuto approfondimento i numerosi e delicati nodi teorici coinvolti, che saranno oggetto di un più ampio studio, anche se è opportuno rilevare, da un lato, come il divieto di menzogna e reticenza processuale delle parti non assuma necessariamente una valenza sociale e pubblicistica, risultando invero perfettamente compatibile con l'interesse privato e la tutela reciproca dei litiganti¹⁷. Dall'altro lato, non si può non evidenziare come l'inviolabilità e l'assolutezza del diritto di azione e di difesa non possa in alcun modo condurre a ritenere insindacabile *a posteriori* il suo esercizio¹⁸, qualora i poteri processuali vengano esercitati *contra veritatem*, non foss'altro perché occorre comunque salvaguardare le garanzie processuali della controparte che subisce il comportamento sleale¹⁹.

Va peraltro notato come il dissidio dottrinale sopra riferito sia, almeno in parte, il frutto di un contrasto soltanto apparente: infatti, anche gli autori che si sono manifestati contrari, in via di principio, al riconoscimento di un obbligo di verità e completezza, hanno comunque ammesso l'esistenza dello stesso entro certi limiti o in alcune ipotesi. Si è così, ad esempio, affermato che, pur non potendo essere riconosciuto un generale obbligo giuridico di dire la verità in giudizio, il comportamento mendace o reticente della parte debba comunque trovare «una sanzione indiretta» nell'aggravamento della responsabilità processuale in riferimento alle spese stragiudiziali e ai danni²⁰; che, per quanto la lealtà processuale non implichi anche

-
16. Sul punto, v., per tutti, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., vol. I, p. 222, il quale afferma che la violazione dell'obbligo di verità avverrebbe «non solo quando la verità sia intenzionalmente taciuta o alterata (*mala fede*) ma altresì quando la parte soccombente non abbia usato la diligenza necessaria per conoscerla o farla conoscere al giudice (*colpa, imprudenza*)».
 17. Sembra cogliere questa essenziale e prevalente funzione dell'obbligo di verità delle parti, G. DEL VECCHIO, *La verità nella morale e nel diritto*, 3ª ed., Roma, 1954, p. 37 ss., il quale concepisce la menzogna e la reticenza nel processo come «un danno ingiusto arrecato ad altri».
 18. Per la necessità di individuare limiti all'esercizio del diritto di azione e di difesa, v. L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit., § 4; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000, vol. II, p. 738 s.; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, p. 89 ss.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 56 ss.; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *Il diritto privato*, vol. III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 440.
 19. In proposito, v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2007, vol. I, p. 30 s., nonché p. 416, il quale, trattando della responsabilità processuale delle parti, afferma: «si può quindi concludere dicendo che si ha, certamente, il 'diritto di aver torto', ma non si può pretendere di averlo *gratis*»; per una prospettiva analoga, v. S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13ª ed., Padova, 2000, p. 116 ss., secondo i quali occorre stabilire «il punto nel quale la libertà di agire (nel giudizio) si scontra con la sfera giuridica della controparte, e cessa perciò di essere lecita, cioè di essere libertà».
 20. In tal senso, lo stesso P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, cit., p. 350 ss., spec. p. 353; *Id.*, *Il processo come giuoco*, cit., p. 30 ss., il quale afferma che il comportamento della parte può essere sanzionato ex artt. 92, 96 e 395, comma 1°, n. 1, c.p.c.

l'obbligo di *dicere verum*, non possa comunque essere accettata «l'alterazione della verità operata da una delle parti a danno dell'altra»²¹; che, infine, l'obbligo di verità e completezza delle parti, pur dovendo essere respinto in generale, debba comunque valere in alcuni casi particolari, ossia quando il comportamento della parte integri gli estremi della mala fede processuale o del dolo revocatorio²².

La soluzione del problema – che deve tener conto dell'irrinunciabile valore, anche costituzionale, di giustizia della decisione, il quale impone di conseguire, nei limiti del possibile, un accertamento veritiero e completo dei fatti²³ – non può peraltro prescindere dall'analisi e dall'interpretazione sistematica dell'ordinamento positivo che, pur non prevedendo *per tabulas* un generale obbligo processuale di verità e completezza, considera chiaramente con disfavore il comportamento sleale e in mala fede delle parti, prevedendo obblighi di risarcimento del danno provocato all'avversario, ovvero consentendo la rimozione della sentenza, anche passata in giudicato, resa *contra veritatem* a seguito del dolo di una o di tutte le parti.

3. L'ESAME DELLA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI MALA FEDE PROCESSUALE

Per quanto il problema dell'obbligo *de veritate* sollevi profonde e complesse questioni di carattere teorico, lo stesso riveste infatti – come ha chiaramente avvertito la nostra giurisprudenza – un assoluto rilievo pratico. Si tratta infatti di stabilire se, nel concreto dell'esperienza giuridica, certi comportamenti processuali delle parti, quali il mendacio o la reticenza sui fatti di causa, anche se non sanzionati attraverso multe pecuniarie²⁴ o misure penali²⁵, possano trovare un qualche rimedio nella legge

21. Così G. CALOGERO, *Probità, lealtà e veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, p. 129 ss., spec. p. 149 s.; v. anche P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4ª ed., Firenze, 1959, p. 124.
22. In questo modo, v. lo stesso G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 118 ss., secondo il quale ciò si ravviserebbe nelle ipotesi di cui all'art. 395, comma 1º, n. 1, c.p.c.; tuttavia, altrove (ID., *Le spese giudiziali civili*, cit., p. 326 ss.), lo stesso a. afferma che il dolo revocatorio coinciderebbe con la mala fede processuale di cui all'art. 96, comma 1º, c.p.c.
23. In argomento, v., per tutti, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 42 ss., spec. p. 43; ID., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 315 ss., spec. p. 320; A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 37; E. OPOCHER, voce *Giustizia (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 581.
24. Si considerino le ipotesi di falso disconoscimento della scrittura privata, disciplinato dall'art. 220, comma, 2º, c.p.c., e di negazione della veridicità di un atto assistito dalla fede pubblica contro il quale è proposta la querela di falso, regolato dall'art. 226, comma 1º, c.p.c., su cui v., rispettivamente, Cass., 16 gennaio 1989, n. 163, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 857 ss. e Cass., 16 ottobre 1992, n. 11347, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Falso (querela di)*, n. 11.
25. Sulla tutela penale del processo civile, fra cui spicca, in particolare, l'ipotesi del falso giuramento della parte, v. A. GRIECO, *La tutela penale del processo civile*, Napoli, 1963, p. 201 ss.; e, più di recente, G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Padova, 2005, vol. I, p. 486 ss.; sulla sanzione, recentemente introdotta a carico del debitore esecutato ai sensi dell'art. 492, comma 4º, c.p.c. in combinato disposto con l'art. 388, comma 6º, c.p., v. inoltre A. RONCO, in *Le recenti riforme del processo*

processuale civile e, precisamente, se possano integrare gli estremi della responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c., ovvero consentire la revocazione della sentenza ai sensi dell'art. 395, comma 1°, n. 1, c.p.c.

Un attento esame della giurisprudenza rivela, in particolare, la presenza di una serie di decisioni che, più o meno chiaramente, riconducono alla mala fede processuale le dichiarazioni mendaci o reticenti delle parti, consentendo il risarcimento dei danni da lite temeraria in favore del soggetto danneggiato.

Si è infatti ritenuto, ad esempio, che integri gli estremi dell'art. 96, comma 1°, c.p.c. l'aver negato l'esistenza di una determinata circostanza decisiva per il giudizio, ovvero anche semplicemente l'aver dichiarato falsamente la propria ignoranza «in ordine ad uno o più specifici fatti di causa»²⁶. Più precisamente, è stato condannato il comportamento della parte che aveva maliziosamente affermato di non aver ricevuto dal *de cuius* alcuna donazione in denaro, nel tentativo di sfuggire alla doverosa restituzione della somma all'asse ereditario: proprio a causa di tale menzogna, che è stata svelata sulla base delle inequivoche risultanze documentali, la parte mendace è stata quindi obbligata a risarcire alle controparti un danno processuale pari a ben 50.000 euro²⁷.

È stata inoltre censurata la narrazione di circostanze non veritiere in ordine ad un sinistro stradale²⁸; l'affermazione della parte, contraria al vero, di essere stata indotta a stipulare un accordo negoziale nella minaccia di dover subire conseguenze

civile, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2007, *sub* art. 492, p. 632; T. SALVIONI, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, Milano, 2007, vol. II, *sub* art. 492, p. 3646 ss.; F. CORDOPATRI, *Le nuove norme sull'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 759 s.

26. Così Trib. Padova, 30 marzo 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 567 ss., con nota di M. BONOMI, *Dichiarazioni mendaci rese nel corso di libero interrogatorio e lite temeraria: prova della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 96 cod. proc. civ. e liquidazione del danno in via equitativa*, secondo la quale «la condotta processuale del convenuto che resista in giudizio nella consapevolezza della temerarietà della sua opposizione all'accoglimento della domanda di parte attrice, dichiarando al giudice in sede di libero interrogatorio non solo che nulla sa in ordine ad uno o più specifici fatti di causa ma, addirittura rendendo dichiarazioni mendaci, giustifica l'accoglimento della domanda di condanna del convenuto al risarcimento del danno per lite temeraria».
27. In senso conforme a questa decisione, v. Trib. Napoli, 3 gennaio 2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 294 s., con osservazioni di G. CASABURI, nella quale una delle parti è stata condannata *ex art.* 96 c.p.c. perché aveva affermato circostanze contrarie al vero (in particolare, che il prezzo era stato corrisposto al creditore ipotecario e non al venditore); Trib. Milano, 31 maggio 2005, in *Banche dati Ipsoa*, la quale ha ritenuto in mala fede la parte che abbia chiesto la soddisfazione di un credito già integralmente pagato dal debitore; Pret. Roma, 13 settembre 1995, in *Temi romana*, 1996, p. 138, secondo la quale «la negazione di aver ricevuto in pagamento una somma di denaro invece ricevuta integra gli estremi della mala fede»; v. anche Pret. Arona, 25 ottobre 1984, in *Arch. giur. circ. sin. strad.*, 1985, citata da R. BEGHINI, *Comportamento processuale e risarcimento del danno*, Padova, 2003, p. 142, secondo la quale l'uso mendace di una scrittura di constatazione amichevole relativa ad un incidente stradale, peraltro alterata dalla parte per trarne giovamento in giudizio, ne rivela la mala fede.
28. Trib. Avezzano, 22 aprile 1997, in *PQM*, 1997, p. 36; Giudice pace Torino, 25 marzo 1995, in *Giud. pace*, 1997, p. 288; Giudice conc. Aosta, 16 novembre 1988, in *Dir. e pratica assic.*, 1989, p. 307 ss.

pregiudizievoli²⁹; la deduzione della falsità di poste creditorie iscritte in bilancio, che sono state invece accertate come esistenti³⁰; l'aver invocato l'esistenza di un contratto mai stipulato fra le parti³¹; l'aver falsamente disconosciuto la propria sottoscrizione³².

La giurisprudenza ha anche esplicitamente riconosciuto come illecita la reticenza in ordine a circostanze di fatto non rappresentate in giudizio, che è censurabile non solo in relazione ai procedimenti *inaudita altera parte*³³, ma anche quando il processo si svolge nel contraddittorio, tanto nell'ipotesi in cui la slealtà venga scoperta ed accertata nel giudizio in corso, quanto in quella in cui emerga nelle fasi successive³⁴.

29. Trib. Milano, 22 marzo 2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 1263 ss., con nota di M. GRADI, *I danni processuali al vaglio della giurisprudenza*, ove l'attore lamentava di essere stato minacciato a stipulare una transazione sotto la minaccia di dover subire il fallimento di una società nella quale deteneva una partecipazione azionaria; viceversa, è però risultato documentalmente provato che fosse stato lo stesso attore ad avviare la trattativa per un'intesa, che si è svolta «fra due imprenditori di pari dignità con l'assistenza dei rispettivi legali» e che si è conclusa solo «a seguito di un preventivo scambio di bozze contrattuali» predisposte dai legali della stessa parte attrice.
30. Trib. Milano, 14 maggio 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, c. 424 ss., con nota di A. MARCHESI, *Osservazioni in tema della veridicità e chiarezza del bilancio e della tutela dei diritti dei soci di minoranza*, nel quale la parte attrice deduceva l'inesistenza di alcuni crediti, che invece – come risultato dalle prove documentali – erano relativi a contratti effettivamente conclusi, i quali avevano anche dato origine alle conseguenti prestazioni.
31. Cass., 6 giugno 2003, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Spese giudiziali civili*, n. 71, in cui le parti soccombenti avevano affermato l'esistenza di un contratto agrario fra le parti in contrasto con quanto accertato in tre precedenti sentenze; Trib. Bologna, 27 gennaio 2005, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 13, p. 39 ss., con nota di R. BORDON, *Non essere convenuti a sproposito è un valore tutelato dalla Costituzione. Nuova linfa per l'articolo 96 c.p.c. contro le liti temerarie*; in *Giur. merito*, 2005, I, p. 1314 ss., su cui v. anche le note a p. 2308 ss. di A. CENICCOLA, *Una nuova fattispecie generatrice del danno esistenziale: la responsabilità processuale* e di SAPONE, *Danno meramente esistenziale o conseguenze dannose esistenziali?*; nonché in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 1423 ss., con nota di M.C. PULSONI, *Danno esistenziale e responsabilità processuale aggravata*, nella quale la parte attrice (un avvocato) sosteneva di aver ricevuto un mandato in forma orale da parte di alcuni soggetti, che però non avevano in alcun modo conferito detto incarico, né in forma scritta, né in forma orale.
32. Cass., 16 gennaio 1989, n. 163, cit., secondo cui tale mendace disconoscimento è sanzionabile anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. e non solo attraverso la pena pecuniaria di cui all'art. 220, comma 2°, c.p.c.
33. Cass., 20 aprile 1990, n. 3298, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Spese giudiziali civili*, n. 50, la quale ha condannato al risarcimento dei danni una parte che aveva chiesto ed ottenuto un decreto ingiuntivo astrattamente idoneo ai fini del provvedimento monitorio, ma per un credito risultato in realtà inesistente; Giudice di pace Bari, 4 maggio 2005, in *Giud. pace*, 2005, p. 217 ss., con nota di V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. per lite temeraria intrapresa da un soggetto autoqualificatosi «creditore» di un'obbligazione di pagamento inesistente*, che ha applicato l'art. 96 c.p.c. in un caso in cui l'asserito creditore aveva omesso di riferire, nella fase monitoria, l'avvenuto pagamento del debito; in senso conforme, R. BEGHINI, *Comportamento processuale e risarcimento del danno*, cit., p. 152 ss.; concorda nel riconoscere l'esistenza di un obbligo di verità e completezza delle parti in tali circostanze, sia pure a titolo di eccezione rispetto alla regola generale, anche G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 118 ss.
34. V., ad esempio, Cass., 3 marzo 1981, n. 1220, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Spese giudiziali civili*, n. 48, che ha riconosciuto legittima la condanna, ai sensi dell'art. 96, comma 1°, c.p.c., della parte che abbia condotto un giudizio cautelare in maniera maliziosa, tacendo circostanze rilevanti e fuorviando

Sulla base di questi riscontri non sembra quindi possibile negare che l'art. 96 c.p.c., nella sua applicazione concreta, finisca per sanzionare, sotto il nome della mala fede processuale, la menzogna o la reticenza della parte soccombente³⁵. Infatti, l'orientamento giurisprudenziale appena esposto, sia pure non eccessivamente nutrito da un punto di vista quantitativo, non è affatto isolato e trova l'avallo anche dalla Corte di Cassazione³⁶; inoltre, non è in alcun modo contraddetto da alcuna pronuncia contraria, non rilevandosi infatti nessuna decisione che, ai fini dell'applicazione

il giudice con una incompleta produzione documentale; Cass., 15 ottobre 1986, n. 6261, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Fallimento*, n. 202, nonché in *Fall.*, 1987, p. 182 ss., che ha sanzionato con la condanna ai danni processuali il creditore istante il fallimento che abbia omesso di rappresentare l'estinzione del proprio diritto, che avrebbe potuto determinare il venir meno dello stato di insolvenza. Nella giurisprudenza di merito, v., di recente, Trib. Roma, 18 ottobre 2006, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 36, p. 34 ss., con nota di A. CARRATO, *Lite temeraria, nuove frontiere del danno. Agire in giudizio in mala fede può costare quanto la legge Pinto*, la quale ha condannato ex art. 96 c.p.c. la parte che aveva agito in giudizio per il conseguimento, come proprietaria, della disponibilità di un immobile nei confronti di un terzo assunto occupante abusivo dello stesso, pur rivestendo la qualità di debitrice pignorata con riferimento allo stesso immobile e, soprattutto, tacendo quest'ultimo particolare; il Tribunale di Roma ha così stigmatizzato il fatto che «la società ricorrente (abbia) taciuto la circostanza del pignoramento nonostante essa fosse evidentemente rilevante»: «è incomprensibile come (la società) abbia creduto di poter tacere la circostanza del pignoramento, così prospettando un quadro radicalmente diverso da quello entro cui la lite doveva essere decisa», concludendo che, in tal modo, «si versa senz'altro (...) in una situazione di coscienza della infondatezza della domanda e delle tesi sostenute»; Trib. Venezia, 17 novembre 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 435 ss., con osservazioni adesive di D. FRANCESCUT, la quale ha riconosciuto una «deliberata malizia» nel comportamento della parte che abbia proposto nel proprio atto di citazione solo una parte dell'accordo sottoscritto con l'avversario, proponendo peraltro «un interrogatorio capzioso per suffragare il parziale ed incompleto riferimento alla citata convenzione» (nel caso di specie, ravvisando in ciò una condotta contraria al precetto dell'art. 88 c.p.c., è stata fatta applicazione dell'art. 92, comma 1°, c.p.c., in quanto la parte sleale era comunque risultata parzialmente vincitrice, sia pure «solamente in limiti modestissimi»).

35. Alla luce della recente riforma del processo civile contenuta nella l. 18 giugno 2009, n. 69, va peraltro tenuta in considerazione l'ipotesi originariamente contenuta nell'art. 385, comma 4°, c.p.c. e limitata al giudizio di cassazione, ora applicabile a tutti i gradi del giudizio in forza del nuovo terzo comma dell'art. 96 c.p.c.; al riguardo, v. M. DE CRISTOFARO, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., vol. II, sub art. 385, p. 3098.
36. Cass., 21 gennaio 1983, n. 610, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Lavoro e previdenza (controversie di)*, n. 667, nonché in *Sicurezza soc.*, 1983, p. 257, secondo la quale è temeraria la parte che agisca nella piena consapevolezza o nella ignoranza gravemente colpevole in ordine alla «insussistenza oggettiva, rilevabile *prima facie*, delle condizioni di fatto e di diritto per il conseguimento delle prestazioni»; Cass., 17 febbraio 1993, n. 1953, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Spese giudiziali civili*, n. 46, che ha censurato con la condanna ex art. 96 c.p.c. la parte che faccia valere un presunto difetto di giurisdizione deducendo un presupposto di fatto che sa inesistente; Cass., 26 agosto 2002, n. 12541, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce cit., n. 65, nonché in *Fall.*, 2003, p. 824 ss., con nota di G. GUARNIERI, *Opposizione alla dichiarazione di fallimento, domanda di risarcimento del danno e simultaneus processus*, secondo la quale è configurabile un'azione di responsabilità ex art. 96 c.p.c. nei confronti del curatore fallimentare «per aver prospettato circostanze non veritiere» (nella specie, l'esistenza di una società di fatto) al fine di provocare il fallimento di un imprenditore. La Suprema Corte ha peraltro riconosciuto anche l'illegittimità della reticenza in ordine ad un fatto non rappresentato da nessuno in giudizio: in tal senso, Cass., 15 ottobre 1986, n. 6261, cit.; Cass., 3 marzo 1981, n. 1220, cit., il cui contenuto si è ricordato *supra*, nota 33.

dell'art. 96, comma 1°, c.p.c., abbia ritenuto in buona fede la parte che abbia mentito o nascosto circostanze rilevanti per il giudizio³⁷.

4. L'ESAME DELLA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI DOLO REVOCATORIO

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento all'ipotesi del dolo revocatorio di cui all'art. 395, comma 1°, n. 1, c.p.c., in base al quale la sentenza, anche se passata in giudicato, può essere rimossa qualora sia stata «l'effetto di dolo di una delle parti in danno dell'altra», in relazione alla quale occorre dunque chiedersi se il litigante che sia riuscito ad ingannare l'avversario durante il corso delle fasi ordinarie del giudizio possa o meno farsi scudo dell'autorità del giudicato al fine di mantenere in piedi una sentenza «ingiusta».

Ad una lettura superficiale dei repertori giurisprudenziali, ci si imbatte, in realtà, in un vero e proprio florilegio di massime nelle quali si legge che, ai fini dell'integrazione del dolo revocatorio, è necessaria la ricorrenza di artifici, raggiri e macchinazioni tali da paralizzare la difesa avversaria e da impedire l'accertamento della verità, di guisa che il semplice mendacio o la semplice reticenza di una delle parti sarebbero insufficienti al fine di consentire la revocazione della sentenza³⁸.

Un esame approfondito della giurisprudenza consente però di mostrare che le stanno ben diversamente. A tal fine può essere utile richiamare il caso, deciso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, nel quale un lavoratore aveva ottenuto nei confronti di una Cassa previdenziale privata la costituzione di una rendita vitalizia a causa di un infortunio sul lavoro; la parte vincitrice aveva però taciuto la circostanza di aver conseguito un'analogo rendita dall'Inail, ossia un fatto tutt'altro che trascurabile, in quanto tale da escludere la possibilità di ricevere una doppia indennità per

37. Sembra quindi trovare un'adeguata conferma il tradizionale insegnamento del Chiovenda, secondo il quale la temerarietà della lite, ossia «la coscienza dell'ingiusto, dell'aver torto», si ravvisa, non solo in relazione alla ricostruzione *in jure*, ma anche nella menzogna o nella reticenza della parte sui fatti di causa: v. G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, 2ª ed., Roma, 1935, p. 329 s., il quale precisa che vi sono casi «in cui la lite non è per se stessa temeraria, ma può essere o non essere, secondo le condizioni soggettive del litigante; come quando la temerità dipendesse dal conoscere o no una circostanza di fatto: in tal caso sarebbe temerario il litigante che negasse un fatto suo proprio che risulti provato, o un fatto che egli doveva conoscere, o affermasse un fatto che doveva conoscer come inesistente»; v. anche S. SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 321, il quale, riprendendo questo autorevole orientamento, aveva a tale riguardo ritenuto, assai puntualmente, che «la colpa e il dolo debbono ricercarsi nella posizione del fatto, che è colposamente o dolosamente difforme dalla realtà», precisando altresì: «colposamente, perché la parte avrebbe dovuto rendersi conto con un minimo di diligenza della difformità, dolosamente perché sapeva delle difformità, e ha cercato di conseguire un ingiusto profitto attraverso il processo o comunque ha voluto il danno altrui».

38. Per le opportune indicazioni giurisprudenziali, v. *supra*, nota 7, cui *adde* Cass., 19 settembre 2008, n. 23866, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 5; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5522, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1411 ss.

il medesimo incidente e, comunque, idoneo a far venir meno la stessa copertura della polizza assicurativa privata³⁹.

Come si vede, il vincitore si era limitato a tacere una circostanza di fatto decisiva per il giudizio; se quindi si volesse accogliere la tralatizia tesi sopra illustrata, si sarebbe costretti a rigettare, nel più formalistico rigore, la domanda di revocazione proposta dalla Cassa privata, condannata ingiustamente sulla base di un accertamento non conforme al vero, determinato dalla maliziosa reticenza dell'avversario.

Le Sezioni Unite hanno però scartato questa irragionevole soluzione, affermando, senza sottintesi, che anche «il mendacio o il silenzio su fatti decisivi possono integrare gli estremi del dolo revocatorio», in quanto, anche tale condotta può essere sufficiente a trarre in inganno l'avversario, pregiudicandone le facoltà difensive, e quindi ad impedire l'accertamento del vero. Questo diverso orientamento, pur partendo dai medesimi presupposti della tesi restrittiva (la necessità di ravvisare una condotta lesiva della difesa avversaria e l'offesa alla verità), è così giunto a conclusioni completamente opposte, propugnando una soluzione che è peraltro ampiamente diffusa in giurisprudenza, nonostante venga spesso additata come minoritaria⁴⁰.

Non sembra pertanto da escludersi che la «semplice» falsa allegazione o la «semplice» reticenza possano costituire, anche autonomamente, l'elemento unico ed essenziale del dolo revocatorio⁴¹; ciò in quanto anche il comportamento processuale

39. Si tratta di Cass., sez. un., 6 settembre 1990, n. 9213, in *Foro it.*, 1991, I, c. 484 ss., con nota di G. TOMBARI FABBRINI, *In tema di dolo revocatorio ex art. 395, n. 1, c.p.c.*

40. Nel medesimo senso, v., ad esempio, Cass., 24 marzo 2006, n. 6595, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 3, la quale ha affermato che «integra la fattispecie del dolo processuale revocatorio (art. 395 n. 1 c.p.c.) quell'attività intenzionalmente fraudolenta che si concreti in artifici e raggiri (che possono consistere anche nel mendacio su fatti decisivi della causa), tali da travisare una situazione in modo da farla apparire diversa da quella reale»; Cass., 30 agosto 2002, n. 12720, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce cit., n. 7, secondo la quale gli estremi del dolo revocatorio in questione sono «ravvisabili anche nel mendacio o nel silenzio su fatti decisivi della causa»; Cass., 19 giugno 2002, n. 8916, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce cit., n. 4, la quale però richiede che la menzogna o la reticenza debbano costituire «elementi essenziali di un'attività diretta a trarre in inganno la controparte su fatti decisivi della causa»; Cass., 14 aprile 1999, n. 3684, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce cit., n. 9, secondo la quale anche il mendacio, il silenzio o la mancata produzione di un documento possono costituire l'elemento essenziale dell'inganno idoneo a pregiudicare la difesa dell'avversario e ad impedire l'accertamento della verità; Cass., 29 agosto 1994, n. 7576, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce cit., n. 16; Trib. Piacenza, 7 giugno 1997, in *Arch. civ.*, 1997, p. 863, secondo cui «il mendacio e il silenzio su fatti decisivi integrano il dolo revocatorio ex art. 395, n. 1, c.p.c.»; Trib. Milano, 4 aprile 1996, in *Banca Borsa tit. credito*, 1997, II, p. 210 ss.; Cass., 5 giugno 1993, n. 6322, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Revocazione (giudizio di)*, n. 24; Pret. Roma, 25 gennaio 1983, in *Foro it.*, I, c. 2034 ss.; Cass., 25 novembre 1976, n. 4465, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Revocazione*, n. 1; App. Torino, 14 giugno 1952, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 507 ss., con nota di A. JANNUZZI, *Dolo negativo revocatorio*.

41. In tal senso, v., in particolare, C. MARCHETTI, *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, cit., p. 418 ss.; A. CERINO CANOVA, G. TOMBARI FABBRINI, voce *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1 s.; per la possibilità della revocazione della sentenza in caso di menzogna o reticenza, anche se sulla base di ragionamenti non sempre omologhi, v. altresì E. CAPACCIOLI, *In tema di dolo revocatorio*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 297; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit.,

della parte, per quanto limitato al piano delle allegazioni e delle asserzioni, può, in virtù dei meccanismi processuali di ricostruzione del fatto del processo e delle *asimmetrie informative e probatorie* della controparte, ostacolare l'esercizio dei poteri processuali di quest'ultima e, quindi, impedire l'accertamento della verità nel processo.

Va peraltro evidenziato che il contrasto giurisprudenziale sopra indicato è, almeno in parte, soltanto fittizio, atteso che, quando la giurisprudenza ha inteso negare il rimedio revocatorio in caso di mendacio o reticenza del vincitore, ciò è in realtà accaduto in quanto non ricorrevano, per altre ragioni, gli estremi per l'applicazione dell'art. 395, comma 1°, n. 1, c.p.c.: vuoi perché il fatto falso od omesso non era comunque causalmente sufficiente ai fini della rimozione della sentenza postulata come «ingiusta»⁴², vuoi perché con tale impugnazione straordinaria si richiedeva in realtà una diversa valutazione delle risultanze probatorie⁴³.

Per ottenere la revocazione della sentenza per dolo della parte, occorrono infatti alcuni requisiti: che il comportamento menzognero o reticente dell'avversario abbia avuto un'incidenza causale sulla decisione, ossia abbia determinato un'errata ricostruzione in punto di fatto, influenzandone il contenuto⁴⁴, che la parte non fosse a conoscenza della falsità o della reticenza⁴⁵ e che abbia quindi subito una compressione, meritevole di tutela, delle proprie facoltà difensive⁴⁶.

vol. II, p. 207; più di recente, v. G. TOMBARI FABBRINI, *In tema di dolo revocatorio ex art. 395, n. 1, c.p.c.*, cit., c. 492; E. LUCERTINI, *Dolo revocatorio: aspetti di tecnica processuale e di ricerca della verità*, cit., p. 2285; S. CARAFFA BRAGA, *Dolo processuale e rilevanza del mendacio e del silenzio*, cit., p. 1583; F. ROTA, voce *Revocazione nel diritto processuale civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, p. 477, secondo cui anche il mendacio o la reticenza possono comportare la revocazione della sentenza, a condizione che abbiano paralizzato o sviato la difesa avversaria e condotto ad una decisione «ingiusta».

42. In tal senso, v., ad esempio, Cass., 19 settembre 2008, n. 23866, cit., la quale lascia intendere che la decisione non sarebbe stata probabilmente diversa se il fatto taciuto fosse stato esposto in giudizio dalla parte vincitrice; Cass., 29 gennaio 2002, n. 1155, cit., la quale ha rilevato come non fosse affatto certo che il comportamento della parte accusata della condotta sleale avesse avuto incidenza sull'accertamento della verità; Cass., 22 gennaio 2001, n. 888, cit., che nega il rimedio revocatorio per difetto di violazione delle facoltà difensive e per mancanza di prova in ordine all'errore del giudice.
43. In questo modo, Cass., 19 giugno 2002, n. 8916, cit., la quale ha rigettato la domanda di revocazione perché, con essa, la parte in realtà proponeva «una diversa personale valutazione» delle risultanze istruttorie, sicuramente non oggetto del rimedio revocatorio.
44. V., ad esempio, Cass., 30 agosto 2002, n. 12720, cit.; Trib. Piacenza, 7 giugno 1997, cit.; Cass., 5 giugno 1993, n. 6322, cit.
45. Ciò deriva, in sostanza, dal fatto che il termine per proporre la revocazione straordinaria per dolo decorre dalla scoperta dello stesso, come indica chiaramente l'art. 396 c.p.c., su cui v. G. VERDE, *Decorrenza del termine per proporre domanda di revocazione straordinaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1336 ss.; F. ROTA, voce *Revocazione nel diritto processuale civile*, cit., p. 488 s.
46. Questo presupposto è rilevato da pronunce di entrambi gli orientamenti illustrati nel testo: v., ad esempio, Cass., 19 settembre 2008, n. 23866, cit.; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5522, cit.; Cass., 24 marzo 2006, n. 6595, cit.; Cass., 19 giugno 2002, n. 8916, cit.; Cass., 5 giugno 1993, n. 6322, cit., le quali evidenziano la strumentalità delle facoltà difensive rispetto all'accertamento della verità nel processo.

5. CONCLUSIONI

Sulla scorta delle pronunce giurisprudenziali sopra richiamate, relative alle ipotesi di responsabilità processuale *ex art. 96 c.p.c.* e di dolo revocatorio *ex art. 395, comma 1°, n. 1, c.p.c.*, emerge quindi come la menzogna e la reticenza processuale comportino conseguenze processuali tutt'altro che trascurabili, tali da mettere in discussione, per lo meno sotto il profilo del «diritto vivente», l'opinione della dottrina tradizionale secondo la quale non esisterebbe, nell'ordinamento processuale civile italiano, alcun obbligo di verità e completezza delle parti.

CAPÍTULO XXX
IL GIUDICE NATURALE¹
PRINCIPIO FONDAMENTALE A LIVELLO EUROPEO²

*Nicola Picardi**

Sommario • I. Alle origini della nozione di giudice naturale: 1. Introduzione; 2. Avocazioni e commissioni straordinarie durante l'*Ancien Régime*; 3. Il principio del giudice naturale nell'ideologia della magistratura dell'*Ancien Régime*; 4. *Segue*: nella legislazione rivoluzionaria; 5. La costituzionalizzazione del principio del giudice naturale nell'età della restaurazione – II. Le variabili nella tradizione giuridica europea: 6. Il modello inglese: il diritto al giudice naturale come corollario della *rule of law*; 7. I modelli eurocontinentali: il diritto al giudice naturale come corollario dello *Stato di diritto*; 8. Il modello francese; 9. Il modello tedesco; 10. Il modello italiano; 11. Il modello spagnolo – III Il giudice naturale, principio fondamentale a livello europeo: 12. Il giudice naturale parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati europei; 13. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo; 14. La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo; 15. Il diritto al giudice naturale quale principio fondamentale a livello europeo.

I. ALLE ORIGINI DELLA NOZIONE DI GIUDICE NATURALE

1. Secondo l'ideologia medioevale, nessuno può giudicare una persona se questa non sia a lui sottoposta o per investitura da parte di altri, *commissio*, o per *potestas ordinaria*³. Conseguentemente, la *iurisdictio* veniva distinta in *delegata*, se esercitata su incarico di altri (*ex alterius commissione*, ovvero *ex dativo nomine*), e in *ordinaria*, se esercitata *iure proprio* (o *ex nativo nomine*) dalle supreme autorità: l'imperatore ed il papa⁴.

In proseguo di tempo, per delega o per consuetudine o *sine titulo*, si finì, però, per riconoscere che feudatari e consoli (e, dopo di loro, potestà), signori e capi delle corporazioni avevano *ex nativo nomine* la piena giurisdizione ed erano, quindi, giudici ordinari, al pari dell'imperatore e del papa. Già nel XIII secolo, Guglielmo

* Professor Titular de Direito Processual Civil da Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

1. Texto com autorização de publicação no Brasil ofertada ao Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes.

2. Il presente scritto è destinato agli studi in onore di Pierfrancesco Grossi

3. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II–III, 67, 1.

4. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, p. 21.

Durante, il più grande processualista dell'epoca, chiari che i giudici che venivano investiti della loro funzione in Italia erano dotati di giurisdizione ordinaria⁵.

Successivamente, con la formazione di regni e principati indipendenti, si vennero a formare, nei rispettivi territori, delle autonome giurisdizioni che facevano direttamente capo al re o al principe. Data la crescente complessità della vita sociale i titolari della giurisdizione ordinaria ed, in particolare, i sovrani dovevano, però, delegare i loro poteri giurisdizionali a «loro» giudici, destinati a divenire col tempo organi stabili: i Tribunali. Ma questa «delegazione» non costituiva una «alienazione» del potere di giudicare. Il re, in quanto *fons iustitiae*, poteva, ad esempio, intervenire in ogni momento e rendere giustizia lui stesso, nella qualità di *Grand justicier*⁶.

La giustizia reale, in particolare, entrò in conflitto non solo e non tanto con la giustizia imperiale (che essendo priva di coordinate nel regno non era dotata di effettività), ma con le giurisdizioni preesistenti, quali le giurisdizioni feudali e signorili, cittadine e vescovili, mercantili e, in genere, corporative. Ma il conflitto fra le diverse giurisdizioni, mentre in Inghilterra verrà, ben presto, risolto a favore della giurisdizione regia, in altri Stati, quali la Francia, si prolungherà per quasi quattro secoli, finendo per incidere negativamente sul già labile sistema delle competenze. Solo la rivoluzione ed il regime napoleonico riusciranno ad imporre il monopolio reale della giurisdizione⁷.

In questo contesto nacque in Francia⁸ la nozione di giudice naturale. In origine, probabilmente, si trattò di una forma di traslitterazione⁹: il giudice ordinario, in quanto esercitava la propria funzione *iure proprio*, agiva *ex nativo nomine*. Veniva, perciò, qualificato *iudex natus*, in contrapposizione al giudice delegato, con-

-
5. «Potestates et rectores qui in Italia eliguntur habent iurisdictionem ordinariam» (G. DURAND, *Speculum notis Joan, Andrae Bonon, Baldi de Ubaldis Perusini, compluriumq. Iurisperitorum* etc., Venetiis 1564, I, 1, *De officio ordinarii* § 2, p. 42).
 6. Cfr. E.D. GLASSON, *Le Roi, Grand Justicier*, in «Nouvelle Revue d'histoire de droit français et étranger», 1902, p. 711 ss. e 1903, p. 76 ss., nonché, F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, (1948) rist. anast. 1988, n. 387, p. 519 ss.
 7. PICARDI, *Ibidem*, pp. 143 ss. e 147 ss.
 8. Secondo M. PISANI, *La garanzia del «giudice naturale» nella Costituzione italiana*, in «Riv. ital. dr. proc. pen.» 1961, p. 414 ss. la nozione di giudice naturale risalirebbe, invece, al diritto inglese e, in particolare, all'art. 29 della *Magna Charta* del 1225, secondo la quale nessun uomo libero poteva essere arrestato o imprigionato «se non in virtù del *iudicium parium suorum* e secondo la legge del paese». La dottrina prevalente ritiene, peraltro, che il giudizio dei pari ed il principio del giudice naturale si pongono su piani diversi Cfr. C. TAORMINA, *Giudice naturale e processo penale*, Roma 1972, p. 24 ss. e R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in «Nuovissimo Dig. Ital.» App. III, Torino 1982, p. 967.
 9. PICARDI, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, in «Riv. Dr. Proc.», 1985, §§ 8 e 9, pp. 802 e 809, ed in «Studi in onore di E. ALLORIO», Milano 1989, vol. I, pp. 708, 718 e 754 ss., nonché A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice* (1987), rist. Milano 1995, § 24 e p. 66.

siderato, invece, *iudex dativus. Nativus*, nel proseguo, diverrà *naturel*¹⁰ ed il *iudex ordinarius nativus le juge naturel ordinaire*¹¹. Ma preme soprattutto sottolineare che, in questa prima fase, la “naturalità” del giudice sembra risolversi sostanzialmente in una difesa delle antiche giurisdizioni e, quindi, in una riaffermazione di fronte all’invadenza della giurisdizione reale, delle giurisdizioni feudali e signorili, comunali e vescovili, mercantili ecc.

2. La situazione in Francia era, peraltro, ben più complessa. Durante tutto l’*Ancien Régime* fra il sovrano ed i suoi giudici delegati non si instaurò un rapporto di dipendenza gerarchico-burocratico¹². Anzi non è senza significato la circostanza che le giurisdizioni reali di più alto grado, i Parlamenti, assunsero la funzione di custodi e garanti delle «lois fondamentales»¹³ e rivendicarono una loro *souveraineté*, a nulla approdando i divieti di Luigi XIV¹⁴. In definitiva, il sistema giudiziario francese, non solo garantiva carattere durevole all’ufficio del giudice, ma assicurava allo stesso una completa indipendenza: «non vi era paese in Europa in cui i tribunali ordinari dipendessero meno dal governo, che in Francia»¹⁵.

In definitiva, in questa seconda fase storica, i conflitti non rimasero limitati alla contrapposizione fra le antiche giurisdizioni (giustizia feudale o signorile in particolare), da un lato, e giustizia reale, dall’altro; ma cominciarono a delinearli conflitti clamorosi all’interno della stessa giustizia del re, fra il sovrano ed i “suoi” giudici.

-
10. Secondo P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall’Ancien Régime alla Restaurazione*, Ed. Viella, Roma 1999, p. 57 ss. la locuzione *juge naturel* che si rintraccia, già alla fine del XVI secolo, in E. PASQUIER, *Recherches de la France*, Paris 1596 (ed altre numerose ediz.), lib. II, Cap. VI, ha un “carattere più moralistico che strettamente giuridico” (p. 59). In tema cfr., inoltre, A. ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, (1868), rist. anast. Scientia, Aalen 1970, p. 488 ss. e V. DE CAPRARIIS, *Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione*, I, Napoli 1959, p. 157 ss. con ampia bibliografia.
11. *Dictionnaire de l’Académie Française dédié au Roy*, I, Paris 1694, voce *Juge*, p. 614.
12. Né riuscì il disegno del re di piegare a fini disciplinari l’istituto della *prise a partie*. V. GIULIANI-PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., § 20 ss., p. 51 ss. Alcuni autori tendono, invero, a prefigurare, già nel secolo XV, aspetti gerarchico-burocratici della magistratura (così P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France* (1890), rist. anast. Scientia, Aalen 1966, II, pp. 463-464, che cita lo storico Thomas Basin). Sembra, peraltro, che si tratti solo di indizi ancora incerti. Del resto, il passaggio dalla concezione «professionale» alla concezione «burocratica» del giudice è avvenuto lentamente. In altra sede (GIULIANI-PICARDI, op. ult. cit., § 12, p. 32 ss.), si è osservato, ad es., che nell’Italia del XIV secolo, con la transizione dal Comune al Principato, il modello «professionale» del giudice era già destinato ad alterarsi ed a corrompersi. Spia significativa può essere considerato l’istituto del sindacato: una volta che la nomina dei sindacatori (ossia dei giudici del giudice) venne rivendicata dal principe, tale istituto, tipico del modello «professionale», cominciò ad essere piegato a fini disciplinari, e quindi considerato in un’ottica burocratica.
13. Cfr. GIULIANI-PICARDI, op. ult. cit., §§ 20, 23 e 24, p. 52 ss., 61 ss. e 65 ss. e N. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*, T. I, *Ordonnance civile*, 1667, in «Testi e documenti per la storia del processo» a cura di PICARDI e GIULIANI, vol. I, Milano 1996, pp. XXII ss.
14. Cfr., da ultimo, GIULIANI-PICARDI, *La responsabilità del giudice*, op. cit., §§ 22 e 24.
15. A. DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime e la Révolution*, in *Oeuvres*, vol. IV, Paris, s.d. ma 1856, p. 77.

Basti ricordare che i «suoi» giudici giunsero persino a contestare al re la sua qualità di giudice¹⁶.

Perduto il controllo sulla giustizia reale, il re tentò, allora, di ristabilire l'equilibrio a suo favore con un accentuato ricorso alla *justice retenue*¹⁷. Poiché la delegazione di giurisdizione non costituiva abdicazione al potere di giudicare, il re, in quanto costituiva sempre *fons iustitiae*, utilizzò più frequentemente il suo potere, ricorrendo agli istituti dell'*avocazione* e delle *commissioni straordinarie*¹⁸, istituti considerati tipici mezzo di governo (*instrumenta regni*). Innanzi tutto, il re poteva avocare¹⁹ una causa sottraendola al tribunale competente per affidarla (*commissio*) ad altro organo giudiziario. In alcuni periodi della storia francese, non furono, però, infrequenti anche casi in cui il re giudicava egli stesso, di norma, su richiesta scritta (*placet*)²⁰. L'abuso²¹ appare, però, storicamente legato, soprattutto, al *jugement par commissaire*²²: erano questi ultimi giudici (a volte tratti anche dai tribunali ordinari)

-
16. Noto è il caso di Luigi XIII, anche perché ricordato da MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, lib. VI. Cap. V, (ed. Paris, 1871, p. 76). In occasione del processo al duca di La Valette, il re pretendeva di essere giudice a capo di una Commissione speciale composta dal Card. Richelieu, ma il Presidente P. de Bellièvre gli oppose: « qu'il voyait dans cette affaire une chose étrange, un prince opiner au procès d'un de ses sujets: que les rois ne s'étaient réservé que les grâces, et qu'ils renvoyaient les condamnations vers leurs officiers ». Quando, poi, venne resa la sentenza, lo stesso Presidente, nel manifestare il suo giudizio, affermò « cela est un jugement sans exemple, voire contre tous les exemples du passé jusqu'à huy, qu'un roi de France ait condamné en qualité de juge, par son avis, un gentilhomme à mort ». (v. il verbale di questo processo, stampato in *Mémoires de Montrésor*; Leyden, 1665, II, p. 260 ss.). Pur se non fondata storicamente, l'obiezione mossa al sovrano appare, tuttavia, sintomatica di una nuova concezione dei rapporti fra i re ed i « suoi » giudici, che nel frattempo andava maturando.
17. R. VILLERS, *La justice retenue en France. Cours d'histoire des institutions politiques ed administratives du Moyen Age et des temps modernes*, Paris 1970.
18. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit., p. 41 ss.
19. Si distinguevano avocazioni *d'ufficio* e, su richiesta di parte, *di giustizia* (tipico era il caso di sospetto legittimo dei giudici e, quindi, l'istituto, sotto questo aspetto, finiva per affiancarsi alla ricusazione) e *di grazia* (dettate, cioè, dall'intento di favorire qualcuno o di perseguire un fine più propriamente politico); *particolari* (che riguardavano cause determinate) e *generalì* (che riguardavano gruppi di cause). Cfr., per tutti, E. CHÉNON, *Histoire général du droit français public et privé*, a cura di OLIVIER-MARTIN, Paris 1925, II, n. 465, pp. 551-552.
- Il parallelo potere di avocazione dei parlamenti nei riguardi di giudizi iniziati avanti ad un giudice inferiore venne a cadere in prosieguo di tempo; cfr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire*, cit., n. 391, p. 525. In tema cfr., da ultimo, ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit. p. 48 ss.
20. Alla *justice retenue* fece frequentemente ricorso Luigi XIV che organizzò, in proposito, una procedura rapida, previo rapporto di un segretario di Stato; cfr., per tutti, OLIVIER-MARTIN, cit., n. 388, pp. 519-520.
21. PASQUIER, *Recherches de la France*, cit., II, p. 6, riporta un aneddoto significativo: Francesco I, durante la visita del monastero dei Celestini di Marcoussis, mostrò meraviglia per la fine tragica del fondatore del monastero Jean de Montaigu; un monaco, allora, disse bruscamente al re che il processo era stato fatto « non par juges, mais par commissaires ». Su questo episodio cfr., altresì, VOLTAIRE, *Histoire du Parlement de Paris*, (1769) in "Ouvres complètes" dello stesso A., vol. XV, Paris 1878, p. 463.
22. V., per tutti, da ultimo, ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit., p. 48 ss. ed ivi citati alcuni celebri esempi.
- Affine — ma forse distinto (*contra*, sul punto, sembrerebbe OLIVIER-MARTIN, cit., n. 399, p. 524) — appare l'istituto dei *grands jours* (sul quale cfr., per tutti, CHÉNON, cit., II, n. 456, p. 514 ss. e R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue, 1598-1785*, Paris 1992, T. II, p. 474 ss.),

nominativamente scelti, di norma *a posteriori* o, addirittura, creati *ad hoc* per decidere una causa determinata. Per lo più i commissari erano costituiti in una *commissione* e non era infrequente che la relativa presidenza fosse assunta dallo stesso sovrano. Tali commissioni straordinarie costituivano un esempio tipico di *commissio* e, come tale, erano occasionali e temporanee. A differenza di qualsiasi «jurisdiction d'exception ou d'attribution» (anche la meno giustificata), le commissioni straordinarie non avevano, infatti, una organizzazione, una competenza ed una procedura predeterminate; esse venivano costituite *post factum* e, di solito, *intuitu personae*. Infine, mentre le giurisdizioni «d'exception» avevano carattere permanente, le commissioni straordinarie, una volta emanata la sentenza (sempre inappellabile) si scioglievano. In Inghilterra fenomeni del genere cessarono nella seconda metà del XVII secolo²³; in Francia, invece, l'istituzione di commissioni straordinarie, col nome di *Chambres de justice* o *Chambres ardentes*, era ancora²⁴ frequente ai tempi di Luigi XIV e divenne più rara solo nel XVIII secolo, a seguito delle proteste dei parlamenti e la pressione dell'opinione pubblica²⁵.

3. In tale situazione, particolarmente conflittuale e confusa, il principio del giudice naturale – in correlazione con la diffusione del pensiero giusnaturalistico nella cultura francese²⁶ - diventò uno dei cardini della ideologia dell'alta magistratura (c.d. *thèse parlementaire*)²⁷. Partendo dalla distinzione fra le leggi del re, che possono essere cambiate, e le leggi del regno, che erano considerate immutabili ed inviolabili²⁸, i parlamenti procedettero ad una rilevante opera di individuazione e progressivo affinamento delle leggi fondamentali, ossia le norme che rappresentavano la

una sorte di assise straordinarie composte da magistrati delle Corti superiori, generalmente eletti dai loro stessi colleghi, che venivano tenute in provincia e possono ricordare, sotto alcuni aspetti, la *Commission of Assize* inglese.

23. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., p. 107.

24. Ma non mancarono diversi tentativi di arginare tali abusi. Ad es., si ricordi l'art. 98 dell'*Ordonnance de Blois*, mai 1579 (cfr. *Recueil général des anciennes lois françaises*, a cura di JOURDAN, DECRUSY, ISAMBERT, ARMET e TAILLANIER, Paris, s.d., II vol., XIV, p. 405), il quale stabilì che, « pour faire cesser les plaintes à vous faites par nos sujets a l'occasion de Commissions extraordinaires par cidevant décernées, avons révoqué et révoquons toutes les dites Commissions extraordinaires, voulans poursuite estre faite de chaque matière par devant les juges auxquels la connaissance en appartient ». Tale disposizione venne, peraltro, interpretata restrittivamente, come se riguardasse solo il civile e, comunque, la pratica delle commissioni riprese particolarmente ai tempi del Cardinale Richelieu (cfr., per tutti, CHÉNON, cit., II, n. 466, pp. 566-567).

25. Cfr., per tutti, J. RICHOU, *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien Régime*, Paris, 1905 e MOUSNIER, *Les institutions de la France*, cit., T. II, p. 469 ss.

26. PICARDI, op. ult. cit., pp. 105-106, n. 3 e p. 124 (ed ivi le relative fonti).

27. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*, T. I, cit., p. XXI ss.; ID, *Il giudice e la legge nel Code Louis* in "Studi in onore di L. MONTESANO", vol. II, Padova 1997, pp. 223 ss.

28. Nel *lit de justice* del giugno 1586 il Primo Presidente del Parlamento di Parigi, SCHILLE DE HARLAY, chiariva, infatti, «abbiamo due specie di leggi: le une sono le leggi e le ordinanze del Re, le altre sono le ordinanze del regno, che sono immutabili e inviolabili, grazie alle quali [Voi Enrico III] siete salito al trono reale» (cfr. A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Paris, 1907, rist. anast. Genève, 1975, p. 184 e nota 4).

costituzione materiale del regno. Si trattava, infatti, di principi consuetudinari, che, pur nella flessibilità e mutevolezza del loro contenuto, i magistrati traevano abilmente da “precedenti che escono dalle tenebre del passato”²⁹. In tal modo i parlamenti assumevano il ruolo di co-legislatori³⁰ e di custodi delle *lois fondamentales*, che delimitavano lo stesso potere regio ed ogni altro potere.

Nell’ambito delle leggi fondamentali i magistrati enuclearono, fra gli altri, il *principio del giudice naturale*. Vanno qui ricordate soprattutto due solenni deliberazioni. La prima risale all’epoca della Fronda parlamentare. Il 30 giugno 1648 le Corti “sovrane”, riunite nella *Chambre de Saint Louis*³¹, formularono una sorta di dichiarazione dei diritti fondamentali, fra i quali, all’art. 6, enunciarono espressamente che “nessuno dei soggetti del re, di qualsiasi qualità e condizioni siano, potrà essere tenuto in prigione più di 24 ore, senza essere interrogato, secondo le prescrizioni delle *ordonnances* e deferito al suo *giudice naturale*”³². Si tratta, peraltro, di una dichiarazione che, subito ridimensionata,³³ non doveva trovare in seguito applicazione pratica. Con l’esplosione delle agitazioni della fronda, infatti, il governo – senza serie resistenze neppure da parte della dottrina più autorevole³⁴ – continuò a lungo a fare largo ricorso agli strumenti tipici della *justice retenue* e, primo fra tutti, alle famigerate *lettres de cachet*, con le quali venivano disposte misure restrittive alla libertà personale, senza garanzia giurisdizionale alcuna.

Alla metà del XVIII secolo, peraltro, la situazione precipitò: l’opposizione dei parlamenti diventò sistematica, le contestazioni motivate del parlamento (*remonstrances*) acquistarono il carattere di libelli politici,³⁵ le *lettres de jussion* da parte del re venivano reiterate inutilmente³⁶. A Luigi XV³⁷ non rimase altra via che quella

29. J. BARBEY, *Genèse et consécration des lois fondamentales*, in “Droits, revue française de théorie juridique”, n. 3, 1986, pp. 75 ss.

30. A. TOCQUEVILLE, *Frammenti e note inedite sulla Rivoluzione (In che modo il Parlamento con l’aiuto dei precedenti rovesciò la monarchia)*, in “Scritti politici” a cura di N. MATTEUCCI, II, Torino 1969, p. 941.

31. Nella *Chambre de Saint Louis* venivano, infatti, riunite le Corti «sovrane» del Regno, cioè *Parlements*, *Cour des Aides*, *Grand Conseil* e *Chambre de Comptes* cfr., da ultimo, PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 123 n. 84 e 125.

32. *Délibérations arrêtées en assemblée des cours souveraines, tenues et commencées en la chambre Saint-Louis le 30 juin 1648*, in *Recueil général*, cit., XVII, p. 72 ss.

33. F. OLIVIER-MARTIN, *L’absolutisme français*, (1951), rist. anast., Paris 1988, p. 331 sottolinea che, con l’art. 15 della successiva *déclaration du 22 octobre 1648*, la garanzia del deferimento dell’arrestato al suo giudice naturale veniva riservato ai parlamentari ed ai membri delle compagnie sovrane.

34. MONTESQUIEU – che era stato magistrato ed ha largamente influito sulla formazione della *thèse parlementaire* – né nelle *Lettres persanes* (apparse nel 1721), Paris 1961, e neppure VOLTAIRE nelle *Lettre philosophique* (apparse nel 1748) protestarono contro la pratica delle *lettres de cachet* (cfr., però, *infra*, n. 40). Anzi – rileva ancora OLIVIER-MARTIN, *L’absolutisme français*, cit., pp. 331 e 332 – MONTESQUIEU, nel suo già citato *Esprit des lois*, sopprime un passo nel quale criticava le predette *lettres de cachet*, passo che è stato ritrovato, nel XX secolo, nel suo castello nativo di *La Brède*.

35. A volte vennero stampati clandestinamente.

36. OLIVIER-MARTIN, *Histoire*, cit., n. 406, p. 549.

37. J. EGRET, *Louis XV et l’opposition parlementaire*, Paris 1970.

del mutamento radicale dello stesso sistema giudiziario. La riforma³⁸ resta legata al nome dell'ultimo cancelliere dell'*Ancien Régime*, René Nicolas de Maupeou³⁹. Dall'effimera sua durata⁴⁰ può, quindi, misurarsi l'impotenza della monarchia a regolare i meccanismi istituzionali ed a dirigere la società francese.

Nella nuova situazione l'ideologia parlamentare riprese vigore e si registrò una lunga serie di *remonstrances* soprattutto contro le commissioni straordinarie e le avocazioni. Punto di arrivo di questo orientamento può essere considerata la risoluzione (*arrêté*) del 3 maggio 1788, emanata dal Parlamento di Parigi su proposta del consigliere Duval D'Eprémèsnil⁴¹. Eravamo ormai alla vigilia della rivoluzione, in una congiuntura in cui la giustizia era divenuta uno dei bersagli principali dei *philosophes*⁴². In questa seconda deliberazione, oltre a ribadire altri principi (quali, ad es., la legge salica), qui interessa, soprattutto, notare che, fra le *lois fondamentales*, il Parlamento elenca i seguenti diritti:

a) “il diritto di ciascun cittadino di non essere mai tradotto in nessuna materia davanti a giudici diversi dai propri *giudici naturali*, che sono quelli che la legge gli designa”;

b) “e il diritto, senza il quale gli altri sarebbero inutili, di non essere arrestato per qualsiasi motivo, se non per essere rimesso senza ritardo nelle mani dei giudici competenti”.

38. Realizzata con gli editti 23 janvier e 13 avril 1771 (cfr. *Recueil général*, cit., XXII, pp. 510 ss. e 520 ss.), la riforma MOUPEAU sanciva l'abolizione della venalità delle cariche e prevedeva la nomina dei magistrati da parte del re, su proposta della corte. I nuovi magistrati sarebbero stati pagati dallo Stato ed inamovibili. Abolita risultava la pratica delle *épices des juges* e la giustizia diveniva un servizio gratuito (Cfr., per tutti, GLASSON, *Le Parlement de Paris*, cit., T. II, p. 360 ss. e M. DUVERGER, *Institutionis politiquae et droit constitutionnel*, T. II, 12^a ed., Paris, 1971, p. 6 ss.). Si trattava dei presupposti necessari per considerare in una nuova ottica i problemi dell'ordinamento giudiziario.

39. Cfr. J. FLAMMERMONT, *Le chancelier Maupeou*, Paris, 1884. Si veda anche P. JACOMET, *Vicissitudes et chutes du Parlement de Paris*, Paris 1954, p. 88 ss.

40. Luigi XVI, all'inizio del suo regno, fu costretto a ristabilire i vecchi istituti con il relativo sistema della venalità delle cariche (*Lit de justice* del 12/11/1774 in *Recueil général*, cit., XXIII, p. 43).

Né migliore fortuna ebbe l'ultimo, peraltro moderato, tentativo di riforma, concretato nei due editti del 1778 che restano legati al nome del guardasigilli Francesco II De Lamoignon (Maupeau, sebbene in disgrazia, aveva rifiutato le dimissioni ed aveva conservato, quindi, il titolo di Cancelliere). Tali decreti erano diretti sostanzialmente, l'uno, a ridurre i gradi di giurisdizione e, l'altro, a sopprimere i tribunali di eccezione, cfr., per tutti, OLIVIER-MARTIN, *Histoire*, cit., n. 417, p. 561 e M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française*, Paris 1957, I, p. 112.

41. L'*arrêté*, è riprodotta nelle *remonstrances* dell'8/05/1788, (J. FLAMMERMONT, *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIII siècle*, vol. III, Paris, 1898, p. 764).

42. Basti ricordare che VOLTAIRE, *L'A, B, C, ou Dialogue curieux entre A, B, C, traduit de l'Anglais par M. Huet*, Londres 1762, *XIII entretien*, in “Oeuvres complètes de Voltaire”, XXVII, Paris 1879, p. 383, sosteneva che “non si può imprigionare un cittadino senza portare subito il suo processo avanti ai suoi *giudici naturali*”. Si aggiunga che nell'*Encyclopedie* di DIDEROT e D'ALAMBERT, vol. IX, Neufchâtel 1765, p. 14 alla voce *Juge* (redatta da A.G. BOUCHER d'ARGIS) si precisava che “giudice ordinario è colui che è il giudice naturale del luogo e che ha il pieno esercizio della giurisdizione, salvo che ne sia privato a seguito di attribuzione o privilegio”. Le tesi degli illuministi, ormai, non potevano non influenzare anche l'ambiente dei parlamentari, che, fino ad allora, appariva prevalentemente ispirato ad un'ideologia conservatrice.

4. Il principio del giudice naturale troverà, poi, significative, anche se tormentate, realizzazioni nella legislazione rivoluzionaria.

I difetti della giustizia dell'*Ancien Régime* erano stati, innanzitutto, amplificati e volgarizzati nei *cahier de doléance*⁴³, dai quali emerge, fra l'altro, la richiesta, generalizzata di abolire le commissioni straordinarie, le avocazioni ed in genere gli strumenti tipici della *justice retenue*⁴⁴.

Già la legge sull'ordinamento giudiziario del 1790⁴⁵ - affermato, all'art. 16, il principio secondo cui «ogni privilegio in tema di giurisdizione è abolito», per cui tutti i cittadini saranno giudicati «nelle stesse forme (processuali), avanti agli stessi giudici» - all'art. 17, ne deduce che «i giustiziabili non possono essere distolti dai loro giudici naturali a mezzo di commissioni, né a mezzo di altre attribuzioni o avocazioni diverse da quelle che sono determinate dalla legge». Il principio è stato, poi, recepito nella costituzione del 1791⁴⁶, con la peculiarità che l'espressione «giudici naturali» è stata sostituita con quella «giudici che la legge loro assegna», nell'intento di evitare ogni riferimento giusnaturalistico e di accogliere il principio della separazione dei poteri in una versione che, già nel 1791, favoriva la supremazia del legislativo.

La strada era, così, aperta per la istituzione, nel periodo giacobino, dei tribunali «rivoluzionari» e per l'utilizzazione politica della giustizia, in nome della legalità rivoluzionaria⁴⁷. Comunque, nella costituzione giacobina del 1793 (approvata, ma non entrata in vigore) non si rintraccia alcun riferimento né al giudice naturale, né al giudice costituito per legge.

Reintrodotta il principio nel periodo termidoriano con la costituzione dell'anno III⁴⁸, per la prima ed ultima volta nelle costituzioni francesi, si è fatto esplicito

43. Cfr. in *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, sous la direction de J. MADIVAL et de E. LAURENT, 1^a série, 1787-1789, *états généraux*, 6 voll. Paris 1868. Un significativo riassunto, con il titolo *Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la chancellerie* è pubblicato nell'allegato IV a E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, vol. I, Paris 1901, p. 489 ss. Dell'ampia bibliografia in proposito cfr., per tutti, R. AUBIN, *L'organisation judiciaire d'après les cahiers de 1798*. Paris 1928, nonché, nella recente letteratura italiana, ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit., p. 158 ss. e U. PETRONIO, *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806 in I codici napoleonici, T. I., Codice di procedura civile, 1806*, in "Testi e documenti per la storia del processo", cit., Vol. V, Milano 2000, p. XII ss.

44. Cfr. l'art. 20 del *Résumé* cit., p. 492 ed, in tema, v. anche AUBIN, *L'organisation judiciaire d'après les cahiers*, cit., p. 19.

45. *Loi 16/24 août 1790*. La legislazione della rivoluzione sul nostro tema è facilmente rintracciabile in A.M. DUPIN, *Lois concernant l'organisation judiciaire*, vol. I, Paris 1819.

46. L'art. 4, Cap. V, Tit. III della Costituzione del 3 settembre 1791, nella versione italiana (A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano 1975, p. 274), così dispone: "i cittadini non possono essere distolti dai giudici che la legge loro assegna, da alcuna commissione o altre attribuzioni e avocazioni, salvo quelle che sono determinate dalle leggi".

47. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit., p. 170 ss.

48. Cfr. l'art. 204: "nessuno può essere distolto dai giudici che la legge gli assegna da parte di alcuna commissione né da attribuzioni diverse da quelle che sono determinate da una legge anteriore" (versione italiana in A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni*, cit., p. 486).

riferimento alla necessità della « precostituzione » e non alla semplice costituzione per legge⁴⁹. Comunque, le violazioni del principio di naturalità o di precostituzione del giudice furono continue e numerose sia nel periodo termidoriano⁵⁰ che in quello napoleonico, nel quale vennero istituite, fra l'altro, «Corti speciali», composte anche da militari competenti a giudicare una serie di delitti, fra i quali la ribellione armata, il contrabbando armato e la fabbricazione di moneta falsa⁵¹.

5. Sempre in Francia, al fine di reagire alle continue violazioni registrate durante la rivoluzione, e poi in epoca napoleonica, già all'inizio del XIX secolo, si pose il problema di elevare a livello costituzionale quel principio del giudice naturale, che diverrà una delle componenti fondamentali dello Stato di diritto.

Il 4 giugno 1814⁵² Luigi XVIII concesse la Carta costituzionale (c.d. *Charte octroyée*), la quale, all'art. 62, riprendendo le suggestioni giusnaturalistiche, stabiliva che “nessuno potrà essere distolto dai suoi *giudici naturali*”, ma all'art. 63, dopo aver stabilito che “non potranno quindi essere create commissioni e tribunali straordinari”, prevedeva una rilevante eccezione: “Sotto questa denominazione non sono comprese le giurisdizioni prevostali (*alias* giurisdizioni di polizia militare), se si riterrà necessario il loro ristabilimento”. Si tratta di una deroga che, in pratica, vanificò la regola del divieto di istituire giudici straordinari⁵³, in quanto con la legge 20 dicembre 1815 le giurisdizioni prevostali, composte da giudici civili e militari, vennero ristabilite, attribuendo loro la cognizione di delitti contro la sicurezza dello Stato. Si tratta di tribunali straordinari che pronunciarono inflessibilmente migliaia di condanne, tanto che il loro operato costituisce oggi “uno dei peggiori ricordi della storia della giustizia”⁵⁴.

La svolta si avrà con l'ascesa al trono di Luigi Filippo d'Orleans. Superata ormai la politica autoritaria di Carlo X, si impose, infatti, la necessità di emendare la Carta costituzionale del 1814, in un'ottica liberale ed individualistica, secondo le indicazioni delle più autorevoli correnti giuridiche dell'epoca⁵⁵. Con la Carta costituzio-

49. R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, I, *Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano 1981, p. 13.

50. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit., p. 174 ss.

51. Artt. 553-599 del *Codice di istruzione criminale del 1808*, ed. italiana in *I Codici napoleonici*, cit., T. II, p. 160 ss. Precedenti violazioni del principio del giudice naturale in epoca napoleonica sono segnalati in ALVAZZI DEL FRATE, op. cit., p. 176 ss.

52. Il precedente progetto costituzionale del 6/04/1814 – voluto da Talleyrand, ma che Luigi XVIII si rifiutò di accogliere (cfr. M.S. CORCIULO, *La constitution sénatoriale française du 6 avril 1814*, in “Relazioni internazionali, Scritti in onore di Giuseppe Vedovato”, Firenze 1997, vol. II, p. 189 ss.) – agli artt. 17 e 18 già consacrava il principio in esame, tornando alla formula tradizionale del *giudice naturale*.

53. La *Charte octroyée*, dopo i cento giorni di vigenza del liberale *Acte additionnel* del 22/04/1815 opera di Benjamin Constant, era, in effetti, tornata in vigore nel luglio 1815. L'atto addizionale adottava, invece, sul nostro tema, una formula più stringente: “nessuno può, *sotto alcun pretesto* (c.n.), essere distratto dai giudici assegnatigli dalla legge” (art. 60). Sull'atto addizionale cfr., per tutti, ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit., p. 184 ss.

54. J.P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, Paris 1995, p. 447.

55. Riferimenti in ALVAZZI DEL FRATE, cit., p. 189 ss.

nale del 14 agosto 1830 venne, così, stabilito che “nessuno potrà essere distolto dai suoi giudici naturali” (art. 53) e “non potranno, pertanto, essere create commissioni e tribunali straordinari, a qualunque titolo e sotto qualunque denominazione ciò possa avvenire” (art. 54). Scomparve, in tal modo, ogni possibile deroga al principio.

La formula adottata ebbe, infine, un’analoga formulazione nell’art. 4 della Costituzione della II^a Repubblica del 4 novembre 1848, con la sola peculiarità della sede: la norma non fu più inserita nella parte riguardante il potere giudiziario (cap. VIII); ma fra i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione (cap. II). Si tratta di un’ulteriore indicazione per l’inserimento del nostro tema nell’ambito di quei “diritti pubblici soggettivi”, che Georg Jellinek andrà a formulare negli anni successivi, e che costituiranno uno dei cardini dello Stato di diritto.

Certamente il nuovo dettato costituzionale non presentava difficoltà applicative nei confronti del re ed in generale del *potere esecutivo*, che non avrebbe potuto più modificare l’ordine delle giurisdizioni, così come stabilito dalla legge, e, per conseguenza, non avrebbe potuto creare nuovi tribunali, pur se temporanei. Difficoltà sorgevano, invece, nei rapporti con il *potere legislativo*, al quale, a partire dalla Rivoluzione, era stata riconosciuta – come si è visto – una posizione privilegiata, in quanto espressione della rousseauviana “volontà generale” e, quindi, diretto depositario della sovranità statale. D’altra parte, le costituzioni dell’età della restaurazione non avevano carattere rigido. Il potere legislativo non era legato ai propri atti e conservava la facoltà di abrogare o modificare, in tutto o in parte, le proprie leggi⁵⁶, anche a livello costituzionale.

In mancanza di un sindacato di costituzionalità, il problema si pose, quindi, soltanto in termini di abrogazione. In quest’ottica la Corte di Cassazione⁵⁷, a partire dall’*affaire Geoffroy*⁵⁸, si assunse il compito di controllare la costituzionalità delle *disposizioni legislative anteriori* al dettato costituzionale e, in particolare, considerò abrogato tacitamente un decreto imperiale del 1811 che aveva consentito a Luigi Filippo d’Orleans di proclamare, nel 1832, lo stato di assedio e di attribuire ad un tribunale militare straordinario la competenza a giudicare anche reati commessi da

56. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit., p. 205 ed ivi ampi riferimenti alle opere di diritto pubblico dell’epoca, specialmente quelle di F. BERRIAT SAINT-PRIX e di J. A. ROGRON. Ad esse possono aggiungersi i cenni riportati nei manuali di procedura civile di questi stessi Autori, manuali che hanno avuto particolare diffusione anche in Italia: BERRIAT SAINT-PRIX, *Corso di procedura civile*, 2^a ed. italiana, vol. I, Napoli 1825 p. 11 ss. e ROGRON, *Codice di procedura civile spiegato*, vol. II, Napoli 1840, p. 128 ss.

57. J. L. MESTRE, *La Cour de Cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données Historiques*, in AA. VV., *La Cour de cassation et la constitution de la République*. Actes du Colloque decembre 1994, Aix au Provence, 1996, p. 36 ss.

58. *Cour de cassation 29/06/1832*, in “Le Moniteur universel” n. 182, p. 1403. Si vedano anche gli atti relativi all’*affaire* nella stessa rivista: 19/06/1832 n. 171, suppl. p. 1354 e 30/06/1832, n. 182, p. 1403. Su tale vicenda cfr. ora MESTRE, cit., spec. p. 43 ss. e ALVAZZI DEL FRATE, cit., p. 219 ss. ed ivi i riferimenti anche alle successive sentenze della Cassazione che confermarono l’orientamento giurisprudenziale.

civili. Maggiori difficoltà presentavano, invece, *le leggi emanate successivamente* all'entrata in vigore dei testi costituzionali. Nel timore di un ritorno alla situazione dell'*Ancien Régime*, nella quale, i Parlamenti finivano per paralizzare l'attività legislativa, la Corte di Cassazione fu portata, invece, ad escludere la stessa possibilità del controllo di costituzionalità, evitando così limitazioni e condizionamenti al potere legislativo⁵⁹.

II. LE VARIABILI NELLA TRADIZIONE GIURIDICA EUROPEA.

6. Fino alla rivoluzione francese gli ideali illuministici – in particolare, quelli relativi alle istituzioni giudiziarie – erano ritenuti infallibili. Dalla loro attuazione ci si attendeva la realizzazione della ragione “assoluta” e, quindi, la perfezione del sistema giudiziario. Ma i fatti successivi dovevano provocare la caduta di molte illusioni e la necessità di un riesame critico delle stesse vicende rivoluzionarie.

Il vettore più dinamico della idea rivoluzionaria era stata, indubbiamente, la dottrina di Rousseau della sovranità popolare e della legge quale espressione della volontà generale⁶⁰. Per tale via si era finito per attribuire al legislativo un primato assoluto rispetto agli altri poteri dello Stato, in quanto il corpo legislativo era il solo organo che potesse vantare una diretta investitura popolare⁶¹. Ma era stata proprio la sovranità, intesa alla Rousseau, ad aprire la strada alla concezione dello *Stato etico* ed a legittimare gli eccessi registrati all'epoca del terrore⁶². La verità è che il potere, di per sé, ha una naturale tendenza ad espandersi e ad operare arbitrariamente. La salvaguardia della “moralità” – o meglio delle “virtù” rivoluzionarie, intese alla maniera di Rousseau e di Robespierre⁶³ – ha rappresentato la giustificazione dell'uso, in modo terrificante, della forza del potere⁶⁴.

La problematica della patologia nell'esercizio del potere non poteva non impegnare la cultura europea del XIX e XX secolo alla ricerca di strumenti finalizzati a limitare gli abusi ed a tutelare gli individui. Il problema, però, finì per essere posto in modo differente negli ordinamenti di *common law* ed in quelli di *civil law*.

Nell'area culturale anglosassone non si profilò la necessità di una riflessione teorica ed una diversa sistemazione concettuale dello Stato: limiti e controlli all'esercizio del potere non sono posti dallo Stato e, per esso, dal legislatore. Nello spirito

59. P. ALVAZZI DEL FRATE, cit., pp. 211-212.

60. J.J. ROUSSEAU, *Du contract social* (1762), a cura di J.L. LECERCLE, Paris 1968, lib. II cap. 1-4 e 6-7.

61. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in A. COSTA e D. ZOLO (a cura), *Lo Stato di diritto. Storia, Teoria e critica*, 2ª ed., Milano 2003, p. 28.

62. M. FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato*, in G. GOZZI e R. GHERARDI (a cura), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Bologna 1995, p. 193 ss.

63. M. ROBESPIERRE, *Sui principi del governo rivoluzionario (25 dicembre 1793)*, nel volume dello stesso A., *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. CERRONI, Studio tesi, Pordenone 1992.

64. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in A. COSTA e D. ZOLO (a cura), *Lo Stato di diritto*, cit., p. 105.

della *common law* “le cause devono essere decise secondo principi induttivamente enucleati dall’esperienza giuridica del passato, e non dedotti da norme stabilite arbitrariamente dalla volontà del sovrano. In altre parole, la ragione, non la volontà arbitraria, deve essere la causa ultima della sentenza”⁶⁵.

Il perno dei sistemi di *common law* è rappresentato dalla *rule of law*⁶⁶, la quale non postula l’idea della legge come espressione di una volontà di autolimitazione dello Stato sovrano⁶⁷; “postula, piuttosto, un diritto extra-statuale, autonomo: il diritto comune, il *case law*, insomma il diritto dei giudici e dei giuristi.....c’è *rule of law* anche e, soprattutto, ‘senza Stato’; o, più esattamente, senza che lo Stato avochi a sé la produzione del diritto”⁶⁸.

In particolare, in Inghilterra, il potere giurisdizionale, non appartiene ad un giudice funzionario. La giustizia è fondata su un “diritto consuetudinario vivente”⁶⁹, continuamente riformulato ed adattato dai *common lawyers*, considerati quali autonomi depositari e interpreti del diritto nazionale (*common law*). Essi hanno, fra l’altro, il compito di garantire le libertà e gli interessi dei privati, anche nei confronti dell’autorità statale, e, come tali, costituiscono il limite ed il controllo del potere.

Uno dei corollari della *rule of law* è rappresentato, appunto, dall’idea del giudice naturale. Pur in assenza di una costituzione scritta e di un diritto codificato, nel sistema giuridico inglese, o meglio, fra i principi propri della costituzione materiale vige la regola secondo la quale il potere esecutivo deve agire secondo il diritto su una

-
65. R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921, p. 182 ss.; trad. it. a cura di G. BUTTA’, con presentazione di E. PARESCE, Milano 1970, p. 164.
66. La formulazione moderna della *rule of law* risale, come tale, all’impiego fattone da A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10^a ed., London 1959 p. 183 ss.; edizione italiana a cura di A. TORRE, Bologna 2003 spec. p. 343 ss. (cfr. E. SANTORO, “*Rule of Law*” e “*libertà degli inglesi*”, *L’interpretazione di A. V. DICEY* in COSTA e ZOLO, *Lo Stato di diritto, Storia, Teoria e critica*, cit., p. 173 ss.), ma già è stata ricordata l’elaborazione dei principi fondamentali della *common law* da parte di E. COKE. Comunque, le matrici logiche ed etiche della *rule of law* sembrano ricollegarsi all’influenza stessa della retorica sullo sviluppo della *common law*, influenza che trovava i suoi prolungamenti nel concetto classico di uguaglianza di fronte alla legge (*isonomia*) e, quindi, anche di uguaglianza fra governanti e governati (A. GIULIANI, *Dal positivismo benthamiano al realismo giuridico*, in F. ROSSI (a cura), *Il pensiero americano contemporaneo. Scienze sociali*, Milano 1958, pp. 119 ss. e A. GIULIANI, *Presentazione* al volume di P. STEIN e J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano 1981, pp. VII – VIII).
67. A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Bologna 2004, p. 128.
68. G. SARTORI, *Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia*, in “Riv. Intern. Filosofia del diritto”, 1964, p. 311, p. 220. In tema cfr. anche F.A. Von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, London 1960, trad. it. *La società libera*, Vallecchi, Firenze 1969 e B. LEONI, *Freedom and the Law*, Princeton 1961, trad. it., Liberilibri, Macerata 1994, p. 67 ss. Sul pensiero di questi due AA. Cfr., da ultimo, M.C. PIEVATOLO, “*Rule of Law*” e *ordine spontaneo. La critica dello Stato di diritto eurocontinentale in Bruno Leoni e Friederich von Hayek* in COSTA e ZOLO (a cura), *Lo Stato di diritto*, cit., p. 460 ss.
69. C. SCHMITT, *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Berlin 1958, trad. it., Pellicani ed., Roma 1996, p. 70 ss. e PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, op. cit., p. 128 che rimarca il carattere evolucionistico del costituzionalismo inglese.

«base legale» e non può operare arbitrariamente. In caso diverso, v'è la possibilità di far ricorso ad un giudice indipendente ed imparziale per far valere le proprie ragioni in un processo equo. Ciò significa che, individuo e pubblici poteri, tutti sono sottoposti nella stessa maniera al diritto e alla giurisdizione. Fra i diritti fondamentali è, pertanto, ricompreso il diritto di accesso ai tribunali (*right of access to the courts*)⁷⁰, diritto, anch'esso, consuetudinario, derivato a sua volta dal concetto di uguaglianza, che viene fatto risalire alla *Magna Carta* del 1215, ha un valore quasi⁷¹ assoluto e, come tale, non può costituire oggetto di una rinuncia convenzionale preventiva (*wai-ver of access in advance of dispute*)⁷².

Alla *rule of law* è, pertanto, direttamente legato il diritto al giudice naturale⁷³. Per la verità, l'espressione «giudice naturale» come tale non è, per lo più, in uso nella giurisprudenza teorica e pratica inglese⁷⁴, ma l'idea relativa è ivi ben radicata. Già Dicey, dopo aver affermato il principio fondamentale della legalità che esclude ogni potere arbitrario o largamente discrezionale, precisava «ogni persona, quale che sia il suo livello sociale e la sua condizione, è assoggettato al diritto ordinario del Regno e va citato davanti alle giurisdizioni ordinarie»⁷⁵. Successivamente nel XX secolo, con l'avvento del *Welfare state*, le giurisdizioni si sono moltiplicate soprattutto a seguito dell'istituzione di giurisdizioni amministrative (*statutory tribunals*), ma ciò non comporta deroga al principio del giudice naturale, sempre che siano giurisdizioni specializzate⁷⁶, cioè istituite in ragione di particolari esigenze e munite di

70. J.A. JOLOWICZ, *Fundamental Guarantees in civil Litigation: England*, in M. CAPPELLETTI e D. TALLON (a cura di), *Fundamental Guarantees of the Parties in civil Litigation*, Milano e altrove, 1973, p. 121 ss. spec. p. 142 ss.; J.I.H. JACOB, *Access to Justice in England*, in M. CAPPELLETTI e B. GARTH (a cura di), Vol. I, *A world Survey*, Milano e altrove 1978, p. 417 ss. ed in *The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure*, London 1982, p. 125 ss., nonché, di recente, A. LE SUEUR, *Access to Justice in the U.K.*, in «European Human Rights Law Review», 2000, p. 457 ss.

71. La procedura inglese ancora prevede, per la verità, diverse eccezioni alla regola. Si pensi, innanzitutto, all'autorizzazione preventiva da parte del tribunale competente (*leave of the Court*) nei riguardi, ad es., di minori, malati mentali, condannati per abuso sistematico al ricorso alla giustizia (*vexatious litigants*) oppure l'autorizzazione a proporre l'appello (*leave to appeal*). Si aggiungano numerose immunità nei confronti, ad es., della Corona, dei parlamentari, dei giudici, delle pubbliche autorità. Si tratta di eccezioni che si risolvono in privilegi in tema di giurisdizione, la cui compatibilità o meno con i principi della Convenzione dei Diritti dell'Uomo è oggi oggetto di riesame da parte sia della Corte di Strasburgo, sia degli stessi giudici inglesi cfr. R. CLAYTON e H. TOMLINSON, *Fair Trial Rights*, Oxford 2001, p. 143 ss. e F. SUDRE, *Immunité de jurisdiction et droit de saisine du juge. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in I. PINGEL (a cura di), *Droit des immunités et exigences du proces équitable*, Pedane 2004, pp. 19 ss.

72. A. ZUCHERMAN, *Civil procedure*, Lexis Nexis, 2003, p. 64 ss.

73. V., da ultimo, H.W. WADE e C. FORSYTH, *Administrative Law*, 9^a ed., Oxford 2004, p. 20 ss.

74. Il giudice naturale non va confuso con la *natural justice* che sta, invece, ad indicare i requisiti fondamentali della giustizia, *nemo iudex in causa propria* e *audiatur et altera pars*. Cfr., per tutti, D. CHISTIE, *A Problem of Jurisdiction and Natural Justice*, in «Modern Law Review», 1974, p. 324 ss.

75. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, cit., p. 187 ss.

76. Sul «principio di specializzazione» delle giurisdizioni cfr. J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, London 1987, p. 25 ss.

specifica competenza per materia. Si tratta di giurisdizioni che, come tali, si distinguono nettamente di tribunali straordinari. D'altra parte, nel diritto inglese le giurisdizioni speciali sono soggette al controllo giurisdizionale (*judicial review*) – e, a volte, anche all'appello – avanti alle giurisdizioni ordinarie⁷⁷.

Giova, però, sottolineare soprattutto che l'idea del giudice naturale non implica soltanto l'accesso alla giurisdizione, ma – come già aveva precisato Dicey – anche l'esclusione di ogni potere discrezionale. A questo proposito, peraltro, il modello inglese attribuisce ancora significativi poteri discrezionali al giudiziario nella determinazione del giudice ordinario e, come tale, «naturale» di una determinata causa.

Sintomatica, in proposito, è la vicenda della *c.d. doctrine of forum non conveniens*, secondo la quale al giudice inglese, su eccezione del convenuto, viene riconosciuto il potere di declinare la propria giurisdizione a favore di un giudice di altro Stato, quando il foro di quest'ultimo sia «più adeguato» a decidere la controversia, avuto riguardo agli interessi di tutte le parti ed ai fini di giustizia⁷⁸. La Corte di Lussemburgo⁷⁹ ha, peraltro, escluso che il giudice inglese possa declinare la propria competenza sulla base del rilievo che il giudice di altro Stato, anche non europeo, costituirebbe un foro maggiormente idoneo a decidere la controversia.

Da tale vicenda emergono due dati rilevanti. Innanzitutto, viene rivisitata la stessa nozione di naturalità del giudice, che viene ora intesa nella diversa accezione di «adeguato collegamento della lite con il foro» e, conseguentemente, come «l'idoneità del giudice a decidere della causa in maniera adeguata»⁸⁰; in altri termini, «giudice naturale» sta a significare – al di là di ogni collegamento giusnaturalistico – che il convenuto non può essere citato davanti a giudici di un determinato Stato sulla base di «criteri esorbitanti: che non esprimono cioè un adeguato collegamento della lite con il foro» e, come tali, non garantiscono il diritto ad un giusto processo⁸¹. Tale nozione appare oggi recepita anche a livello europeo (v., *infra*, § 14). Si sostiene, infatti, che sono proprio le norme sulla competenza che individuano il *giudice maggiormente qualificato* dal punto di vista territoriale a conoscere una controversia⁸². Del resto, già la Corte di Strasburgo (Corte E.D.U.) aveva avuto l'occasione

77. WADE e FORYTH, cit., pp. 908, 917-941.

78. Cfr., da ultimi, R. MARTINO, *Compatibilità del sistema europeo di giurisdizione con la dottrina del forum non conveniens* in R. MARTINO (a cura), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano 2008, p. 80 ss. e M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, Vol. I, Milano 2002, p. 145 ss. ed, in essi, ampi richiami alla letteratura inglese.

79. Cfr. Corte Giust. C.E. 1/03/2005, c. 281/02, Caso Owusu, riportata in MARTINO, *Compatibilità del sistema*, cit., p. 87 ss. In tema cfr. LUPOI, *Del Caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, in «Int'l Lis» 2005/06, I, 15 ss. ed in essi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

80. MARTINO, *Compatibilità del sistema*, cit., p. 91.

81. *Ibidem*, pp. 91, nota 17 e 92, ed *ivi* anche ulteriori riferimenti bibliografici.

82. MARTINO, op. cit., p. 92 riporta, in proposito, l'opinione di uno dei principali redattori della Convenzione di Bruxelles, JENARD, *Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in POCAR, *La Convenzione di Bruxelles*

di consacrare, sempre nei riguardi del diritto inglese, il diritto ad essere giudicati «*naturalmente* (c.n.), da un tribunale adeguato per valutare i diritti e le obbligazioni delle parti»⁸³.

In secondo luogo, dalla vicenda in esame emerge una differenza radicale in ordine ai criteri di identificazione del giudice naturale. Nel sistema inglese, l'«adeguatezza» o la «maggiore qualificazione» del giudice va valutata con riferimento al singolo caso da decidere e la valutazione discrezionale del giudice⁸⁴ diventa così il fondamento per affermare o negare la giurisdizione. Nei sistemi giuridici eurocontinentali, come meglio si vedrà al § 14, l'identificazione viene effettuata, al contrario, sulla base di criteri oggettivi, certi e prevedibili, prescindendo dalle peculiarità del singolo caso⁸⁵.

In quest'ottica ben si comprende il motivo per cui la Corte di giustizia a proposito del caso *Owusu*, abbia ritenuto, quanto ai criteri di identificazione del giudice naturale, l'inapplicabilità della *doctrine of forum non conveniens*.

7. La diversa situazione dell'Europa continentale richiede, invece, un intervento di alta ingegneria istituzionale. Non si trattava tanto di neutralizzare l'effimero *Stato etico* realizzato nel periodo giacobino, quanto di contrapporre, sia allo *Stato assoluto* che allo *Stato di polizia*, un diverso modello, fondato sulla divisione dei poteri, quale assetto organizzativo, e finalizzato a frenare il “potere politico”, correggendo i suoi meccanismi, ma – a differenza della *rule of law* – questa volta dall'interno dello Stato stesso, a mezzo del primato della legge: è lo Stato stesso che si autolimita mediante la legge. In questa operazione un ruolo centrale spetta al pensiero giuridico tedesco che – nell'età della restaurazione – ha elaborato, appunto, la nozione di *Stato di diritto* (*Rechtsstaat*)⁸⁶.

Anche se esiste indubbiamente un nesso originario con l'ideologia liberale, la storia del XX secolo mostra come non sussista un rapporto obbligato fra Stato di diritto e un determinato assetto istituzionale⁸⁷. Si tratta di una nozione che – pur con significati diversi ed alterne fortune - ha finito per segnare la storia interna

sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze, 3ª ed., con la collaborazione di S. BARIATTI, Milano 1995, p. 383 ss., nonché la sentenza della Corte Giust. C.E. 17/06/1992 n. 26, *J. Handte c. Traitments mecano-chimique des surfaces*, in «Raccolta di giurisprudenza» 1992, p. I-03967.

83. Corte E.D.U. 26/04/1979, *Sunday Times c. R.U.*, sezioni riunite, Serie A, n. 30.

84. LUPOI, *Conflitti transnazionali*, cit., pp. 149 ss. e 167 ss.

85. MARTINO, *Compatibilità del sistema*, cit., p. 97.

86. Per i necessari riferimenti cfr., da ultimo, PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 156 ss.

87. Tale formula è stata, ad esempio, riferita, di volta in volta, allo *Stato fascista* (G. MELONI, *La teoria della sovranità dello Stato nella concezione fascista* in “Annale della R. Università di Macerata” 1929, p. 314 ss.), allo *Stato nazional-socialista* (C. SCHMITT, *Der Rechtsstaat in Nationalsozialistisches, Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2ª ed., München 1935, p. 24 ss.) e, nel secondo dopoguerra, sulla scia della costituzione federale tedesca, allo *Stato sociale di diritto* (R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna 2004, p. 39 ss. e 103 ss.).

dell'evoluzione costituzionale, dei nostri ordinamenti eurocontinentali⁸⁸. A fronte dello Stato patrimoniale e dello Stato assoluto, vi era il suddito; a fronte dello Stato di diritto, vi è, invece, il cittadino, al quale viene riconosciuta la titolarità di quei diritti, e solo di quei diritti, che gli sono attribuiti, dall'ordinamento giuridico positivo dello Stato. Nella concezione dello Stato di diritto, incentrata sulla sovranità statale e sulla determinazione legislativa dei diritti, il cittadino (e, successivamente, l'individuo) risulta, così, munito di tutta una serie di pretese e di micropoteri concessigli dallo Stato, posizioni soggettive che, come si è detto, Jellinek, alla fine dell'ottocento, ricostruirà nel noto sistema dei diritti pubblici soggettivi⁸⁹. Fra questi ha trovato definitiva collocazione il *diritto al giudice naturale*.

La nozione di Stato di diritto, peraltro, si è diffusa, negli Stati eurocontinentali, progressivamente e non sempre negli stessi tempi e con le stesse modalità. L'idea del diritto al giudice naturale ha origini più remote e, come si è rilevato (v., *retro*, § 5), all'epoca della restaurazione (ed anche prima), si era già delineato un orientamento diretto non solo a formulare il principio del giudice naturale, ma anche ad elevarlo a livello costituzionale.

Da un lato, la formazione, in tempi e congiunture diversi, della nozione di Stato di diritto nei singoli Stati, dall'altro, la circostanza che l'idea del giudice naturale si sostanzia in alcuni diritti fondamentali che il singolo Stato concede, di volta in volta, al cittadino; dall'altro ancora, la necessità di coordinare la tematica del giudice naturale con i principi di formazione europea, hanno accresciuto la complessità del problema. Nell'economia di questo saggio sarà, però, solo possibile qualche cenno alle caratteristiche che l'idea del giudice naturale ha assunto nei principali modelli eurocontinentali.

8. Quanto alla Francia, si constata, innanzitutto, un fatto paradossale. In quello Stato, come si è visto, è sorta la tematica del giudice naturale ed in esso ha avuto inizio il processo di costituzionalizzazione del principio. E' singolare, però, che, dopo la già ricordata costituzione del 1848, nessuna costituzione francese abbia più enunciato il principio del giudice naturale o suoi equivalenti⁹⁰. In particolare, muta, in proposito, è la vigente costituzione del 1958. Né il principio è riportato nel *Code de l'organisation judiciaire* del 1978, né, tanto meno, nei vigenti codici di procedura civile e penale.

88. L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in COSTA e ZOLO, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 349 ss. e M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico, Dottrina dello Stato e della Costituzione fra otto e novecento*, T. II, Milano 2001, p. 855 ss. Quanto alle molteplici garanzie processuali che si ricollegano alla matrice dello Stato di diritto, cfr., da ultimo, F. CIPRIANI (a cura di), *Stato di diritto e garanzie processuali*, Napoli 2008, p. 21 ss.

89. G. JELLINEK, *System des subjektiven öffentlichen Rechts* (1892), Tübingen 1905 (trad. it., Milano 1921). Sulla evoluzione della teoria dei diritti pubblici ed il loro riconoscimento cfr., per tutti, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 voll., Roma-Bari, 1999-2001.

90. E.F. RICCI, *Garanzie costituzionali sul processo civile nel diritto francese*, in «Riv. dr. proc.» 1968, pp. 233-234.

Non è facile individuare le ragioni di tale silenzio. Certo è che tutti i periodi difficili della storia francese (da ultimo, la crisi a seguito della decolonizzazione dell'Algeria) sono stati costantemente accompagnati dalla istituzione di Tribunali straordinari, che non potevano non contribuire alla svalutazione dell'immagine del giudice naturale⁹¹. Comunque, la situazione era destinata progressivamente a mutare, soprattutto a seguito del consolidarsi, anche in Francia, della concezione dello Stato di diritto e, in epoca più recente, con l'instaurazione di una forma di controllo di costituzionalità. Attualmente nessuno dubita, in Francia, dell'esistenza del diritto al giudice naturale ed i giudici, nelle loro sentenze, utilizzano ancora frequentemente i già citati artt. 16 e 17 della legge sull'organizzazione giudiziaria del 1790⁹². Si tratta di un testo che, ovviamente, oggi ha solo valore storico e non giuridico, ma il suo richiamo è sintomatico. Al diritto al giudice naturale viene, tuttora, riconosciuto un fondamento costituzionale, anche se non più di origine legislativo, ma soltanto a seguito di una articolata ricostruzione giurisprudenziale⁹³. Decisiva, in proposito, è stata la decisione adottata dal 1975, in sede di controllo della costituzionalità della legge⁹⁴. Il Consiglio costituzionale ha assunto per base il principio di uguaglianza davanti alla legge, principio proclamato nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 e solennemente riaffermato nel preambolo della costituzione vigente. Ha ritenuto, quindi, che il principio di uguaglianza avanti alla legge, a sua volta, implichi necessariamente il principio di uguaglianza davanti al giudice, investito della giurisdizione nel caso concreto. Ne è stato, quindi, dedotto, da un lato, l'abolizione dei privilegi di giurisdizione, dall'altro, la consacrazione del principio del giudice naturale⁹⁵.

La giurisprudenza teorica e pratica successiva, non solo ha ribadito questi principi, ma ha anche meglio determinato la *nozione di giudice naturale*, che alcuni considerano introvabile⁹⁶. In linea di principio si ritiene che l'applicazione delle regole ordinarie di competenza consentono di determinare il giudice più idoneo a conoscere la controversia e che questi si identifichi con il giudice naturale. Passando, quindi, a precisare il contenuto del diritto al giudice naturale, nel modello francese, preliminarmente, si sottolinea il legame, che si considera indissolubile, fra l'uguaglianza

-
91. T.S. RENOUX, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, in «Rev. trim. droit civil» 1993, p. 33 ss. spec. p. 35.
92. Così T. CLAY, *Juge naturel*, in L. CADIET, *Dictionnaire de la Justice*, Paris 2004, p. 680. Sulla legge del 1790 cfr. VEDEL, *La loi des 16-24 Août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?*, in «Revue française de droit administratif» 1990, p. 698 ss. Nella letteratura italiana cfr. RICCI, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 241 ss. ed ivi riferimenti alla letteratura francese risalente.
93. S. GUINCHARD, in GUINCHARD ed altri (a cura di), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du proces*, 3^a ed., Paris 2005, p. 407 ss.
94. D.C. (Décision du Conseil constitutionnel) 23/07/1975, n. 75/56 in «Recueil» 1975, p. 22, nonché in FAVOREU e PHILIP (a cura di), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2^a ed., Paris 1979, n. 27.
95. RENOUX, op. cit., loco cit.
96. H. GAUDEMET-TALLON, *L'introuvable «Juge naturel»*, in «Mélange Jean Gaudemet, Nonagesimo anno», Paris 1999, p. 591 ss.

davanti al giudice ed il giudice naturale: la prima viene considerata il fondamento del secondo⁹⁷. Chiarisce, poi, la dottrina che il principio del giudice naturale si risolve in una triplice identità: identità di giurisdizione, identità di regole processuali, identità di regole sostanziali⁹⁸.

a) *L'identità di giurisdizione* si risolve nel divieto, sia per il potere esecutivo che per il potere legislativo, di creare giurisdizioni *ad hoc* per giudicare un determinato individuo. Questa regola, tuttavia, non sta a significare che tutti i giudizi debbano essere esaminati da una sola ed identica giurisdizione. Il principio di uguaglianza vieta che tribunali *ad hoc* siano istituiti per giudicare determinate persone. Ma se la natura della controversia è differente, l'istituzione di diverse giurisdizioni è perfettamente ammissibile. Si pensi, in Francia, oltre alle giurisdizioni amministrative, ai tribunali di commercio o al Consiglio dei probiviri, che hanno ad oggetto, rispettivamente, un atto di commercio, o un contratto di lavoro. E' la natura della controversia, non la personalità delle parti, che legittima la creazione di un tribunale speciale. Ma ciò vale solo per quelle particolari controversie: se il commerciante divorzia o il lavoratore impugna il testamento, non può avvalersi della giurisdizione speciale, ma deve adire il giudice ordinario⁹⁹. In altri termini, diremmo che il principio di uguaglianza non va inteso come parità assoluta, formale ed astratta, perché questa sarebbe soltanto un'uguaglianza nel falso. La parità nel senso giusto è uguaglianza relativa, sostanziale e concreta: il vero principio di uguaglianza suona non a ciascuno lo stesso, ma a ciascuno il suo.

b) Quanto all'*identità di regole processuali*, viene precisato che il principio di uguaglianza implica che tutte le parti (cittadini o stranieri) devono essere poste in grado di far valere i loro diritti con le stesse regole e, quindi, in piena «parità delle armi». Ne consegue che è stato ritenuto non legittimo il conferimento al Presidente del potere discrezionale di assegnare una causa al giudice collegiale o a quello monocratico o quello di stabilire se la discussione della causa sarà svolta avanti all'intero collegio o avanti ad un singolo giudice¹⁰⁰.

Più complesso è il problema della precostituzione del giudice. Il Consiglio Costituzionale, in diverse decisioni¹⁰¹, ha ritenuto che non è necessaria la predeterminazione del giudice da parte del legislatore prima dell'apertura del processo. In Francia – a differenza di quanto avviene, ad es., in Italia – sono, infatti, ammesse modifiche legislative *post factum*, sia nella composizione dell'organo giudiziario che nelle regole di competenza e di procedura, sempre che tali modifiche non riguardino

97. CLAY, *Juge naturel*, cit., p. 682.

98. RENOUX, cit., p. 39 ss. e CLAY, cit., p. 681.

99. RENOUX, cit., pp. 40-41.

100. CLAY, cit., p. 681.

101. D.C. 26/06/1987, n. 87/228, in "Recueil" 1987, p. 38; D.C. 22/12/1986, n. 86/220, *ivi*, 1986, p. 174; D.C. 12/09/1984, n. 84/179, *ivi*, 1984, p. 73; D.C. 22/07/1980, n. 80/119, *ivi*, 1980, p. 46.

una causa determinata ma tutti i processi della stessa natura. Ciò perché la legge processuale sfugge al principio di irretroattività, proprio della legge penale. Avendo lo scopo di assicurare il buon andamento della giustizia, essa viene, quindi, applicata immediatamente anche ai giudizi relativi a fatti anteriori.

c) Non vi sarebbe, infine, uguaglianza avanti al giudice se tutte le parti processuali non fossero soggette ad identiche *regole sostanziali* e, soprattutto, alla stessa interpretazione da parte dei giudici. Non si potrebbe, infatti, realizzare l'uguaglianza se al giudice fosse dato il potere di superare la regola scritta in nome dell'equità. Del resto, in Francia, sono rimasti celebri gli abusi perpetrati dai giudici dell'*ancien régime* in nome dell'equità e, nella fraseologia comune, è ancora in uso la locuzione: «Dio ci guardi dall'equità dei giudici!». L'esigenza di identiche norme sostanziali richiede, poi, che il sistema giurisdizionale sia in grado di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto. A questo fine, l'ordinamento francese affida alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato e al Tribunale dei conflitti la funzione di uniformare la giurisprudenza, imponendo le loro rispettive interpretazioni ai giudici di merito.

9. Il modello tedesco presenta caratteristiche notevolmente diverse da quello francese. Entrambi questi modelli, per la verità, assumono, quale punto di partenza, la già ricordata Costituzione francese del 3 settembre 1791, secondo la quale «i cittadini non possono essere distolti dai *giudici che la legge loro assegna*». Come si è visto, in Francia, dopo il 1848, nessuna costituzione ha, però, enunciato il principio in esame ed oggi il nostro istituto, in quell'ordinamento, è unicamente frutto di un'articolata elaborazione giurisprudenziale.

In Germania, invece, su questo tema si è registrata, una lunga serie di documenti costituzionali e/o legislativi, sia in epoca preunitaria, soprattutto con l'art. 7 della Costituzione prussiana del 1850¹⁰², che dopo la formazione del *Reich*. Particolare rilievo ha assunto, in questa seconda epoca, l'art. 16 della legge sull'ordinamento giudiziario del *Reich* (*Gerichtsverfassungsgesetz*) del 1877 che ha stabilito che «non possono essere istituiti tribunali di eccezione. Nessuno può essere distolto dal proprio giudice costituito per legge»¹⁰³. Successivamente, il principio è stato elevato a livello costituzionale prima dall'art. 105 della Costituzione di Weimar del 1916, ed, infine, dall'art. 101, 1 comma, della Costituzione del 1949, tuttora vigente, il quale

102. Si ricordino, però, anche il § 175 della Costituzione della c.d. *Paulskirche* del 1848 (che, seppure non è mai entrata in vigore, ha avuto, come è noto, grande importanza nella storia costituzionale tedesca) e la Costituzione prussiana «octroyées» del 5 dicembre 1848 riveduta, poi, in quella del 1850 sopra citata. Cfr., per tutti, H. MOHNHAUPT, *L'ordinamento giudiziario in Prussia* in PICARDI e GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario I: Documentazione storica*, Rimini 1985, pp. 85 ss., spec. p. 120 ed ivi i relativi riferimenti bibliografici.

103. Cfr. la versione italiana in PICARDI e GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario, I: Documentazione storica*, cit., p. 280.

ripete la formula «non sono ammessi tribunali di eccezione. Nessuno può essere sottratto al giudice costituito per legge (*gesetzlicher Richter*)»¹⁰⁴.

In Germania il diritto al giudice costituito per legge è, in effetti, considerato diretto corollario del principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) e, quindi, una concessione da parte dello Stato – oggi non solo al cittadino, ma ad ogni individuo – con la funzione di rinforzare la funzione dei tribunali e salvaguardare l'ordinamento giuridico¹⁰⁵. In quest'ottica l'ordinamento tedesco, conseguentemente, preferisce la formula «giudice costituito per legge» al posto del tradizionale «giudice naturale»: intende, in tal modo, sottolineare che il diritto al giudice non viene desunto da principi giusnaturalistici o, comunque, extrastatali, è creato dallo stesso Stato, che lo elargisce.

La storia costituzionale tedesca è stata, poi, approfondita ed arricchita da una considerevole giurisprudenza da parte dei giudici federali supremi e, soprattutto, della Corte Costituzionale (*Bundesverfassungsgericht* d'ora in poi, BVerfG) nonché da una ricca letteratura giuridica. Con l'approssimazione inevitabile nella ricostruzione di ogni tentativo di periodizzazione di fenomeni complessi, possiamo distinguere quattro fasi.

Nella prima fase, culminata nella citata Costituzione prussiana del 1850, il principio qui in esame venne concepito soprattutto come barriera contro gli interventi nell'ambito giurisdizionale da parte del sovrano, quale espressione del potere esecutivo¹⁰⁶. Con la citata legge imperiale sull'ordinamento giudiziario del 1877 si finì, poi, per vincolare i *Länder*, che, come tali, non potevano più istituire giurisdizioni in contrasto con la legge del *Reich*. Con la Costituzione di Weimar si aprì, quindi, la terza fase: il principio qui in esame vincola, non solo l'esecutivo ed i *Länder*, ma anche il legislatore nazionale. La Costituzione (*Grundgesetz*) del 1949 ripropone, infine, il principio fissato da Weimar, ma apre una fase di approfondimento ad opera soprattutto della Corte Costituzionale (BVerfG) che, attraverso un'interpretazione estensiva, vincola anche la stessa giurisdizione al rispetto del diritto al giudice costituito per legge.

104. Cfr., per tutti, già J. HENKEL, *Der gesetzlicher Richter*, Göttingen, 1969.

105. Th. ROTH, *Des Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, Berlin 2000, p. 15 e E. SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht*, 3ª ed., Köln 2003, p. 184.

106. All'epoca, infatti, il suddito mediante *supplicationes* poteva rivolgersi al sovrano, che secondo la tradizione risalente era anche il giudice supremo. Si apriva, così, un procedimento detto *Supplikantenwesen* e l'ultima decisione spettava al re, mediante la *Kabinettsjustiz* o, comunque, si verificava un'intromissione del sovrano negli affari giudiziari attraverso i c.d. *Machtsprüche*. Cfr. H. MOHNHAUPT, *Introduzioni al Codex Fridericianus Marchicus*, T. I, *Project des Codicis Fridericiani Marchici 1748* in "Testi e Documenti per la Storia del processo" a cura di PICARDI e GIULIANI, Milano 2000, p. XXIX ed ivi i relativi riferimenti bibliografici, cui *adde* GIULIANI e PICARDI, *La responsabilità del giudice*, op. cit., pp. 16, 38 e spec. 46-47.

Nell'economia di questo saggio, ci limiteremo a sottolineare solo due ordini di questioni approfondite dalla giurisprudenza tedesca. Innanzitutto, nel precisare che la determinazione del giudice costituito per legge va effettuata mediante l'applicazione delle regole di competenza, la giurisprudenza della BVerfG sottolinea, però, che non ci si deve limitare a considerare soltanto le regole formali, ma queste vanno integrate dalle normative (ad es. sulla ricsuzione) che contribuiscono a caratterizzare il giudice come organo indipendente ed imparziale¹⁰⁷. Il legislatore sarebbe, peraltro, sovraccaricato se volesse o dovesse determinare il giudice competente fino alla identificazione del giudice persona fisica cui è demandata la decisione della causa. La legge deve determinare – sempre secondo la giurisprudenza della BVerfG¹⁰⁸ – le regole fondamentali sulla istituzione del giudice e la determinazione della relativa competenza. Ma la legge deve, poi, trovare il suo completamento nei regolamenti interni (*Geschäftsordnungen*) e, come meglio si vedrà, in apposite tabelle (i c.d. *Geschäftsverteilungsplänen*). Se ne è dedotto che si ha violazione dell'art. 101, 1 comma, della Costituzione, da parte del potere giurisdizionale, nei casi in cui il tribunale applica le regole di competenza così intese, in maniera «arbitraria» (*Willkürlich*)¹⁰⁹.

In secondo luogo, è stato affrontato il complesso problema della predeterminazione del giudice. Se all'organo giudiziario sono addetti una pluralità di magistrati, il capo dell'Ufficio, nell'ordinamento tedesco, è obbligato a predisporre, all'inizio di ogni anno, le predette *tabelle* per la distribuzione degli affari. Esse, all'interno dell'ufficio, predeterminano – sulla base di criteri astratti e generali – la struttura competente a trattare le diverse cause e prestabiliscono i collegi di cui debbano far parte i singoli giudici¹¹⁰. Questione particolarmente dibattuta è, poi, rappresentata dalla nomina del giudice relatore. Con una serie di decisioni fra il 1965 ed il 1985¹¹¹, la seconda sezione della Corte costituzionale (BVerfG) ritenne che la garanzia del *Gesetzlicher Richter* non si estende fino alla predeterminazione del giudice relatore e che, conseguentemente, questi può essere scelto discrezionalmente dal presidente della sezione o del collegio. Poiché, invece, la prima sezione della Corte seguiva l'opposto orientamento, secondo il quale la designazione del relatore va sempre fatta preventivamente sulla base di regole generali ed astratte, la questione venne rinviata al *plenum* della Corte. In una nota sentenza del 1997¹¹², la Corte a sezioni riunite,

107. Cfr. BVerfGE (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*), 10.123, nonché, in dottrina, M. HARTWIG, *Il Gesetzliche Richter di cui all'art. 101, 1° comma, 2° proposizione del Grundgesetz* in AA. VV. *Il principio di precostituzione del giudice*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1993, n. 66, pp. 82 ss. spec. 97 ss.

108. BVerfGE, 9, 223, 226; BVerfGE, 19, 52, 60, nonché M. HARTWIG, cit., p. 91-92.

109. Cfr. TOMBRINK, *Was ist «Willkür»? an ein anderes Gericht*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 2003, p. 2964, sottolinea, peraltro, le difficoltà presentate dal concetto di arbitrarietà.

110. BVerfGE, 17, 299; BVerfGE, 18, 341, 349. In senso critico cfr., per tutti, K.A. BETTERMANN, *Der gesetzliche Richter und das Bundesverfassungsgericht* in «Archiv für öffentliches Recht», 1969, p. 306.

111. BVerfGE, 18, 344 spec. 351; BVerfGE, 22, 282 e 286; BVerfGE, 69, 112 spec. 120 ss.

112. BVerfGE, 95, 322 spec. 330 ss.

adottò una soluzione di compromesso¹¹³. Dopo aver premesso che l'art. 1, 1 comma, impone «di determinare in ogni caso nella maniera più esatta possibile (*so genau wie möglich*) il giudice chiamato ad intervenire» e, conseguentemente, «in tutti i casi in cui è possibile ... e senza inficiare l'effettività dell'attività giurisdizionale, questa determinazione deve essere realizzata alla luce di criteri che devono escludere largamente apprezzamenti soggettivi», il *Bundesverfassungsgericht* giunse, in pratica, a stabilire che la designazione preventiva del relatore è richiesta solo in due ipotesi. In primo luogo, tutte le volte in cui il relatore è, allo stesso tempo, colui che decide la controversia. Si tratta della possibilità prevista dall'art. 348 della Z.P.O. di assegnare le cause ad un giudice monocratico, il quale, come tale, è anche il relatore. In altri termini, in tal caso, la scelta del relatore si risolve nell'individuazione del giudice ed occorre, quindi, provvedere ad una sua predeterminazione. In secondo luogo, la designazione preventiva è richiesta tutte le volte in cui la sezione è composta da magistrati più numerosi del numero richiesto per decidere quella controversia. In ogni altro caso il presidente di sezione ha, invece, un margine di discrezionalità nella scelta del giudice, il che, secondo la giurisprudenza del BVerfG, non costituisce violazione del precetto costituzionale.

La predeterminazione del giudice non esclude, però, che una normativa processuale (ad es., sulla competenza) possa subire modifiche, ma, a differenza di quanto si ritiene in Francia¹¹⁴, in Germania secondo l'opinione dominante¹¹⁵, tali modificazioni non possono riguardare i procedimenti pendenti, perché, altrimenti, verrebbe elusa la garanzia della predeterminazione del giudice.

10. A seguito della rivoluzione francese, in Italia il principio del giudice naturale aveva avuto rapida diffusione già all'epoca delle Repubbliche giacobine¹¹⁶, ma furono soprattutto le costituzioni francesi dell'età della restaurazione ad esercitare una grande influenza negli Stati italiani preunitari¹¹⁷.

113. Soluzione che è stata criticata in dottrina per il suo carattere sostanzialmente riduttivo della garanzia. Cfr. Th ROTH, *Des Grundrecht auf den Gesetzlichen Richter*, cit., p. 35 ss.

114. Cfr., *retro*, § precedente.

115. M. HARTWIG, op. cit., p. 92.

116. Cfr. il volume *Legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia, 1796-1799*, con introduzione di C. CARCERERI de PRATI, in "Testi e documenti per la storia del processo", a cura di PICARDI e GIULIANI, Milano 2004, cfr., in particolare, l'art. 127 della Costituzione della Rep. di Bologna (p. 19); l'art. 224 della Repubblica Cispadana (p. 43); art. 204 della Repubblica Cisalpina (p. 116); art. 218 della Repubblica Ligure (p. 327); art. 204 della Repubblica romana (p. 364); art. 203 della Repubblica napoletana (p. 427).

117. Cfr., per tutti, già l'art. 163 della Costituzione del Regno di Napoli del 1815, nonché gli artt. 237 e 25 della Costituzione del Regno delle Due Sicilie del 1820 e del 1848; l'art. 4 della Statuto dello Stato pontificio del 1848; l'art. 4 del Tit. I della Costituzione del Granducato di Toscana del 1848 e l'art. 4 della Costituzione della Repubblica Romana del 1849. Le predette costituzioni sono pubblicate in ACQUARONE, D'ADDIO e NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane*, Milano 1958.

Dopo il processo di unificazione nazionale, particolare rilievo ha, poi, assunto l'art. 71 dello Statuto albertino del 1848¹¹⁸ che, almeno formalmente, è restato in vigore fino alla vigente costituzione. Secondo tale norma “Nessuno può essere distolto dai suoi giudici naturali. Non potranno essere creati tribunali o commissioni straordinarie”. Venivano così fissati due principi intimamente legati l'uno all'altro. Sarebbe stato, infatti, inutile affermare che le parti non potevano essere distolte dal loro giudice naturale (che cominciava, già all'epoca, ad essere inteso nel senso del giudice *precostituito* per legge¹¹⁹), per l'esame di un particolare caso, se fosse stato, poi, possibile creare tribunali straordinari per giudicare proprio quel determinato caso¹²⁰.

La norma aveva una duplice finalità: per un verso, era posta a tutela delle parti rispetto a tribunali scelti *a posteriori* o, addirittura, creati *ad hoc*; per altro verso, costituiva una indiretta garanzia di indipendenza della magistratura, in quanto la sottrazione di un determinato caso alla sua giurisdizione avrebbe violato anche l'art. 70, il quale stabiliva che soltanto la legge avrebbe potuto apportare variazioni all'ordinamento giudiziario. La violazione della riserva di legge avrebbe inciso negativamente sul prestigio del potere giudiziario¹²¹.

Lo Statuto, essendo una costituzione flessibile, non costituiva, peraltro, un vincolo giuridico per il legislatore, che avrebbe potuto, con leggi successive, abrogare o modificare, in tutto o in parte, il principio qui in esame. Il vincolo riguardava, quindi, sostanzialmente il potere esecutivo che non avrebbe potuto creare tribunali o commissioni straordinarie. Per il resto, l'art. 71 dello Statuto si risolveva in una norma programmatica, coerente con la concezione dello Stato di diritto.

Per la verità, non mancò, all'epoca, chi autorevolmente avesse sostenuto che il principio del giudice naturale poneva, invece, un limite insuperabile anche per il legislatore¹²². Conseguentemente una legge che avesse violato l'art. 71 avrebbe dovuto

118. Sulla cui derivazione della legislazione francese cfr., per tutti, G. MARANINI, *Le origini dello Statuto albertino*, Firenze 1926 e M. FALCO, *Lo Statuto Albertino e la sua prefazione*, Roma 1945.

119. F. RACIOPPI e L. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino 1909, vol. III, p. 571 e G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1912, p. 389.

120. A parte i precedenti francesi, sopra accennati, all'epoca dello Statuto erano vivi ancora i ricordi delle Corti marziali istituite a Napoli, nel Lombardo Veneto ed a Torino in occasione dei moti del 1821; le commissioni straordinarie per la repressione delle agitazioni di Romagna del 1824, 1828 e 1834 ed ancora i tribunali straordinari piemontesi del 1834 e del 1837, nonché, quelli istituiti in Calabria nel 1847, Cfr., per tutti, P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana*, Milano 1963, pp. 33-36 n. 19, nonché, per un inquadramento storiografico, S.J. WOLF, *La ricerca dell'indipendenza*, parte quarta, *Dal primo Settecento all'unità*, nel V volume della *Storia d'Italia Einaudi*, (1973), ristampa Milano 2005, pp. 241 ss.

121. MAROVELLI, op. cit., p. 34.

122. In effetti, per il combinato disposto degli artt. 70 e 71, il divieto di creare tribunali o commissioni straordinarie non concerneva solo l'esecutivo. Il legislativo poteva certamente creare tribunali o commissioni straordinarie (o dare facoltà all'esecutivo di nominarle), ma – si riteneva – sempre con disposizioni precedenti il fatto da giudicare, e non *ex post facto*, come, ad es., facevano gli inglesi con i *bills of attainder* cfr., MAROVELLI, op. cit. loco cit.

essere considerata “anticostituzionale” per cui il giudice avrebbe dovuto “negarle applicazione nel caso particolare sottoposto al suo giudizio”¹²³. Ma tale tesi non ebbe seguito¹²⁴. Comunque, per evitare un’eventuale violazione del precetto costituzionale, quando, in epoca fascista, venne costituito il Tribunale per la difesa dello Stato ci si limitò a qualificarlo “speciale” e non “straordinario”¹²⁵. Si escludeva, infatti, che l’art. 71 facesse riferimento alle giurisdizioni speciali, in quanto queste ultime – pur sottraendo alla giurisdizione ordinaria determinate materie (ad es., le controversie con la P.A.) – non avevano carattere di tribunali straordinari, perché precostituite al fatto da giudicare e non create successivamente ad esse¹²⁶.

In definitiva l’art. 71 dello Statuto ebbe una limitata portata pratica e non finì per porre all’interprete problemi eccessivi¹²⁷.

La situazione era destinata, però, a mutare con la Costituzione del 1946 e l’istituzione del controllo di costituzionalità delle leggi. Riprendendo, ancora una volta, le suggestioni delle Costituzioni francesi dell’età della restaurazione, la garanzia in esame venne ripartita in due principi: da un lato, nell’art. 102, 2° comma – inserito nella parte relativa all’ordinamento giurisdizionale – venne previsto che “non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali”, salva la “revisione” degli organi speciali di giurisdizione allora esistenti (art. VI delle disposizioni transitorie e finali); dall’altro, nell’art. 25, 1 comma – inserito nella parte relativa ai diritti e doveri dei cittadini – si stabilì che “nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”. Il quadro costituzionale venne, infine, completato con la riforma dell’art. 111, che risale al 1999 e prevede che il “giusto processo” si realizza, fra l’altro, “davanti ad un giudice terzo e imparziale”¹²⁸.

Delineato così il quadro della normativa costituzionale di riferimento, va subito precisato che su di esso si è sviluppata una complessa elaborazione da parte della giurisprudenza teorica e pratica, le cui linee generali, in prima approssimazione, possono essere schematizzate in tre momenti.

In un primo periodo, il principio del giudice naturale fu, per lo più, identificato nel suo significato storico: il divieto di istituire giudici straordinari. Venne, in tal

123. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4ª ed., Milano 1923, vol. I, p. 149 e, vol. II, p. 376.

124. In senso contrario si pronunciò, infatti, fra gli altri, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova 1934, pp. 167-173.

125. V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, 1934, p. 107.

126. MAROVELLI, op. cit., p. 34.

127. Cfr., per tutti, ROMBOLI, *Giudice naturale*, op. cit., p. 968 e PIZZORUSSO, *Giudice naturale*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XV, Roma 1989, p. 1.

128. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, I, cit. p. 5 ss. e 64 ss. ricorda come, fin dalle discussioni in seno all’Assemblea costituente e prima ancora alla c.d. “commissione Forti”, la tutela dell’imparzialità del giudice era considerata la *ratio* del principio di precostituzione del giudice.

modo, privilegiato l'art. 102, 2 comma, Cost., circoscrivendo il campo di applicazione della garanzia ai rapporti fra giurisdizioni¹²⁹.

In una seconda fase, il significato centrale ed il valore del principio venne spostato sull'art. 25, 1 comma, secondo il quale nessuno può essere distolto dal giudice naturale "precostituito" per legge. Documento fondamentale è rappresentato, in proposito, dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 88 del 1962¹³⁰ la quale chiarì che il principio in esame non comporta soltanto il divieto di istituire giudici straordinari, ma richiede, inoltre, la "precostituzione" del giudice. A tal fine il giudice naturale venne individuato in base alle regole di competenza. Utilizzando lo strumento della *riserva di legge*¹³¹ si ritenne, quindi, che la competenza dovesse essere fissata direttamente dal legislatore. La Corte, inoltre, qualificò tale riserva come *assoluta*, escludendo la possibilità di una individuazione del giudice ad opera di altra autorità, sia pubblica che privata. Si trattava, inoltre, di una riserva *rinforzata* in quanto l'individuazione del legislatore doveva intervenire, non solo direttamente, ma anche prima della realizzazione del fatto da giudicare. Lette in quest'ottica, le regole sulla competenza contenute nei codici assumono un carattere anelastico e finiscono per assicurare che l'ufficio giudiziario venga scelto in virtù di criteri oggettivi e prefissati, senza lasciare margini ad opzioni discrezionali. Alle regole sulla competenza vanno, poi, assimilate, in Italia, quelle sul riparto di giurisdizione fra giudici ordinari e giudici speciali.

La terza fase appare, invece, caratterizzata dal parziale svuotamento della riserva di legge ad opera della giurisprudenza¹³² e, quindi, dalla sostanziale erosione del modello costituzionale, così come individuato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 1962. Con l'inevitabile approssimazione nella ricostruzione di simili panoramiche, va, innanzitutto, rilevato che la Corte Costituzionale, a volte, non ha mancato di smentire l'affermazione secondo la quale l'art. 25, 1° comma, Cost. prevederebbe sempre una *riserva assoluta*, ben potendo configurarsi l'individuazione del giudice anche ad opera delle parti in giudizio¹³³.

129. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione nel giudice* in AA.VV. *Il principio di precostituzione del giudice*, cit. p. 28.

130. C.Cost. 7/07/1962 n. 88, in "Giur.cost." 1962, p. 959 ss. con nota di G.A. MICHELI.

131. Cfr., per tutti, S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano 1963 e F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, I – II, Genova 1980.

132. Quanto alla giurisprudenza costituzionale cfr. ROMBOLI, *Teoria e prassi*, cit. p. 33 ss., nonché A. AGRO' e N. LIPARI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di costituzione del giudice*, cit., p. 199 ss.; quanto alla giurisprudenza della Cassazione, F. MOROZZO DELLA ROCCA, *La giurisprudenza civile della Corte di cassazione*, ivi, p. 224 ss. e G. LATTANZI, *Il principio di precostituzione del giudice nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, ivi, p. 206 ss.

133. Ad es., C. Cost. ord. 14/04/1988 n. 463, in "Giur.Cost." 1988, I, 2098, limitando la garanzia del giudice naturale alla "determinazione discrezionale da parte delle pubbliche autorità", finisce con l'ammettere che non viola il principio in esame una determinazione del giudice ad opera della parte privata di un giudizio (AGRO' e LIPARI, cit., 203-204). Si pensi, poi, ai fori alternativi relativi a diritti di obbligazione di cui all'art. 20 c.p.c. (C. Cost. 12/06/1992 n. 269 in "Giur. Cost.", 1992, I, p. 2065, nonché già Cass.

In secondo luogo, l'evoluzione posteriore finirà per aprire addirittura alla fonte regolamentare, trasformando, così, in *relativa la riserva di legge* ed inaugurando una strada che troverà, da ultimo, anche una copertura legislativa.

Come in Germania, anche in Italia, sia la giurisprudenza costituzionale sia quella di legittimità, in un primo tempo, ritenevano che il principio del giudice naturale dovesse ritenersi rispettato allorché l'organo giudicante fosse istituito per legge. In altri termini, la garanzia si arresterebbe alla previsione della competenza dell'ufficio giudiziario¹³⁴. Successivamente, per giudice naturale è stato, invece, inteso anche il singolo magistrato che compone l'organo e non l'organo oggettivamente considerato. Ma tale individuazione deve avvenire attraverso criteri obiettivi e predeterminati e, come tale, va sottratta ai poteri discrezionali dei capi degli uffici¹³⁵. Si è aperto così, il problema di regolamentare tutte quelle operazioni necessarie per saldare l'organo giudiziario con la persona fisica che, in concreto, sarà chiamata a decidere la controversia, operazioni che, di solito, vengono designate con l'espressione *competenza interna*, usando il termine competenza in senso atecnico.

Poiché i sistemi di assegnazione automatica delle cause non permetterebbero di tenere nel dovuto conto la professionalità e la specializzazione dei singoli magistrati¹³⁶ e potrebbero prestarsi anche ad assegnazioni "pilotate" da parte dell'attore¹³⁷, sul tema è intervenuto il *Consiglio Superiore della Magistratura*, nella sua funzione di indirizzo organizzativo, attraverso circolari¹³⁸. E' stato così imposto ai capi degli uffici l'adozione di criteri predeterminati sull'articolazione dell'ufficio in sezioni, sulla destinazione dei singoli magistrati alla presidenza e all'appartenenza delle singole sezioni, sul tipo di affari attribuiti all'una o all'altra sezione, sulla composizione dei collegi e, da ultimo ma non per ultimo, sull'assegnazione delle cause ai singoli giudici, la loro sostituzione (c.d. supplenza) o destinazione temporanea all'ufficio (c.d. applicazione). Il C.S.M., in via regolamentare, ha anche dettato direttive generali alle quali i predetti *atti di autoregolamentazione* devono uniformarsi. Le circolari del C.S.M., pur non essendo direttamente vincolanti, si sono imposte per forza propria, sia per loro intrinseca autorevolezza, sia perché esse costituiscono i

17/10/1973 n. 21613 e MOROZZO DELLA ROCCA, cit., p. 225), nonché alla devoluzione della controversia al giudizio arbitrale. (ROMBOLI, *Teoria e prassi*, cit., p. 51 ss.).

134. C. Cost. 23/05/1985 n. 156, in "Giur.Cost." 1985, I, p. 111 ss.

135. Cfr., da ultimo, C. Cost. 17/07/1998 n. 272, in "Foro it." 1999, I, 1407 e 23/12/1998 n. 419, *ibid.*, 760 con nota di ROMBOLI, nonché P.L. COMOGLIO, *Precostituzione, indipendenza ed imparzialità del giudice* in E. FAZZALARI, *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, ESI, Napoli 2006, p. 91.

136. ROMBOLI, *Teoria e prassi*, cit., p. 68.

137. F.P. LUISSO, *Connessione fra cause, poteri del dirigente e tutela delle parti*, in "Riv. it. dr. lav." 1989, II, p. 384.

138. C. SARZANA, *L'organizzazione burocratica interna degli uffici giudiziari: il potere di assegnazione dei processi*, in PICARDI e GIULIANI, *L'ordinamento giudiziario* vol. III, Rimini 1985, p. 309 ss.; S. SENESE, *La prassi applicativa del C.S.M.* in AA VV., *Il principio di precostituzione del giudice* cit., p. 216.

parametri attraverso i quali l'organo di autogoverno della magistratura finisce, poi, per controllare, su ricorso degli interessati, i provvedimenti dei capi. L'adozione di criteri *oggettivi e predeterminati*, del resto, serve, da un lato, ad escludere ogni sospetto di parzialità nei confronti del giudice designato e, quindi, non sembra confliggere con il principio del giudice naturale, dall'altro garantisce anche l'indipendenza interna del giudice.

Al fine di legittimare l'intervento paranormativo del C.S.M., alla *riserva di legge* di cui all'art. 25, 1 comma, Cost. è stato, quindi, riconosciuto un carattere *relativo*, non nei confronti dell'esecutivo, ma nei confronti dello stesso C.S.M.; anzi, si è parlato di una doppia *riserva (relativa) di legge*, in quanto l'intervento del C.S.M. incide comunque anche su norme relative all'ordinamento giudiziario, coperte, come tali, da riserva di legge ex art. 108, 1 comma, Cost.¹³⁹.

In tal modo è stato adottato, a livello prevalentemente organizzativo-amministrativo, un complesso sistema in ordine alla c.d. competenza interna, che viene designato come *sistema tabellare*. Tale sistema ha ormai acquistato piena oggettività ed ha, da ultimo, ricevuto anche veste legislativa. Gli artt. 7 bis e 7 ter della legge sull'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12), a seguito di tutta una serie di modifiche fra il 1988 ed il 2001, oggi, infatti, disciplinano, rispettivamente, da un lato, la formazione delle tabelle degli uffici giudicanti e, dall'altro, dettano i criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici impediti¹⁴⁰. Rimane, peraltro, tuttora aperto il problema delle violazioni del sistema tabellare e delle sue conseguenze¹⁴¹.

L'esperienza applicativa registra, infine, marcati scostamenti anche in relazione al *carattere rinforzato* che la Corte, nel 1962, aveva attribuito alla *riserva di legge*, in quanto l'individuazione del giudice, da parte del legislatore, avrebbe dovuto intervenire sempre prima della realizzazione del fatto da giudicare. È stato, infatti, osservato¹⁴² che l'analisi della non numerosa giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla precostituzione del giudice rileva, per lo più, decisioni di infondatezza delle questioni sollevate. In altri termini, spesso previo ricorso alla tecnica del bilanciamento della garanzia della precostituzione con differenti principi e valori costituzionali, la Corte ha ritenuto, più volte, la legittimità delle leggi che modificano retroattivamente, purchè in via generale, la competenza degli organi giudiziari, anche influenzando sui giudizi in corso¹⁴³. Se ne è dedotto che la prassi progressivamente ha sostanzialmente

139. ROMBOLI, *Teoria e prassi*, cit., p. 63.

140. Cfr., da ultimi, COMOGLIO, *Precostituzione*, cit., p. 92 ss. e G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 2^a ed., Milano 2007, pp. 294 ss.

141. A. PROTO PISANI, *Per l'attuazione ragionevole della garanzia del giudice naturale*, in "Foro it.", 2000, V, 121 ss. e SCARSELLI, op. cit., p. 298 ss.

142. ROMBOLI, *Teoria e prassi*, cit., p. 37 ss.

143. Emblematico è il caso esaminato da C. Cost. 8/04/1976 n. 72, in "Giur. cost." 1976, I, 445: si trattava della sottrazione, con effetto retroattivo, alla competenza della Corte d'assise (e quindi al giudizio con

ridotto la *precostituzione* del giudice ad una semplice *costituzione per legge*¹⁴⁴, così come, del resto, previsto negli altri ordinamenti finora esaminati, con conseguente erosione del modello del 1962.

Nel modello italiano resta, comunque, la peculiarità della previsione, nel primo comma dell'art. 25, del "giudice naturale precostituito per legge". Tale locuzione, in un primo tempo, è stata letta come un endiadi in cui la qualifica "naturale" nulla aggiungerebbe alla "precostituzione per legge" del giudice.

Successivamente, la dottrina italiana è andata, peraltro, alla ricerca di significati diversi da attribuire al termine "giudice naturale". Basti qui ricordare, da un lato, gli orientamenti che ne ampliano la portata, identificando la "naturalità" in un valore trascendente che potrebbe cogliersi solo in un dato momento storico; dall'altro, l'opposto indirizzo che, invece, ne restringe l'ambito ai valori costituzionali espressi in altre e diverse disposizioni costituzionali¹⁴⁵.

11. Anche in Spagna si ritiene che «quella del giudice legale o giudice naturale» è «figura chiave dello Stato di diritto»¹⁴⁶. Il principio, pure nel modello spagnolo, trova la sua preistoria nella legislazione della rivoluzione francese¹⁴⁷. Nella Costituzione di Cadice del 1812 veniva in effetti disposto, da un lato, che «né il Parlamento né il Re potranno esercitare in alcun modo le funzioni giurisdizionali, avocare cause pendenti, né far riaprire giudizi già definiti» (art. 243); dall'altro, che «nessun spagnolo potrà essere giudicato in cause civili né criminali da nessuna commissione, ma solo dal tribunale competente determinato in precedenza dalla legge» (art. 247).

A differenza della Francia, l'istituto in esame era destinato a divenire – come in Germania ed in Italia – uno dei *Leitmotiv* della storia dei testi costituzionali che si so-

giuria), con conseguente attribuzione al tribunale (e quindi al giudizio senza giuria), di reati di particolare allarme sociale. In tema cfr., per tutti, M. CHIAVARIO, *Norma (dr.proc.pen.)*, in "Enc.Diritto" XXVIII, Milano 1978, p. 470 ss. spec. 471 ss. Per parallela vicenda riguardo ai reati di terrorismo, quanto alla Francia, cfr. RENOUX, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, cit. p. 55; per la Spagna cfr., *infra* § 11.

Altri casi in cui la Corte Costituzionale ha ritenuto costituzionali leggi che modificano retroattivamente la competenza, influendo anche sui processi in corso si riscontrano, ad es., nelle decisioni 10/12/1981 n. 185 in "Giur. cost." 1981, I, p. 1826 e 28/05/1987 n. 207, in CED Cassazione.

144. ROMBOLI, *Teoria e prassi*, cit., p. 77.

145. Per la ricostruzione delle diverse tesi cfr. ROMBOLI, *Teoria e prassi*, cit. p. 42 ss., che le riordina in base alla distinzione fra limite "esterno" e limite "interno" all'art. 25, 1 co, Cost., nonché, M.F. GHIRGA, *Riflessioni sul significato di 'giudice naturale' nel processo civile*, in "Riv. dr. proc." 2002, p. 832 ss.

146. V. FAIREN GUILLEN, *La independencia judicial en España en la actualidad* in stesso A., *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Vol. I, Madrid 1983, p. 96, nonché, di recente, F. RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, Barcelona 2000, p. 55.

147. J. MONTERO AROCA (con la collaborazione di M. ORTELLS e J.L. GOMEZ COLOMER), *Derecho jurisdiccional*, I, *parte general*, 2ª ed., Barcelona 1989, p. 102.

no susseguiti in Spagna fra il XIX¹⁴⁸ ed il XX secolo¹⁴⁹. Nella prima fase, il modello spagnolo presenta, per lo più, linee generali comuni a quelle evidenziate negli altri modelli europei, ma anche alcune caratteristiche peculiari. Quanto alle prime, giova ricordare che, anche in Spagna, è stato affermato il divieto di istituire giudici straordinari, ma trattandosi di costituzioni flessibili e prive di meccanismi specifici di controllo in ordine alla costituzionalità delle leggi, il divieto finiva per avere un valore puramente programmatico¹⁵⁰. Peculiare, invece, della tradizione costituzionale spagnola – fatto eccezione della sola Costituzione di Cadice – è la costante limitazione delle garanzie del giudice naturale nell'ambito della giurisdizione penale.

Per una differente impostazione del problema si dovrà invece, attendere la Costituzione del 1978, tuttora vigente¹⁵¹. Si suol sostenere¹⁵² che dalla sua analisi emerge

-
148. Oltre all'art. 9 della Costituzione del 1837 e all'art. 9 della Costituzione del 1845, che riprendevano i principi propri della Costituzione di Cadice, ma ne limitavano la garanzia alla sola giurisdizione penale, si ricordi, in particolare, l'art. 11 della Costituzione del 1865 che, al § 1, stabiliva «nessuno spagnolo potrà essere processato né condannato se non dal giudice o tribunale al quale, in virtù di leggi anteriori al reato, compete conoscere di esso e nella forma che queste prescrivono» e, al § 2, aggiungeva «non potranno crearsi tribunali straordinari né commissioni speciali per conoscere di alcun reato». Si aggiunga anche che l'ultima costituzione spagnola del XIX secolo, quella del 1876, all'art. 116, precisava «nessuno spagnolo può essere processato e condannato se non dal giudice o tribunale competente, in virtù di leggi anteriori al reato e nella forma che queste prescrivono». Sui testi costituzionali del XIX secolo cfr., per tutti, J.M. ROMERO MORENO, *Proceso y derechos fundamentales en España del siglo XIX*, «Centro de Estudios Constitucionales», Madrid 1983, pp. 297 ss.
149. Quanto alla prima parte del XX secolo, soprattutto si ricordino, da un lato, l'art. 28 della Costituzione repubblicana del 1931, che stabiliva «si sanzioneranno soltanto i fatti dichiarati punibili da una legge anteriore alla loro commissione. Nessuno sarà giudicato se non dal giudice competente e secondo le procedure legali», dall'altro, le generiche enunciazioni previste nelle leggi fondamentali del regime franchista; l'art. 19 del *Fuero de los Españoles* del 1945 e l'art. 31 della Legge organica dello Stato del 1966. Cfr., per tutti, J. ALMAGRO NOSETTE, *Artículo 24 Derecho Procesal* in O. ALZAGA VILLAAMILI (a cura di) *Commentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1983, III, p. 19 ss. in nota.
150. A parte casi di violazione del principio con specifica valenza politica, è qui sufficiente ricordare - come MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, I, op. cit., p. 109 e I. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *El juez ordinario predeterminado por la ley de cui all'art. 24, comma 2°, della costituzione spagnola*, in AA.VV. *Il principio di precostituzione del giudice*, cit., p. 110 evidenziano - l'art. 1 del *Decreto ley 17 julio 1947* il quale autorizzò la nomina discrezionale da parte di un organo amministrativo (la *Sala de Gobierno del Tribunal Supremo*) di giudici «speciali» in materia di fallimento, norma che, una volta istituito il Tribunale costituzionale, è stata dichiarata incostituzionale con sentenza n. 101 del 1984. Le sentenze del T.C. possono facilmente consultarsi nel bollettino ufficiale, indicato con l'acronimo B.O.E.
151. Sulla interpretazione del principio in esame nella nuova Costituzione cfr., per tutti, MONTERO PUERTO, *Tutela efectiva y Juez ordinario predeterminado por la ley*, in AA.VV. *El Poder Judicial*, Madrid 1983, III, pp. 2109 ss.; P. ANDRES IBAÑEZ, *La «naturalidad» del juez como garantía de independencia* in P. ANDRES IBAÑEZ e C. MOVILLA ALVAREZ, *Poder judicial*, Madrid 1986, p. 127 ss.; RUIZ RUIZ, *El derecho el juez ordinario en la Constitución española*, Madrid 1991; A. de la OLIVA SANTOS, *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Madrid 1982; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *El derecho fundamental al juez predeterminado por la ley*, in «Rev. esp. der. const.», n. 31, p. 75 ss. e ID., *El juez ordinario predeterminado*, cit., p. 105 ss.
152. MONTERO AROCA, *Unidad de Jurisdicción y tribunales especiales* (1976), nel volume dello stesso A., *Estudios de derecho procesal*, Barcelona 1981, p. 61; ID., *Derecho jurisdiccional*, I, parte general, cit., p. 103 ss.

un principio che presenta due distinti punti di vista. L'aspetto negativo è individuato nel titolo relativo al *Poder Judicial*, in cui all'art. 117, comma 6, viene stabilito che «sono proibiti i tribunali di eccezione». L'aspetto positivo è, invece, reperibile nella parte della Costituzione dedicata ai *Derechos fundamentales y las libertades públicas* e, in particolare, nell'art. 24, 2° comma, che sancisce «del pari, tutti hanno diritto al giudice ordinario preconstituito dalla legge».

Dagli atti preparatori¹⁵³ emerge che i costituenti, confermando l'opinione consolidata in Spagna, intendevano limitare la garanzia di cui all'art. 24, comma 2, al solo settore del processo penale. Il Tribunale costituzionale¹⁵⁴, argomentando anche dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha, tuttavia, esteso tale garanzia ad ogni tipo di giurisdizione¹⁵⁵.

Sempre dagli atti preparatori, ed in particolare dalla discussione che si svolse nel *Congreso de los Diputados*, risultano, poi, i motivi per i quali si passò dal «giudice naturale», previsto nell'*Anteproyecto*, al «giudice ordinario predeterminato dalla legge». Si ritenne, in sostanza, che l'aggettivo «naturale» finiva per far riferimento ad un fattore metagiuridico diverso dalle regole di competenza legalmente stabilite, le quali, per essere determinate dalla legge, non sono «naturali», ma «artificiali». Si è, quindi, avanzato il dubbio che un riferimento nel testo costituzionale al giudice naturale avrebbe potuto comportare l'impugnazione per incostituzionalità di qualunque competenza stabilita per legge, in quanto nessuna di essa è come tale «naturale»¹⁵⁶. In altri termini, si intendeva evitare qualsiasi indagine sulle qualità del giudice, diverse dal dato obiettivo della predeterminazione per legge.

I lavori preparatori non forniscono, invece, spiegazione alcuna della sostituzione del giudice «ordinario» al giudice «naturale». Si è, però, osservato che la garanzia di cui all'art. 24, comma 2, non può non riguardare anche le giurisdizioni «speciali», la cui istituzione sia conforme a Costituzione. Si è osservato¹⁵⁷, infatti, che, se si dovesse ritenere il contrario, si perverrebbe all'assurdo che la Costituzione, da un lato, permette l'istituzione di un giudice specializzato (ad es., il giudice della famiglia), dall'altro, concederebbe alle persone il diritto a non essere giudicati da esse, in quanto non costituiscono il giudice «ordinario».

D'altra parte, come si è visto, nella cultura europea il «giudice naturale» non è solo il giudice predeterminato dalla legge, ma, anche e soprattutto, quello che risulta più idoneo o adeguato a giudicare un caso determinato. Ad es., viene generalmente

153. Cfr. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Vol. I, Madrid 1980, pp. 136, 486-487 e 1118-1121.

154. Cfr., per tutte, le sentenze del Tribunale costituzionale (T.C.) n. 31/1983 e n. 101/1984.

155. In dottrina cfr., per tutti, MONTERO AROCA, op. ult. cit., I, pp. 103-104 e DIEZ-PICAZO GIMENEZ, op. ult. cit., pp. 113-114.

156. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, op. ult. cit., pp. 110-112.

157. MONTERO AROCA, op. ult. cit., I, p. 106.

considerato giudice naturale il giudice del luogo in cui è stato commesso il diritto (*forum commissi delicti*).

In Spagna il problema si è posto, in particolare, per i reati di terrorismo, all'origine ad opera dell'ETA. Ad evitare rischi di condizionamenti e di pressioni sui giudici dei luoghi di esecuzione dei reati (i Paesi Baschi), con l'art. 4, d, el *R.D.-ley 4 enero 1977* venne istituito a Madrid, a lato del *Tribunal Supremo*, l'*Audiencia Nacional*, un tribunale penale speciale con giurisdizione su tutta la nazione. La competenza di questo tribunale veniva determinata, previo apposita deliberazione della *Sala de Gobierno* del Tribunale Supremo, nei casi di straordinaria complessità dei reati, di loro gravi effetti nell'ambito nazionale o di altre circostanze determinate dalla legge. In altri termini, mancava una determinazione specifica per legge della competenza, che veniva delegata ad un organo amministrativo, poiché, come si è detto, tale è la natura della *Sala de Gobierno* del Supremo¹⁵⁸, anche se si tratta sempre di un organo che opera all'interno del potere giudiziario.

Il Tribunale costituzionale¹⁵⁹, premesso che il giudice predeterminato per legge non va identificato con il «giudice naturale» e con il «giudice del *locus delicti*», ritenne, comunque, costituzionale l'istituzione dell'*Audiencia Nacional*, quale giudice penale speciale, anche se in forza del bilanciamento fra diversi principi costituzionali. In pratica, il T.C. considerò «ragionevoli» le misure centralizzatrici «in relazione alla loro natura, alla materia sulla quale incidono, all'ampiezza dell'ambito territoriale entro cui operano, alla loro trascendenza rispetto all'intera società»¹⁶⁰.

Successivamente l'*Audiencia Nacional* è stata, comunque, disciplinata, nelle sue tre articolazioni (sezione penale, sezione del contenzioso amministrativo e sezione sociale), dagli artt. 62 ss. della *Ley organica 1 julio 1985 n. 6* sul *Poder Judicial*. Quanto alla sezione penale, l'art. 65 stabilisce ora in modo molto più dettagliato le materie di competenza di questo Tribunale speciale, ma, al n. 6, prevede anche una clausola generale¹⁶¹, precisando che esso sarà competente a giudicare «qualunque altro affare a lui attribuito dalla legge».

Il Tribunale costituzionale, interpretando l'art. 24, 2° comma, della Cost., ha, poi, chiarito che «il diritto al giudice ordinario preconstituito per legge» richiede che «l'organo giudiziario chiamato a conoscere del processo sia stato creato preventivamente dalla legge e che sia investito di giurisdizione e competenza prima del fatto sul quale è chiamato ad intervenire»¹⁶². In altri termini, la garanzia costitu-

158. MONTERO AROCA, op. ult. cit., p. 109.

159. T.C. n. 199/1987. Si vedano, però, anche T.C. n. 135/1988 e n. 56/1990.

160. T.C. n. 199/1987.

161. MONTERO AROCA, *ibidem*.

162. T.C. n. 47/1983 e n. 148/1987.

zionale concerne sia il momento della istituzione dell'organo giurisdizionale, sia la determinazione della sua competenza.

Come in Germania ed in Italia, anche in Spagna si è posto, quindi, il delicato problema se la garanzia dell'art. 24, 2° comma, della Costituzione copra solo l'individuazione del *giudice organo* o anche l'individuazione il *giudice persona*, cioè del giudice titolare dell'organo monocratico o componente del collegio che deve conoscere della causa.

Il Tribunale Costituzionale, in una risalente, ma nota sentenza¹⁶³, ha stabilito che la garanzia di cui all'art. 24, 2° comma, della Costituzione «esige anche che la composizione dell'organo giudiziale sia determinata dalla legge e che in ogni caso concreto venga seguito il *procedimento legalmente stabilito per la designazione dei membri* (c.n.) che dovranno costituire l'organo giudicante». Il Tribunale ha aggiunto, peraltro, che «non è possibile esigere lo stesso grado di fissità e predeterminazione dell'organo e dei suoi titolari date le diverse ... necessità di servizio». E' necessario, infatti, che «i singoli membri del Potere giudiziario collaborino all'amministrazione della giustizia nei luoghi in cui la loro opera possa essere più efficace, supplendo, nella misura del possibile, alle disfunzioni del sistema». In altri termini, il Tribunale Costituzionale, senza accogliere la tesi secondo la quale la garanzia costituzionale porrebbe una esclusione completa di ogni potere discrezionale, si è limitato ad esigere la predeterminazione legale di una disciplina obiettiva per la designazione del giudice persona. La dottrina¹⁶⁴ ne ha dedotto che la predeterminazione del giudice è, a secondo dei casi, assoluta o relativa. «E' assoluta in tutto ciò che si riferisce alla creazione e alla competenza degli organi giurisdizionali, mentre negli altri casi (quelli relativi alla distribuzione degli affari o alla persona del giudice) la riserva di legge non esclude l'esistenza di norme di grado inferiore, sempre che dalla regolamentazione si deduce l'esclusione di qualunque ambito di discrezionalità».

A parte i tribunali speciali previsti dalla costituzione ed i tribunali istituiti in forza dei trattati internazionali, la istituzione dei tribunali è demandata, secondo l'art. 122, 1° comma, della Costituzione, alla già citata *Ley organica del Poder Judicial*. Le competenze dei diversi organi sono, poi, stabilite da leggi generali¹⁶⁵ ed è dubbio se le sopravvenute modifiche di competenza si applichino ai processi in corso¹⁶⁶. Le linee generali dei procedimenti per il reparto interno degli affari e per la designazione del giudice persona sono dettati dalla citata *Ley organica del Poder Judicial*¹⁶⁷ e

163. T.C. n. 47/1983.

164. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, op. ult. cit., p. 129 che si riporta a DE OTTO, *Unidad de la jurisdicción y predeterminación legal del juez*, in *Estudios sobre e Poder Judicial*, Madrid 1989, p. 105.

165. Quanto al civile cfr. gli artt. 44 e ss. de *la Ley de Enjuiciamiento civil* 1/2000(d'ora in poi LEC)

166. MONTERO AROCA, op. ult. cit., p. 5.

167. Artt. 149 ss. spec. 167 ss. e, su di essi, cfr., per tutti, F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, Barcelona 1990, p. 200 ss.

dai codici¹⁶⁸. È stato osservato che, se in linea di principio la garanzia di cui all'art. 24, 2° comma, copre tutta la scala di determinazione del giudice che viene chiamato a decidere una causa, in pratica tale garanzia assume una maggiore o minore portata a seconda degli interessi tutelati. Così, ad es., mentre nel settore privatistico non v'è alcuna difficoltà nel sottomettere le regole della competenza territoriale all'accordo delle parti, nel settore penalistico le regole sulla competenza territoriale sono indisponibili. Se ne è dedotto che «giudice naturale sarà tanto quello designato dalle parti nel primo caso, quanto quello che risulta dal *forum delicti commissi* nel secondo»¹⁶⁹

III. IL GIUDICE NATURALE, PRINCIPIO FONDAMENTALE A LIVELLO EUROPEO

12. Dall'analisi storica e comparativa finora svolta – pur limitata a cinque ordinamenti – sembra emergere che il principio del giudice naturale costituisce parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati europei¹⁷⁰. Per la verità, si è constatato che questo principio presenta una serie di variabili, nel tempo e nello spazio. Ma le variabili, senza intaccarne la matrice, contribuiscono ad arricchirne il concetto.

Innanzitutto, dal punto di vista storico, si è registrata, infatti, una profonda evoluzione. L'idea originaria era quella di porre la giurisdizione al riparo da interventi del re, ed in genere dell'esecutivo, impedendo loro di creare nuovi tribunali, i tribunali straordinari. Non sussisteva, invece, alcun vincolo giuridico per il legislatore che avrebbe potuto, con leggi successive, modificare, in tutto o in parte, l'ordine delle giurisdizioni. Solo con le costituzioni rigide del XIX secolo il principio del giudice naturale costituirà, invece, una barriera anche per il potere legislativo. Inoltre, l'evoluzione successiva porterà a ritenere che la garanzia in esame va rispettata pur dagli organi del potere giudiziario, che, all'origine, erano solo i beneficiari della tutela. La funzione originaria di tenere l'esecutivo lontano dalla giurisdizione, pertanto, oggi non rappresenta più lo scopo essenziale del principio del giudice naturale, che si è spostato soprattutto sui meccanismi interni al potere giudiziario per l'individuazione del giudice.

In secondo luogo, si è avuto occasione di osservare come, dal punto di vista comparativo, i differenti ordinamenti nazionali presentino caratteristiche peculiari. Quanto alla nomenclatura, alla locuzione tradizionale *giudice naturale*, in alcuni

168. Quanto al civile cfr. artt. 68 ss. LEC e su di esse A. de la OLIVA SANTOS e I. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, Madrid 2000, p. 106 ss. e J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO e S. BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia 2000, p. 141 ss.

169. RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, op. cit., p. 59.

170. F. SUDRE, *La recherche de principes communs aux États membres de l'Union européenne, Rapport introductif*, in AA. VV., *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, Actes du colloque à la Cour de Cassation, dicembre 2000, La documentation française, 2001, pp. 1 ss.

ordinamenti, vengono sostituite (o aggiunte, in Italia) le denominazioni, in Germania, di *giudice costituito per legge* e, in Italia ed in Spagna, quelle di *giudice pre-costituito per legge*. Quanto ai presupposti, negli ordinamenti di *common law*, la garanzia in esame è costruita come corollario della *rule of law*, mentre negli ordinamenti euro-continentali essa è considerata «figura chiave» dello *Stato di diritto*. Quanto alla natura, in Inghilterra ed in Francia, ci troviamo in presenza di un principio costituzionale di origine giurisprudenziale; in Germania, Italia e Spagna la regola trova, invece, collocazione formale nei relativi testi costituzionali. Quanto, infine, al contenuto, è ancora, per lo più, controverso se la garanzia in esame copra solo l'individuazione del *giudice organo* o, e in quale misura, anche l'individuazione del *giudice persona*.

13. In base alle tradizioni comuni degli Stati membri, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte E.D.U.), la c.d. Corte di giustizia di Strasburgo, e la Corte di giustizia della Comunità Europea (Corte Giust. C.E.), la c.d. Corte di Lussemburgo, a partire dalla seconda metà del XX secolo, hanno iniziato a riformulare, con il contributo della dottrina, i principi fondamentali del processo e, fra questi, un posto di rilievo spetta al principio del giudice naturale.

Indubbiamente determinante è stato, soprattutto, l'elaborazione che si è venuta a formare sulla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (C.E.D.U.), adottata a Roma il 4 novembre 1950¹⁷¹. Si tratta di un testo in cui sono confluite le esperienze sia dei paesi di *common law* che di quelli di *civil law*. Basti qui ricordare che, da un lato, su iniziativa di M. Mitckinson, rappresentante del Regno Unito alla Commissione degli affari giuridici dell'Assemblea, nel preambolo della convenzione è stata introdotta la nozione di «preminenza del diritto», diretta derivazione del concetto di *Rule of law*¹⁷², la quale presuppone, a sua volta, «la necessità di una *base legale* (c.n.) per ogni azione del governo, e l'esigenza che il sistema giuridico risponda a delle condizioni minime di equità, tanto a livello della procedura che del merito»¹⁷³. Dall'altro, giova sottolineare che, nell'ottica dello *Stato di diritto*, l'art. 6, 1 comma, della Convenzione, stabilendo che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata ... da un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge», sembra,

171. Sulla quale, per tutti, cfr. ancora il classico volume di M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, nonché, di recente, V. BERGER, *Jurisprudence de la Court Européen de Droits de l'Homme*, Paris 2002.

172. *La International Commission of Jurists*, in *The Rule of Law and Human Rights*, cap. 5, 1 *The judiciary under the Rule of Law* Genève 1966 p. 30 ss., già precisava «an independent judiciary is an indispensable requisite of a free society under the Rule of Law». Quanto al concetto di «preminanza del diritto», cfr. P. WACHSMANN, *La prééminance du droit dans la jurisprudence de la Court E.D.H.* in «Melange J. Schwob, Le droit des organisation internationales», Bruxelles 1997, p. 241 ss. e J.Y. MORIN, *La prééminance du droit dans l'orde juridique européen*, in «Essays in honour of K. Skubiszewski, Theory of international Law at the Threshold of the 21st century», Kluwer Law International, 1996, p. 643 ss.

173. P.W.C. AKKERMANS, *Rule of law, Rechtsstaat et droit de l'homme: clef de voute de la democratie*, in «Rev. eur. dr. public» 2001, p. 54.

invece, rifarsi all'art. 101, 1 comma, dell'allora recentissima Costituzione tedesca del 1949, che, come si è visto, si riferisce appunto al *giudice costituito per legge*. L'art. 13 della Convenzione aggiunge, poi, che «ogni persona i cui diritti e libertà riconosciuti nella Convenzione siano stati violati, ha diritto che gli sia concesso un ricorso effettivo¹⁷⁴ davanti ad una istanza nazionale». Tali disposizioni sono state sostanzialmente riproposte nell'art. 47 della Carta (di Nizza) dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 18 dicembre 2000, il quale stabilisce che «ogni persona, i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice», precisando che deve trattarsi di «un giudice indipendente e imparziale, *precostituito per legge* (c.n.)». Il diritto al ricorso effettivo non è più necessariamente rivolto ad una «istanza nazionale», ma ad un giudice, che può essere il giudice nazionale o il giudice europeo.

La Corte di Strasburgo, interpretando tali testi, a partire dal celebre caso *Golder*¹⁷⁵, ha sussunto, a livello europeo, il diritto di accesso a un tribunale (*access to justice*)¹⁷⁶, diritto di azione che, sebbene non contemplato espressamente dall'art. 6 C.E.D.U., la Corte ritiene che sia alla base degli altri requisiti propri dell'equo processo, i quali, in mancanza, sarebbero privi di ogni valenza pratica. Con la successiva sentenza *Kudla*¹⁷⁷, i giudici europei hanno costruito, poi, una sorta di cerniera fra l'ordinamento giuridico europeo e gli ordinamenti giuridici nazionali, per cui ad ogni persona che lamenti la violazione di un diritto o di una libertà riconosciuti dalla Convenzione, va riconosciuto il diritto ad un ricorso effettivo, innanzitutto, avanti ad un giudice nazionale (che è, quindi, il giudice naturale) e, nell'ipotesi di insuccesso, avanti al giudice europeo in applicazione del principio di sussidiarietà.

Quanto, poi, all'individuazione del giudice cui spetta la decisione della singola causa, si noti come la Corte di Strasburgo, a volte¹⁷⁸, ricorre allo schema argomentativo proprio dei *common lawyers*, utilizzando i concetti di *base legale*, *preminenza del diritto*, *divieto dell'atto arbitrario* e *rule of law*. E' l'iter logico attraverso il quale si perviene a configurare il diritto ad essere giudicati «*naturalmente da un tribunale adeguato* (c.n.)»¹⁷⁹. Altre volte, la Corte segue, invece, il ragionamento tipico del

174. D. DE BRUYN, *Le droit à un recours effectif*, in «*Melanges Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*», Bruxelles 2000, p. 185 ss.

175. Corte E.D.U. 21/02/1975, *Golder c. R.U.*, sezioni riunite, A. n. 18 e in F. SUDRE, J.P. MARGUÉNAUD, J. ADRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE e E. M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 4^a ed., Paris 2007, p. 262 ss.

176. GUINCHARD, *Droit processual, Droit commun et droit compare du process*, cit., pp. 382 ss., spec. 393 ss. e L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne de droit de l'Homme*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris 2006, p. 35 ss. Quanto al modello inglese cfr., *retro*, § 6 e nota 68.

177. Corte E.D.U., *Kudla c. Polonia* (sezioni riunite) 26/10/2000, Rec. 2000 – XI e in F. SUDRE ed altri, *Les grands arrêts de la Cour E.D.H.*, cit., p. 395 ss.

178. Cfr., ad es., Corte E.D.U. 26/04/1979 *Sunday Times c. R.U.* (sezioni riunite), già cit., nonché 2/08/1984, *Malone c. R.U.* (sezioni riunite), A. 82, in V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour E.D.H.*, op. cit., n. 167.

179. Corte E.D.U. 26/04/1979 *Sunday Times c. R.U.*, cit.

giurista continentale. Si prendono le mosse dal presupposto secondo cui «tutta la tradizione continentale europea, non solamente giuridica ma anche filosofica, dello *Stato di diritto*, del *Rechtsstaat*, che si trova in qualche maniera incorporata, per così dire, nella Convenzione»¹⁸⁰. In altri termini il diritto al giudice diventa «lo strumento dello *Stato di diritto*»¹⁸¹, la sua «condizione funzionale»¹⁸². La Corte, su questa linea, non ha mancato di sottolineare, anche di recente, che ci troviamo in presenza di uno degli «elementi fondamentali dello Stato di diritto»¹⁸³. Conseguentemente, «in virtù dell'art. 6 § 1, un *tribunale* deve sempre essere *costituito per legge*»¹⁸⁴, cioè sulla base di criteri di competenza certi e prevedibili, prescindendo dalle peculiarità del singolo caso. I tribunali diventano, così, i «garanti della giustizia e la loro missione è fondamentale in uno *Stato di diritto*»¹⁸⁵.

In questo quadro il problema più complesso è indubbiamente rappresentato dall'interpretazione, da un lato, dell'art. 6, comma 1°, della Convenzione che, come si è detto, prevede il diritto ad essere giudicati da un «tribunale indipendente e imparziale, *stabilito per legge*»; dall'altro, dalla concezione anglosassone di base legale. La Corte europea, preoccupata di non «forzare la distinzione fra paesi di *common law* e paesi *continentali*»¹⁸⁶, adotta una concezione molto elastica, sostenendo che «la parola *legge* ingloba nello stesso tempo il diritto scritto e il diritto non scritto»¹⁸⁷. Più precisamente la Corte assume l'espressione «legge» in una accezione materiale e non formale. Valida per i sistemi di *common law*, questa interpretazione può applicarsi anche ai paesi di diritto scritto perché la Corte ritiene che «in un ambito coperto dal diritto scritto, la *legge* è il testo in vigore così come lo hanno interpretato le giurisdizioni (nazionali) competenti»¹⁸⁸. In altri termini, la legge non è solo il testo votato dal Parlamento, ma piuttosto la lettura di tale testo che ne dà la «*giurisprudenza costante* delle giurisdizioni nazionali competenti»¹⁸⁹, nonché ulteriori testi di rango infralegislativo¹⁹⁰. La legge finisce così per identificarsi con il diritto in vigore, sia esso legislativo, regolamentare o

180. J.Y. MORIN, *L'État de droit: émergence d'un principe du droit International* in "Recueil des cours de l'Académie de droit international", L'Aja 1996, p. 232.

181. J. RIDEAU, *Le droit au juge: conquête et instrument de l'État de droit*, in J. RIDEAU (a cura di), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, Librairie general de droit et de jurisprudence, 1998, p. 3.

182. MILANO, *Le droit à un tribunal*, cit., p. 67 ss.

183. Corte E.D.U. 28/03/2000, *Baranoski c. Polonia*, Rec., 2000-III, 74.287, § 56.

184. Corte E.D.U. 28/11/2002, *Lavents c. Lettonia*, Req. n. 5844/00, § 114 e MILANO, *Le droit à tribunal*, cit., p. 344.

185. Corte E.D.U. 24/02/1997, *De Haes e Gijssels c. Belgio*, Rec. 1997, I, § 37.

186. Corte E.D.U. 24/04/1990, *Kruslin c. Francia* (sezioni riunite), serie A. n. 176 A § 29. V. anche SUDRE ed altri, *Les grands arrêts de la Cour E.D.H.*, cit., p. 48 ss. e 51 ss.

187. Corte E.D.U. 26/04/1979, *Sunday Times c. R.U.* (sezioni riunite), cit., § 47 e 22/11/1995, *S.W. c. R.U.*, serie A, n. 335-B. § 35 (v. anche in F. SUDRE, op. cit., p. 386).

188. Corte E.D.U. 24/04/1990, *Kruslin c. Francia*, cit. § 29.

189. Corte E.D.U. 24/05/1988 *Müller c. Svizzera*, sezioni riunite, serie A 133 § 29 (v. anche F. SUDRE, op. cit., p. 56).

190. MILANO, *Le droit à un tribunal*, p. 72.

giurisprudenziale¹⁹¹, sempre che le relative regole siano *accessibili* (cioè le parti dispongano di sufficienti informazioni) e *prevedibili* (cioè siano enunciati con precisione sufficiente a permettere alle parti di regolare la propria condotta)¹⁹².

Ne consegue che, il requisito del tribunale «stabilito per legge», ai sensi dell'art. 6, comma 1, della Convenzione, ha, innanzitutto, lo scopo di evitare che l'organizzazione del sistema giudiziario sia lasciata alla discrezione dell'esecutivo. Indubbiamente un tribunale può essere istituito da un atto del potere esecutivo, a condizione, però, che l'esecutivo agisca su delega del potere legislativo al fine di regolamentare solo i dettagli di un organigramma già fissato dal Parlamento. Dall'altra parte, l'intervento, di per sé, formale del Parlamento non garantisce sempre l'istituzione di un vero tribunale. Occorre evitare la creazione di tribunali che, come tali, sono destinati a rimanere solo sulla carta, perché privi di indipendenza nei confronti di altri poteri e, quindi, di imparzialità¹⁹³.

La garanzia fissata dall'art. 6, 1 comma, non riguarda solo l'istituzione e la competenza del giudice-organo, ma anche la composizione del tribunale chiamato a decidere la singola causa e, quindi, la nomina del giudice-persona¹⁹⁴. La Corte si è, infatti, dichiarata competente a pronunciarsi sul rispetto delle regole di diritto interno in ordine all'investitura del giudice, sia pure limitatamente ai casi di flagrante loro violazione¹⁹⁵. Ne consegue che l'organizzazione giudiziaria deve rimanere al riparo, non solo dal potere esecutivo, ma anche dai poteri discrezionali della stessa autorità giudiziaria¹⁹⁶. Allo scopo di eliminare eventuali scelte discrezionali del giudice-persona l'ordinamento europeo lascia, quindi, agli Stati membri la possibilità di utilizzare lo strumento del regolamento, indubbiamente più duttile della legge formale. Si tratta, in sostanza, di una indiretta conferma dei sistemi tabellari, introdotti – come si è visto – in Germania, Italia e Spagna.

14. Non meno rilevanti sono i principi fondamentali del processo, sempre di origine giurisprudenziale, messi a punto dalla Corte Giust. C.E., la c.d. Corte di Lussemburgo.

191. Può trattarsi, ad es., di un regolamento penitenziario (cfr. Corte E.D.U. 25/03/1983, Silver ed altri c. R.U., serie A, 67 §§ 85-90, cfr. anche in BERGER, *Jurisprudence de la Cour E.D.H.*, cit., n. 164) o un codice deontologico (Corte E.D.U., 25/03/1985, Barthold c. R.F.T., A. 90 §§ 44-49, cfr. anche, BERGER, op. cit., n. 178).

192. Corte E.D.U. 26/04/1979, Sunday Times c. R.U., cit. § 49, nonché in SUDRE, op. cit., p. 54 ss).

193. GUINSCARD, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, cit., p. 399. Sull'indipendenza e l'imparzialità del giudice cfr. Corte U.E.U., 24 /05/1989, sezioni riunite, serie A n. 154 § 39 ss., in SUDRE, op. cit., p. 313 ss.

194. Corte E.D.U., 1/10/1982, Piersack c. Belgio, serie A. 53, § 33 (sulla quale cfr. BERGER, op. cit., n. 85); 22/02/1996, Bulut c. Austria, Rec. 1996 II § 29; 4/06/2003, Posokhov c. Russia, Rec. 63486/00, § 39; 13/09/2006, Fedov c. Russia, App. 73225/01, § 38.

195. Corte E.D.U. 28/11/2002, Lavents c. Lettonia, cit., § 114, nonché 12/10/2007, Jorgie c. Germania, App. 74613/01, § 65.

196. Corte E.D.U., 22/06/2000, Coëme ed altri c. Belgio, Rec. 2000-VIII § 98.

Anche questa Corte si è basata sulla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, nonché su alcuni testi di diritto primario e di diritto derivato, dai quali ha ricavato principi di diritto comunitario. Dalla C.E.D.U. – nonché da alcune disposizioni particolari di diritto derivato¹⁹⁷ – la Corte ha desunto, innanzitutto, il diritto di accesso al giudice «quale diritto inerente allo Stato di diritto»¹⁹⁸. Si noti, peraltro, che, pur derivando dalla stessa fonte, v'è una notevole differenza fra il principio stabilito dalla Corte di Strasburgo e quello desunto, sempre sulla base della Convenzione sui diritti umani, dalla Corte di Lussemburgo. Il primo è finalizzato alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, così come consacrati dalla Convenzione. Il principio fissato dalla Corte di Lussemburgo mira, invece, ad assicurare l'operatività dei diritti dei cittadini europei, garantiti nel quadro dell'Unione, che assume oggi il ruolo di sistema giuridico autonomo.

Come si è già notato, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha previsto il diritto ad un ricorso effettivo, non più avanti ad un'istanza nazionale (così come l'art. 13 della C.E.D.U.), ma davanti ad un giudice, senza specificare se nazionale o europeo. Nonostante ciò, si è osservato come la Corte di Lussemburgo, nell'applicazione del principio del diritto al giudice, abbia, peraltro, di mira piuttosto legislatori e le giurisdizioni nazionali, che l'Unione e la Corte Europea stessa¹⁹⁹.

Quanto all'individuazione del giudice cui spetta la decisione della singola causa, va, poi, tenuto presente soprattutto il richiamo al *giudice naturale*²⁰⁰, contenuto nell'art. 6, n. 2 del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 (c.d. sistema Bruxelles I), che rappresenta l'ultima ricognizione di una tradizione normativa risalente²⁰¹. Secondo tale disposizione la persona domiciliata in uno

197. Ad es., la Direttiva 64/221/CEE del 25/02/1964, GUCE n. 56, secondo la quale lo straniero deve poter beneficiare degli stessi ricorsi concessi ai nazionali contro gli atti amministrativi di entrata, del titolo di soggiorno o di allontanamento dal territorio. Si aggiungano le Direttive 76/207 e 86/378, ivi, 1976 L. n. 39 e 1986 L. n. 225 sull'uguaglianza di trattamento fra uomini e donne.

198. Corte Giust. C.E. 15/05/1986, M. Johnston c. Chief Const. R. Ulter Gustabulary, c. 222/84, Racc. 1986, p. 1651, che motiva anche sulla base della violazione della direttiva sull'uguaglianza di trattamento fra uomo e donna (v., *retro*, nota precedente). Quanto alla derivazione della concezione dello Stato di diritto cfr anche le conclusioni dell'avvocato generale M. DARMON, ivi, p. 1656. Il principio ha trovato poi conferma nella successiva giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: Corte Giust. C.E. 15/010/1987, Unectef c. G. Heylens, c. 222/86, ivi, p. 4097, nonché 22/09/1998, Belinda J. Coote, c. 185/97, ivi, I, p. 5199 § 21, nonché, in dottrina, per tutti, RIDEAU (a cura di) *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, op. cit. loco cit., nonché P. CASSIA, *L'accès de personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communitaires*, Nouvelle bibliothèque de Theses, Paris 2002, spec. P. 81 ss.

199. GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, cit., p. 401 ss.

200. GHIRGA, *Riflessioni sul significato di giudice naturale*, cit., p. 808, osserva, peraltro, come nel testo francese, al posto dell'espressione *giudice naturale*, compaia quello di *sa jurisdiction*; ne fornisce una spiegazione storica e conclude nel senso che le due espressioni si equivalgono.

201. La disposizione richiamata è, infatti, una sostanziale riedizione dell'art. 6 n. 2 della *Convenzione di Bruxelles* del 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che è stata trasfusa nel citato Regolamento. Inoltre, formulazione identica a quella della

Stato membro può essere convenuta in altro Stato dell'Unione «qualora si tratti di chiamata in garanzia o altra chiamata di terzo, davanti al giudice presso il quale è stata proposta la domanda principale, sempre che quest'ultima non sia stata proposta solo per distogliere colui che è stato chiamato in causa dal suo *giudice naturale* (c.n.)».

Nel c.d. sistema Bruxelles I, la determinazione del giudice naturale, inteso quale giudice più idoneo a conoscere di una causa²⁰², «viene fatta in astratto, con riferimento a determinate categorie di controversie, tenendo conto di tutti gli interessi in gioco»²⁰³. In altri termini, il giudice naturale viene identificato sulla base di criteri oggettivi, oggi previsti dal Reg. 44/2001, che consta di una regola generale (il foro generale, ex art. 2, 1 comma, costituito dal domicilio del convenuto)²⁰⁴ e da una serie di limiti²⁰⁵ e controlimiti.

Fra i controlimiti viene, appunto, in considerazione il caso previsto dall'art. 6, n. 2 del Reg. 44/2001: il terzo garante può, infatti, essere chiamato avanti al giudice adito con la domanda principale, a meno che questa non sia stata proposta «solo per distogliere colui che è stato chiamato in causa dal suo giudice naturale»²⁰⁶. In altri termini, per esigenze di buona amministrazione ed al fine di evitare possibili contraddittorietà di giudicati, il Regolamento 44/2001 consente che la domanda principale e quella di garanzia siano decise in un unico giudizio. Se, però, il *simultaneus processus* si risolve in un mero artificio per eludere il giudice naturale²⁰⁷, la deroga non è più giustificata. Ci troviamo di fronte ad un criterio di collegamento abusivo ed esorbitante in quanto non esprime un adeguato collegamento della controversia con il foro²⁰⁸.

In sostanza, la regolamentazione prevista dal Reg. 44/2001 sostituisce, nel suo ambito di applicazione, le norme di competenza giurisdizionale degli Stati membri

Convenzione era stata già adottata dall'art. 6, n. 2 della *Convenzione di Lugano* del 1988, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, conclusa tra gli Stati membri della CEE e gli Stati membri dell'EFTA, associazione europea di libero scambio.

202. Corte Giust. C.E. 17/06/1992, Handte c. TMCS, in "Riv. dr. internaz. priv. e process." 1993, p. 451 ss.

203. MARTINO, *Compatibilità del sistema europeo di giurisdizione*, cit., pp. 90 ss., spec. p. 95, con i necessari riferimenti ai lavori preparatori ed alla dottrina italiana e tedesca.

204. GHIRGA, op. cit., p. 839 ss. giunge a considerare come naturale il solo giudice del domicilio del convenuto.

205. Una persona domiciliata in uno Stato membro può essere, infatti, convenuta avanti ad un giudice di altro Stato membro soltanto in presenza di competenze speciali (artt. 5-21 Reg. 44/2001) o competenze esclusive (art. 22) ovvero a seguito di proroghe della giurisdizione (artt. 23 e 24). Tali norme derogatorie vanno interpretate in senso stretto (Corte Giust. C.E. 17/06/1992, Handte c. TMCS cit.).

206. MARTINO, op. ult. cit., p. 92.

207. M. DE CRISTOFARO, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torino 1999, p. 272 ss.

208. DE CRISTOFARO, cit., p. 254 e MARTINO, *Rinvio alla competenza territoriale e fori esorbitanti* in MARTINO (a cura di), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, op. cit., pp. 56 ss.

e, pertanto, è esclusiva²⁰⁹. L'art. 3, comma 2, del Reg., conseguentemente, sancisce l'inapplicabilità di qualsiasi norma interna in tema di giurisdizione che operi nell'ambito del c.d. sistema Bruxelles I e non coincida con i criteri comunitari. Titoli differenti di giurisdizione, attribuiti dagli Stati membri, non possono, infatti, non qualificarsi come esorbitanti e, come tali, sono inapplicabili²¹⁰. La giurisdizione non costituisce più monopolio degli Stati²¹¹. I limiti esterni delle giurisdizioni, con riguardo cioè alle controversie transazionali, non sono più stabiliti dallo Stato²¹² e non rappresentano, quindi, delle autolimitazioni da parte dello Stato, ma delle etero limitazioni imposte agli Stati dalle normative comunitarie.

Da ultimo, ma non per ultimo, si osservi che il sistema giurisdizionale europeo è oggi decentralizzato fra giudici degli Stati membri e giudici comunitari. Sorge, quindi, il problema di stabilire, per ogni causa, quale sia il giudice naturale, cioè maggiormente qualificato a decidere quella determinata controversia. In linea generale si ritiene che il giudice dello Stato membro sia il giudice naturale anche della legalità degli atti comunitari²¹³. In base al principio di sussidiarietà, la Corte di Lussemburgo subordina, infatti, la ricevibilità del ricorso, con il quale è adito il giudice comunitario, all'impossibilità per il ricorrente di adire le giurisdizioni nazionali al fine di ottenere la riparazione del pregiudizio²¹⁴. Si ritiene, invece, che i giudici comunitari siano i giudici naturali della legalità degli atti comunitari adottati sul fondamento delle norme che conferiscono un diritto soggettivo a ricorrenti non istituzionali²¹⁵.

15. Va, in definitiva, ascritto a merito soprattutto delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo di aver ricostruito, e sussunto a livello europeo, il principio del giudice naturale. Identificato in base a criteri certi e prevedibili, determinati o addirittura predeterminati, il giudice naturale viene caratterizzato dalla sussistenza di un adeguato collegamento della controversia con il foro, e, come tale, si risolve nel giudice maggiormente qualificato a decidere quella controversia. La identificazione del giudice naturale viene, poi, fatta in astratto, con riferimento a determinate controversie. Si prescinde, invece, dalle peculiarità ed esigenze del singolo caso come avviene nell'ordinamento inglese (v., *retro*, § 6).

209. MARTINO, *Compatibilità del sistema europeo di giurisdizione*, cit., p. 77.

210. MARTINO, op. ult. cit., loco cit.

211. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 174 ss.

212. MARTINO, *Limite della giurisdizione nelle controversie transazionali. Introduzione* in MARTINO (a cura di), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, cit., p. 31 ss.

213. Ciò sembra acquisito per quanto riguarda il ricorso per responsabilità non contrattuale, ma dovrebbe applicarsi anche nel caso di ricorso per annullamento. Cfr., per tutti, CASSIA, *L'accès de personnes physiques au juge de la légalité des actes communautaires*, cit., p. 239 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza e alla dottrina.

214. Corte Giust. C.E. 12/04/1984, *Sarl Uniflex c. Commissione e Consiglio*, c. 281/82, in Rec n. 469 § 11.

215. P. CASSIA, cit., p. 720 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

Abbiamo, però, avuto già occasione di osservare²¹⁶ che, nel motivare la loro decisione, i giudici europei, a seconda della loro formazione, si avvalgono degli schermi argomentativi, a volte, del giurista anglosassone, altre volte, del giurista continentale. Una delle loro preoccupazioni principali appare quella di evitare di «forzare» la distinzione fra ordinamenti di *common law* ed ordinamenti di *civil law* e, possibilmente, di trovare forme di conciliazione fra i due modi di pensare.

Già si è ricordato il significato elastico attribuito dalla Corte di Strasburgo all'espressione *legge* nell'interpretazione della locuzione «tribunale ... stabilito per legge» (art. 6, comma 1, della C.E.D.U.)²¹⁷. Ma emblematico resta, soprattutto, l'utilizzo, a volte, della *rule of law*, altre volte, dello *Stato di diritto* quale presupposti dai quali le Corti deducono, a guisa di corollari, il diritto al giudice, in genere, ed il diritto al giudice naturale, in specie. Si tratta di ragionamenti tradizionali che trovano il loro fondamento nelle esperienze statuali del XIX e del XX secolo e che oggi vengono riproposti al di fuori del loro contesto storico e delle esigenze che ne costituiscono la giustificazione.

A parte i frequenti tentativi delle Corti di adoperare i concetti di *Stato di diritto* e di *rule of law* come sostanzialmente equivalenti²¹⁸, già si è osservato²¹⁹ che la concezione dello *Stato di diritto* è centrato sulla sovranità dello Stato e sulla sua autolimitazione: al cittadino (e, in seguito, all'individuo) viene riconosciuta la titolarità di quei diritti, e solo di quei diritti, che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato²²⁰; ultimo, ma non per ultimo, il diritto al giudice naturale. Questi diritti esistono, quindi, solo perché lo Stato sovrano ha deciso di autolimitarsi. Ma altrove²²¹ abbiamo constatato che la giurisdizione non costituisce più monopolio dello Stato (quanto meno degli Stati membri dell'Unione Europea) ed i limiti esterni della giurisdizione non sono più stabiliti dallo Stato, ma dalle normative comunitarie²²². Ci troviamo in presenza di un fenomeno non di autolimitazione, ma di eterolimitazione, come tale, imposto allo stesso Stato.

Si è anche osservato²²³ che la nozione di *Stato di diritto* ha segnato la storia interna degli ordinamenti eurocontinentali. Si può ora aggiungere che, soprattutto nel XX secolo, ha finito per prevalere una concezione positivistica che ha privato il

216. Cfr., *retro*, § 13.

217. *Ibidem*.

218. Equivalenza che potrebbe riscontrarsi soltanto dal punto di vista funzionale, in quanto entrambi gli istituti hanno una finalità garantistica: sottoporre il potere politico a regole giuridiche dirette a tutelare i singoli individui. Differenti sono, invece, le “tecniche” utilizzate. Cfr., da ultimo, PICARDI, *La giurisdizione*, cit., p. 77.

219. V., *retro*, § 7.

220. PICARDI, *Ibidem*, p. 159.

221. *Ibidem*, p. 174 ss.

222. V., *retro*, § 14.

223. V., *retro*, § 7.

Rechtsstaat di ogni sostrato etico. Lo Stato di diritto è risultato così sganciato da un determinato assetto istituzionale: si è pervenuti a teorizzare, addirittura, uno Stato di diritto fascista, nazional-socialista e sociale²²⁴. L'utilizzazione oggi, al di fuori dello Stato, di una nozione che ha già perso ogni carattere individualizzante, più che una reinterpretazione del concetto, sembra una forma di inerzia mentale di giuristi formati in altre epoche e in altri contesti politico-sociali.

Né appare giustificato neppure il ricorso alla *rule of law*. In questo caso il limite del potere è da ricercare nel diritto comune, nel *case law*, in altri termini nel diritto dei giudici e dei giuristi, i *common lawyers*, artefici e garanti di una tradizione giuridica sentita come patrimonio dell'intera comunità della *common law*²²⁵. Nel nostro caso, invece, i limiti si ritrovano nelle normative europee e nei principi che da esse vengono traendo le Corti europee. Si aggiunga che la garanzia del giudice naturale, nella concezione inglese, ha come suo beneficiario naturale il potere giudiziario, al quale non si manca di elargire, in proposito, anche poteri discrezionali. Nella giurisprudenza europea la garanzia in esame finisce, invece, per coinvolgere anche i giudici ed i meccanismi interni al potere giudiziario per l'individuazione del giudice naturale²²⁶, con esclusione di ogni potere discrezionale. Sintomatico, resta, la vicenda della *doctrine of forum non conveniens*²²⁷.

In definitiva, ci troviamo in presenza della proclamazione, da parte delle Corti europee, del principio del giudice naturale quale diritto fondamentale a livello europeo, principio che non è solo ricognitivo o riepilogativo di regole del passato. Come scrive, in altro contesto, il collega Pierfrancesco Grossi – al quale è affettuosamente dedicato questo lavoro – siamo in presenza di una esperienza «tendenzialmente costitutiva, ispirata cioè all'intento di assicurare quelle ulteriori e più moderne forme di protezione che si rendano necessarie ... in un determinato contesto storico»²²⁸.

224. V., *retro*, § 7 e nota 85.

225. Cfr., *retro*, § 6, nonché PICARDI, op. ult. cit., p. 77 ss.

226. Cfr., *retro*, §§ 12 e 13.

227. V., *retro*, § 6.

228. Pf. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in "Enc. dr." vol. XXII, Milano 1972, § 2.

CAPÍTULO XXXI
STATUTORY LAW AND THE JUDICIAL FUNCTION¹

*Oskar Bulow**

Summary of Contents • Preface – I. The Relationship Between Statute and Judicial Decision – II. Differences Between Legislative and Judicial Legal Determinations – III. The Law-Creating Task of the Judiciary in the History of Law – IV. The Judicial Law Within Today's Statutory Law – V. Closing Considerations

PREFACE

This writing is based upon two public lectures: the speech which was given March 6 of this year on the birthday of his majesty, King Karl of Württemberg, by me, at that time rector of the University of Tübingen, and the inaugural lecture with which I became qualified a few weeks ago as ordinary professor in the University of Leipzig.

The scanty extent of the writing will probably appear to some to stand in disproportion to the importance of its subject matter. However, since I had been compelled from the first drafting of these rich materials to a treatment that was summarized as tightly as possible and at the same time aimed at being generally understandable, I had doubts about abandoning this dual advantage (which was not won without some difficulty). For that reason, as I revised the two lectures for the purpose of their combination, I have resisted the attempt, upon good advice, to let them grow to a greater work. Therefore, I allowed myself to be excused from the addition of a bibliography. Nevertheless, with the publication of opinions which are completely opposed to the traditional theory, I believed that I should account for the way I reached them.

Although the results are relevant to the general theory of legal sources, they have not arisen from reflections that have been aimed towards a reexamination of the question of legal sources. To the contrary, they have developed from procedural observations and investigations, especially those which had as their subject matter the nature and the effectiveness of the judicial decision.

* Professor in the University of Leipzig and Privy Councillor Leipzig Duncker and Humblot, Publishers 1885.

1. Translation by James E. Herget and Ingrid Wade: Attorney at Law, Houston, Texas. Juristisches Staatsexamen (Bavaria), 1986 (Univ. Augsburg); J.D., South Texas College of Law 1990; LL.M., University of Houston Law Center, 1994.

From there, the conviction arose at the beginning that court adjudication stands in a much closer relationship to the objective legal rules than is generally assumed. I have already spoken of this in my publication on the Theory of Procedural Defenses and Requirements, page 3 (1868). This opinion concurs, at least in one main direction, with the view of judicial decisions that was thoughtfully developed in Kierulff's Theory of the General Civil Law (1839) which, however, had strangely remained almost completely unnoticed. This was probably in consequence of the over-whelming influence exercised by the decision theories of Puchta and Savigny (System of Contemporary Roman Law, volume 6, 1847) who hardly took notice of Kierulff's view. Perhaps, it was also for the reason that a sufficiently-prepared foundation of understanding had not been laid for Kierulff's apodictically-made contention. This is a conjecture that at least had occurred to me through my own experience because to me the significance of the Kierulffian view had remained completely hidden and unintelligible before I arrived at a similar result through procedural research. Otherwise, to my knowledge, a related view emerged only in the illuminating remarks with which Bähr's The State under the Rule of Law (1864) is introduced.

That fundamental idea gradually became more established and was more fully developed. Therefore, I could proceed in a speech in 1875 before a scientific society in Tübingen about the unavoidable deviations of the law as it emerged in legal decisions from the statutory law, and I could then move ahead to one part of that development that becomes more maturely thought out and better grounded as published in this writing. Also, from then on, it no longer lacked commentary from other sources which further encouraged me in the pursuit of the chosen route. Likewise, Degenkolb stressed in his writing on Compulsory Appearance and Decisional Norms (1877) the statute-like nature of judgments, to be sure, under all sorts of reservations and qualifications. Although expressed without specific reference to the judicial decision, what Jhering observed about the individual precept in his Purpose in the Law (vol. one, pp. 327-333, 1877) contributed to my maturity of thinking about concrete judicial creation of the law. Long ago, I had already obtained from Jhering's earlier works valuable elucidation of many basic questions which are of indirect significance for the problem in hand.

Incidental to an article on Fictions and Truth in Civil Procedure (Archiv für die civil. Praxis, vol. 62, pp. 1-96, 1879), it became clear to me that an important point of support that the traditional conception of the judicial function had found in the fiction of the legality of all judgments had become indefensible, and I there indicated somewhat more sharply my conception of the judicial function in an excursus (pp. 93-94). In the article on The Dispositive Law of Civil Procedure in the same journal (p. 84, 1881), an even broader suggestion of this was made.

Until now, all these suggestions have been advanced against no opposition. This could perhaps count as a hopeful sign judging by most experiences connected with the raising of new juristic insights. But express agreement has also not failed to

occur. At the most complete, I have found it from Klöppel, *The Defense of Legal Force* (1882), (particularly pp. 60-67), who grasped my train of thought with deep penetrating comprehension and pursued it further independently. The book by A.G. Schultze, *Private Law and Procedure* (Part I, 1883), on the other hand, in spite of some points of apparent contact with my ideas, takes paths that themselves lead further astray. Of the expressions which point to agreement, at least with a part of the opinions represented here, I call special attention by name to: Laband, *The Constitutional Law of the German Empire* (vol. 3, sec. 2, p. 25, 1882); Merkel, *Juristic Encyclopedia* (1885), especially pp. 165-167; Windscheid, *The Tasks of Legal Science* (Address upon taking over the Rectorship of the University of Leipzig, 1884), where, on pages 13 and 14, under the direct pressure of highly important legislative work, is urgently stressed the insufficiency and the need for supplementation of statutory rules.

Hereafter, I may indulge in the hope that the present attempt to develop and completely establish a theory of judicial law-creation, far surpassing the earlier suggestions, will lie not too far away from that which others, without expressing it, also maintain to be correct. The real decision on the correctness of the path taken will depend upon whether those whom this writing most closely concerns, the judges, will find in the matters here expounded that which fulfills and inspires their profession!

Leipzig, May 30, 1885

We live in a time abundant in statutes and favorable to them. Certainly, the confidence in the power of achievement of statutory law has been reduced by a prudent measure since historical research into law opened a deeper insight into legal evolution and spread the recognition that there is another equally worthy method of creating law besides legislation.² But in spite of that, it has happened that, especially in our own era, the non-statutory law, the customary law, has suffered the fate of the strongest atrophy, at least as it appears after the results of that research. More relentlessly than ever, legislation has seized the legal world. To the customary law, hardly a shabby little place remains, permitted by a statutory act of grace.

And yet, it is difficult to remain calm about the belief in the sole supremacy of legislation. Whoever seeks to grasp the function and effectiveness of the judicial office in its full significance, particularly in its relationship to statutory law, cannot be unmindful of the numerous perceptions which point to the fact that an abundant law-organizing and law-creating force moves in the judiciary which has survived in the midst of all this statutory law and will never be destroyed by even the most complete and perfect legislation.

2. This refers to the rise of the "historical school" of jurisprudence led by Friedrich Carl von Savigny. See W. Friedmann, *Legal Theory* 209-223 (5th ed. 1967).

Observations of this type shall be set forth here in short summary. For me, the conviction follows from them that we have to acknowledge a judge-made law, something peculiar standing next to statutory law, but not coincident with customary law, nor branching off from it.

I. THE RELATIONSHIP BETWEEN STATUTE AND JUDICIAL DECISION

The political power determines by statute what should count as law. In order to protect the common welfare, the legislator foresees the possibilities of how, in the future, human relations and conditions, events and deeds, can be arranged. He applies to them the measure of pressing social needs, of legal necessities. He examines to what limit, in the confusion and struggles of conflicting human forces, free development of individual endeavors that are aimed towards furthering of one's own benefit may be permitted--how far the individual will be required to cooperate for the benefit of others and, also, in his turn, how the individual's own power should receive support and strength from others. He sketches in the discovered limits with the clearest and sharpest possible strokes in that picture of the future.

But, it is not yet valid law; it is only a plan, only the sketch of a desired future legal order which the legislator by himself has [not] [sic] the power to finish.

Often, the persons subject to the statutes, accompanied by correct legal understanding and filled with just sentiments, conform automatically to statutory precepts. But ignorance, negligence, self-interest, and the passions of the human race work together to cause obstacles everywhere to the realization of the statutory plan. So, legislation must acquiesce in the fact that it can only imperiously point the way toward creating a real legal order. In order to assure that creation for all cases, the state keeps ready over the legislative machinery another legal institution, the judiciary. Judicial activity helps to carry on and perfect the work of creating a legal order that has only begun in the statute.

The activity of the legislator stops with the one-time abstract legal precept. It is the continued conscientious, vocational work of the judge that is to be thanked for making the legal order, so far as human insight and ability are adequate, that which it should be: a power above any contrary knowledge and volition that really controls the life of human beings.

In this connection, the actual exercise of power is not in question. The enforcement of judgments is the consequence, not the content of judicial activity. The state knows how to obtain the powers necessary to break the illegal will more surely and appropriately outside the ranks of its judges. Not the sword, but the scale of justice is placed in the hand of the judge. He has to weigh and to determine what right is. The essence of the judicial function lies in judging.

From this, it appears as if the judicial activity would be a pure act of comprehension, like any other judging, a logical operation, a deduction for which the statutory

provision forms the major premise and the facts of the case form the minor premise. And, it is usually believed that the essence of the judicial decision and its relationship to the statutes has been correctly so characterized.

Were this correct, a difference would certainly come to light between judicial function and statute in the basic establishment and determination of purpose. This would be badly accommodated to the close relationship in which they have previously been brought together. Merely expounding legal truths already present in the finished statute, or merely engaging in an operation of logical subsumption could not be deemed to be an exercise of the legal-ordering power of the state similar to expressions of legislative intent to continue the creation of the law that has been left incomplete by the statute. It would become doubtful whether a part of the sovereign power of the state could be assigned to the judges unless some civil service task alien to the judicial function were accidentally transferred to them in addition. One would also have to ask whether it would not be right to assign them a place under the men who perform service for the community only through their mental labor, science, and wisdom, since the judges were also given the very honorable but also very uncomfortable distinction above all other representatives of science that they must answer relevant questions within their province with a definite yes or no and that for them there is no “We don’t know” or “We will not know.”

That which the deciding judge has to perform for the state and the legal order is, however, no mere mental labor. The decision of the judges is not a judgment in the usual logical sense of the word. It is something more, more significant, more powerful than its name appears to signify!

The judicial decision rests, like every prudent expression of intention, upon an act of thought. It embodies and signifies, however, a legal determination, a legal disposition. It is an expression of will, indeed, a legal expression of will proclaimed by the power of the state, similar to a statute.

The state does not announce its legal commands, its legal authority, its legal prohibitions, merely through the mute words of the statute, but also and even much more determinatively and forcefully through the mouth of the judge. The judicial decision as well as the statute are acts of the state power that forms the law. Like the statutory, the judicial legal determinations are filled with the power and compulsory force of the state. The judicial decision has legal force; it carries the entire power of the law in itself. The judicial determination of law approaches, in its assigned domain, the power of a fixed obligatory command, even in fuller measure and with still stronger direct effectiveness than the merely abstract standards of the Statute.³ Legal force is stronger than statutory force. The non-appealable legal decision holds its own even if

3. This passage is quoted in John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law* 164 (1909).

it runs contrary to the statute. The power of the state, which makes the laws, speaks its last word, not with the statutory, but with the judicial legal determination.

This power of legal ordering, not the production of the syllogism required to create it, constitutes the peculiarity, the essence, of the judicial decision. By this means, it is brought into close relationship to statute but dissociated from the usual private thinking processes with which our linguistic usage lets it carry a common name that is not very fitting for it. It is also especially dissociated from the nonjudicial evaluation of the law that every private individual makes day in and day out, such as one who believes himself to be the owner of a thing, or the creditor of a person, or the procedural party who maintains or contests a right. Here, as there, mental activity occurs that is brought to bear on the realization of legal truth. But these private legal judgments are nothing other than mental activities. The private individual can certainly pass judgment on legal questions, but not final judgment, nor condemnation. His legal judgment is powerless. It lacks the legal force, lacks the significance of an official legal decree, and with it the significance of judicial decision to a degree that one hesitates to offer such private legal knowledge and legal opinion as examples of "judgment" alongside judicial legal determinations. Meanwhile, on the other hand, science, having the entire theory of judgment as its subject, is accustomed to treat logic, itself an important species of judicial decision (for good reason) with step-motherly reluctance.

I dare to raise only a rough presumption as to how our linguistic tradition may have come to select and make use of the expression "Urteil" for the judicial judgment, since that term is uncharacteristic in its proper meaning and misleading in its generality. "Urteil," "ordal," "ordeal," is an old word in the Germanic language family which formerly was used exclusively for judicial decisions, and like so many then possible and specially favored ways to bring about such a decision (oath - God's judgment) show clearly enough, it had no special relation to logical operations.⁴ In the course of time, the more the demand was placed upon the judicial decision that it should be based on careful rational examination, the more definitely the judicial act of judgment was allowed to appear as a prominent example of a conclusory act after mature consideration. In legal proceedings and debates, the difficulty and the great significance of a consistent deduction of truth from other truths already established stood out with dramatic vividness. Here, one learned to become accustomed to a certain method of truth-finding and to appreciate the value of such a method. In the procedural rules, one faced a community-required and sanctioned logic. So, perhaps this explains how later the language of science, in the search for a good German

4. The trial by ordeal common in western Europe in the middle ages included such methods as the red-hot poker and submersion in water. It was thought that God would make a supernatural intervention through these devices and thereby make the "judgment." Thus, a legal judgment was not a rational act by human beings. See R. Bartlett, *Trial by Fire and Water* (1986).

word for the mental process, fell upon the designation “Urteil,” which was originally very remote from it.

In the use of the other word for the legal decision, which lies in a similar direction of thought, namely the word “Erkenntnis,” the German language has used its gift for sensitive distinction so much more securely since it discriminates carefully between the private, non-legally-binding recognition of a truth and the judicially permitted recognition which is equipped with the power of objective law.

II. DIFFERENCES BETWEEN LEGISLATIVE AND JUDICIAL LEGAL DETERMINATIONS

The more decisively the nature of the judicial judgment is emphasized as similar to legislation, the more openly is the distance which lies between statute and judgment to be justified. The differences lie first of all in the degrees of determination and in the various perimeters in which each of the two operates in a legally determinative way.

While the statute, as a precaution, looks to the future and seeks to mesh with it, the judge has in front of him events and actions which are already part of the past and which are individualized in accordance with persons, place, time, and other circumstances. Because directed to the future, the statute anticipates classes of factual possibilities and contains conditional and abstract legal precepts. The judge, on the other hand, is always occupied with isolated concrete facts and has to find his legal orders unconditionally. In short, the statutory legal determination extends much more widely and operates more generally than the judicial, but is surpassed by the judicial through the latter’s greater certainty and unconditional immediate efficacy.

There is, however, another difference which carries much greater weight: between the freedom with which the legislator has the lawful power to select his legal regime, and the legal dependency of the judge on the statutory provisions which does not allow him a choice other than the legal effect already drawn by the statute.

This touches upon the essential point of our entire question, being at the same time a point on which the most serious doubts must appear about the alleged law-creating nature of judicial decisionmaking, which is assertedly similar to the statutory law.

Is that which the judge has to decree already determined in advance by statute? Is it sacred judicial duty not to move over the line outside of statutory rules or to remain back behind them? If so, it really appears to be inconceivable how there should still remain open in addition some kind of room for a judge’s own legally-determinative and legally-creative effectiveness. According to this, does the theorem of the legally creative profession of the judicial office turn out to be a rather dangerous notion, only fit to stir doubts about the foundations of the legal order and the judiciary? Is it

not true that what the judge on his own and independently has to do for the state and the law is exclusively to establish whether the facts brought before him are true, sufficient, and the same as those with which the statute has fixed the legal consequences prescribed by him? Is, however, this proof-activity and subsumption-activity then not indisputably a pure truth-finding, remote from all legislation and law creation? Are we not, therefore, coming back on this path anew to convince ourselves that the judgment of the judge is a judgment in the pure logical sense?

And if this were once to be accepted as proven, then there would not be lacking a way to accept the legally binding force that is attributed to the judicial judgment. If the judgment is taken only out of the statutory legal provisions, then the legal force of the judgment should also be looked upon as something coming exclusively from the binding force of the statute of origin as a consequence or a variation of statutory force. And, if it were also conceded that occasionally something different emerges in the judgment than what the statute says, well, then such statutorily contrary aberrations must be ignored and carefully concealed by the law as something actually legally impossible. The judgment, one would have to say, according to law would be considered as exactly pursuant to the statute even if it contradicts it. *Res judicata pro veritate accipitur*. The legal force of the judgment according to Savigny is nothing other than "The invention of its truth." Then, why shouldn't the magic wand of invention, the fabrication, also come to the aid of the jurist here as in so many other predicaments?

With these arguments and accounts, only that opinion of judicial decisionmaking has been restated that has been generally dominant until a short time ago and has remained, even now, the most widespread. With its refutation and with the proof that the judicial office is an independent part of the legal order and law-making job of government, nothing less trivial is at stake than the significance and dignity of the judicial office, and even to a still higher degree, also that of legal science.

According to the first interpretation, the independent work and merit of the judge would be restricted to the factual side of the legal cases to be judged, that is, he confirms with diligence, care, and non-partisanship whether the facts required by the statute as a condition of his legal decree have materialized in the case before him. With respect to the legal point, the question of which legal consequences are to be joined with that set of facts, nothing would remain for him to do on his own independently. These would be given to him by the statute without anything further. In order to discover them, he would need nothing else than a reliable edition of the statute, the knowledge of reading, diligence, and sound, clear understanding. He would only have to repeat the statutory provision in a particular relationship to the individual factual case under consideration, to define only the stored treasure of ready-made legal precepts from the statute book in single, clean pieces, and to hand these out affixed with the stamp of the state.

And what would be the result of this for the assessment of legal science whose only task, indeed, is the recognition of valid legal rules, so far as it is not employed for other scientific fields or for philosophy and history? If these legal rules are already present finished and complete in the statute, especially in such a precise, sharp, conceptualized context as in the existing statutes of our time, then it's difficult to see how their recognition should still require some kind of higher "brainwork." And even if one could not get along without such science, how comfortable, how enviable, but also how humiliatingly easy would be its lot in comparison with all the other sciences! While the natural sciences have to expend the most laborious and often futile effort in order to wrest from nature the secret of her laws, the jurist would get the subject matter of his knowledge of truth, the legal statutes, from the state without any toil, already clearly thought out, delivered, and formulated in principle. And too, all the remaining social sciences would yearn in vain after such an immediate and doubt-free manifestation of the truths to be delivered by them, as it is presented according to this opinion to legal science by the statutes.

And with this, isn't a view characterized that is shared by many people unconnected with the legal professions and that is expressed in some offensive, half-teasing, half-mocking remarks which the jurists have had to suffer all along? Led by such a view, indeed, even some great legislators have nourished a lively discontent against the undertaking of legal scholars to want always to say better that which is said best in the statute. Above all, the world-legislator Justinian felt inclined to inflict a heavy penalty upon anyone who would do that with his statutes, abruptly as with a falsarius, a destiny that the jurists always have known how to avoid with their well-known cunning, although they otherwise accept so literally the validity of Justinian's statutes.

No! The powerful mental work to which legal science can proudly point through thousands of years shows that a conception of the judicial function which leads to such disparagement of legal science, which, after all, works solely with the judicial office and "pre-thinks" for the same, must be wrong from the ground up.

III. THE LAW-CREATING TASK OF THE JUDICIARY IN THE HISTORY OF LAW

It becomes immediately apparent from a look at the historic development of the legal order how little one would do justice to the importance of the judiciary if one denied it the task of creating law.

In all nations, the judiciary was vitally involved in the formation of the law. It contributed as much, or rather, much more, than the legislature to the formation and development of the law.⁵

5. Bülow was familiar with Roman and Continental legal history which had important phases of judicial lawmaking. He seems not to have been familiar with the Anglo-American common law whose history would have supported his argument as well or better than the Roman and Continental examples.

The state power fulfilled its task of ordering the law everywhere for a long period of time, exclusively through the judiciary. Centuries had to pass before the state reached a law regulated by statutes at all. This is so since the young nation is not full of an unselfish urge to recognize abstract legal truths. The law is a result of experience. It had to be found by experimenting; it is a result of bitter legal necessity that pushed from case to case to arbitrate the dispute of human egoism and passion, which endangered property and life, through the neutral decision of the powerful state authority.⁶

Not yet bound by statute, the adjudicating state power once worked with the same freedom as later did the legislative state power. That initially purely judicial order lacked any legal constraint, even though it (in this also only equal to the legislature) was under the guidance of the sense of justice that was pulsating in the people, although frequently interspersed by opposing currents of legal sentiments, even though it was gradually led in consistent paths by the power of custom that benignly rules all social life. It was not sufficiently protected against the danger of arbitrary and biased oscillating decrees. Through the pressing sense of this deficiency, the people were finally led to the resolution to move from the purely judicial to a statutorily-regulated legal order, but also to take over into it most of the old judicial wisdom.

The legally gifted ancient Romans once took this step with particular energy and insight when they put the entire legal order on firm statutory ground with their Twelve Tables. But did this end the law-creating power of the judiciary? The most important and best authenticated facts of Roman legal history prove the opposite!

We are told how soon the trials, the *disputationes fori*, operated not only to help expand the foundation of the Twelve Tables, but also to break off some pieces and to add new ones. And when the need for deep changes of the law became apparent, these also were not, for the most part, accomplished by statute, but were left up to the law-transforming work of the courts, at least as far as the inner, particularly private legal circumstances are concerned.

The authority of the court, the praetor takes care of this task for almost half a millennium. A court-made or civil servant-made law comes into existence, a *ius praetorium* or *honorarium*, that is not satisfied merely to execute the statutory law

6. This sentence is an interesting parallel to Holmes' statement in *The Common Law* (1881) that, "The life of the law has not been logic, but experience." See also the earlier statement of Rudolf von Jhering, "Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein. [Life is not from conceptions, but conceptions are there because of life. Not what logic postulates, but what life, intercourse, the sense of justice demand, has to happen, whether it is logically deducible or impossible.] R. Jhering, 4 *Geist des römischen Rechts* 321 (8th ed. 1891) (original published 1852-65).

and to complete it, but which also steps into its way everywhere with contradictory, adverse rules.⁷ From case to case, it pushes them through, safeguarded against too much inequality and arbitrariness merely through the annual preannouncement of the intended new legal rules for the term of a year. In addition, the lay judges appointed by the court authorities were not hindered but were even ordered to take more and more into account the many new needs of legal intercourse that extended far beyond Rome and the Romans, including the needs of good faith, business honor, and equity. The observance of these values had been until then only a free *de facto* custom without statutory authority, often in full contradiction to the rigid and narrow-minded statutory law. It was a judicial creation of the law with which modern theory does not quite know what to do because it applies the crooked stencil of the customary law, modern theory having turned its back on the law-creating function of the judge, yet also having given up the belief in the omnipotence of the legislature.

The Roman law owes most of the greatness that secured its world power beyond the existence of the Roman Empire to the work of judge-made law which was industrious, free and yet moderate, noble-minded, and led by brilliant jurisprudence.

As a consequence of just that work, only ruins of the statutory law remained at the beginning of the era of the Roman emperors. Once again, as before with the legislation of the Twelve Tables, the bad state of affairs of a too unstable judicial legal order not secured by statutes was felt in the extreme. But even the new rising power of the emperors did not dare or could not always make headway against the huge stream of that legal production. It limited itself originally to isolated attempts to confine it here or there. The opinions of legal scholars, which the courts had learned to follow on their own, were given some legal force by Augustus. Under the following emperors, some matters of the legal order were improved by *Senatusconsulta*. How little one tended to leave the traditional paths of court-made law can be clearly seen in the fact that these senate decrees tended at first to be drafted as mere regulations of court practice. Hadrian finally stopped the free development of the entire civil-servant-made law by his *edictum perpetuum*. But when the emperors themselves began to proceed with new legal rules on their own, even they limited themselves for almost another two centuries to do so on occasion of isolated legal cases as administrators of the highest court office. This is the most convincing proof of how deeply rooted the judicial method of law creation really was. Only beginning with Constantine did they follow the path of general legal regulations announced in statutory manner.

7. For discussion of Roman legal development, see P. Thomas, *Introduction to Roman Law* (1986) (hereinafter cited as "THOMAS"); H. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (2nd ed. 1952).

Next to those, however, there still remained the main body of the law consisting of that which the court practice had developed and left behind. It is not without deeper meaning that this court-made law remained honored with the more important title of *ius* in preference to the anomalous imperial novation of the law, *leges*. From this legacy, however, the originally fresh, law-creating spirit had disappeared. The inspired jurisprudence which had led the entire judicial law movement was dying. The most pitiful means had to be used somehow to lead the perplexed judges in the confusion of the multifaceted tradition of court-made law.

Justinian finally overcame the state of distress. He caused the volume of judge-made law, until then still liquid and oscillating, to be poured into the rigid form of the statutory law.⁸ The judicial legal development of the world of the old culture, lasting almost one millennium, had found its conclusion in his great work of codification.

Again, through another millennium, the modern people, especially the Germans, also had to follow the path of legal development through courts before they obtained the benefit of a firmer statutory order. Miraculously enough, this came through that work of codification which had its origin in the judge-made law of the old world.⁹

Our ancestors were even more decisively and consistently adverse to the statutory formation of the law than the Roman people once had been.¹⁰ The thought that the state power has an obligation to take care of the people by legal rules that are binding on everyone, an idea so natural for our time (so accustomed are we to statutes), only began to be contemplated at that time. The medieval state believed it was sufficient for the inner legal order to set in motion the judicial power.

And the judge did not even have to decide himself. The law was “found” by the court assembly, the community, by lay judges, and juries. It was “asked” of them by the judge and his officials from case to case. It was a “people-questioning law,” free of the proscription of state legislation.¹¹

The only thing that held this judge-made law together was the actual, not legal power of custom and the loyalty with which the people making the decisions were tied to the traditional decisional wisdom that was handed down from generation to generation. The research of our century turned to that law again with loyal love and

8. Justinian's Code was promulgated in 533 A.D. after a drafting period of several years in which the drafters sought to utilize the best of the earlier legal scholars. See THOMAS, at 14-17 (1986).

9. Justinian's Code was rediscovered in the eleventh century and was taught in one form or another at the newly formed universities from that time down to the present. See C. Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence* (1988).

10. For discussion of medieval Germanic law, see J. Wigmore, ed., *General Survey of Continental Legal History* 9-89 (1912). See also H. Berman, *Law and Revolution* 49-84 (1983) (hereinafter cited as “BERMAN”).

11. For description of the handling of cases by folk courts in the middle ages, see BERMAN, *supra* note 50, at 58-60.

brought to the surface that richness of thoughtful, healthy, and prudent legal construction hidden in the old German decisional law.¹² But it was not blessed with the luck of the Roman law! Nowhere did judicial law creation, untouched by statutory constraint, appear in such purity. But also nowhere did its inadequacy appear with such clarity as in our medieval law.

Lacking statutory and even judicial discipline, without the guidance of a learned profession, and without a firm state center, our domestic law was split into numerous village, city, and guild tribunal traditions which persistently and stubbornly held on. In the long run, they were unable to do justice to changes in social conditions and needs and to make out of themselves the difficult transition from an old rural law to a legal order which corresponded to the upswing of commerce and trade. Since the 13th century, the emperors as well as the highest judicial authorities of the individual states and countries became gradually unable to exercise the power to enforce judgments. Then, a period of bleak legal confusion and legal insecurity began in which the possibility of transforming domestic law through our own radical statutes, already a far-fetched possibility, became completely unreachable. Germany could not help itself out of the predicament of its judicial law.

Then came rescue across the Alps through exactly that code that once was destined to end the predicament of Roman judicial law! Germany abandoned its free and colorful judge-made law in order to obtain the benefit of a firm and generally effective statutory law. But at a heavy price! Instead of its own warm-blooded law that had intimately grown together with the German character, it had to accept a law written in a foreign language, thought in a foreign spirit--dead law, the code of a long perished nation!

And in which manner, through what legal sources, arose this immense change in the law that deeply shattered the national life? Solely through the courts, through the law-transforming power of the judicial office!

No German statute introduced the Roman statutes.¹³ When, towards the end of the 15th century, the Roman emperors of the German nation occasionally declared their assent to the application of those statutes promulgated by their ancestors of the Holy Empire -- when Emperor Frederick the Third expressed the wish on occasion of his confirmation letter to the newly founded University of Tübingen that those statutes may be better infused into the ears of his subjects, was their validity in Germany already a matter of course and for the major part accomplished.

12. The study of Germanic law was revived in the nineteenth century in Germany. See REIMANN, *supra* note 140.

13. For discussion of the causes of the "reception" of Roman law in Europe, see A. Watson, *The Evolution of Law* 66-97 (1985).

The introduction of the Roman law was effectuated from decision to decision out of the midst of the courts through their own free decision. Men who were instructed at Italian, later also at German universities, in Roman statutory law, turned away as judges from the confusing and confused domestic judicial wisdom and applied instead the scientifically clarified statutory law of Justinian, which so frequently accommodated the needs of that time. And, the people looking for the law themselves preferred to turn to those judges instructed in the foreign law. The meeting places for courts where previously juries had met under the open sky themselves became deserted. The hedge judges, who were not seriously bothered by getting rid of the inherited law, faced scorn and mockery with their decayed rural legal wisdom. Some of them snatched at convenient expedients to gain some knowledge of the foreign statutory law that had become popular, trying to imitate the learned judges until finally even bunglers had to quit the field.

This whole process is the clearest of all revelations of the power of free judicial lawmaking. Here it shows that this power can even rise to the repudiation and displacement of one's own deeply rooted legal tradition.

The behavior of these disloyal judges, defecting from the domestic to the foreign law, must remain a puzzle to anyone who does not want to know anything of the law-creating task of the judicial office and who, caught in today's views of statutory law, believes it to be a given fact that above the judicial decisions there is always a ready abstract legal norm which leads and binds them. Only this prejudice is the reason that it was so difficult for our theory to understand legally the reception of the Roman law. What makeshifts were resorted to in order to find an abstract legal rule that would make those judgments legitimate by which the Roman law gained power over German legal life! For that purpose, the fairy-tale of the statutory introduction of Roman law was once invented and for a long time believed. Since that belief has become untenable, the other newly discovered legal source, the customary law, had to serve as the means of creation. In order to satisfy this prejudice, one was willing to believe that a transformation of the law that contained the steepest break with legal tradition, the renunciation of all law one was used to, was the consequence of customary law!

The simple solution to the puzzle is given by the law-producing power of the judiciary itself. The judicial power to develop the law, unlimited by a statute and certainly not limited and directed by any abstract legal rules, celebrated its most complete and highest triumph in the reception of the Roman law. To be sure, it was also its last one! By celebrating it, it already placed itself under the yoke of the statutory law!

IV. THE JUDICIAL LAW WITHIN TODAY'S STATUTORY LAW

But, our adversaries will interject, after the courts have subjected themselves to the reign of the statute, and after the modern state has entirely learned to exercise

its legislative tasks better, more independently, and more completely, is not now the position of the judiciary so completely changed that nothing remains of its former law creating mission? At least is not the judge reduced to the more modest task of merely logically subsuming the law?

It has to be plainly conceded that the original complete legal freedom of creating the law judicially has disappeared and will probably be gone for all foreseeable time.

The more decisively, sensibly, and carefully the legislature seeks to complete its task of ordering the law, the narrower have been the pathways for the judge when decreeing his legal rulings. Consequently, the legal order is more protected against individual judicial arbitrariness and desire for innovation in the law, more protected against insecurity and confusion. That is exactly the blessing which the statutory legal order (that was won while sacrificing the domestic law) brought us. This blessing is yet further enhanced since legislation now shows the only possible decision in advance for an infinitely huge number of cases. Thus, litigation is cut off in advance, and, at least in civil cases, the need for a judicial determination of the law does not arise.

But through this and because of it, the task for the judiciary itself to find and create the law is only limited, not eliminated. Within the limits of the statutes, there is still plenty of room for the judge to determine the law independently. This is a much ampler and freer leeway than someone may suspect who is not close to the inner workings of court life. Unless the freedom of judicial legal movement becomes suddenly clear to him when he himself gets involved in a lawsuit, he may find the rights that he was granted by one court were later taken away from him by a higher court for absolutely contrary legal reasons. This could even be based upon the same sections of the Code on which the judgment of the lower court was based. Thus, he may feel the brisk inclination to join those who want to affix to the law besides sword and scales also a third, a waxen symbol.

Even the most complete legislation is as yet unable to complete the legal order by itself. It cannot even draft the plan for such legal order completely in all details. The statute must leave many and important things up to the independent, and in the details more exact, more certain, work of legal order to the other institution of the law, the judicial office.

Since legislation has to provide for an uncertain future, the statute is a piece of worldly providence. It must come to know amply how limited, how weak, how deceptive, it is in itself.

Day after day, real life mocks legislative foresight. Its unlimited diversity teaches over and over again how presumptuous the hope would be that the legislator could anticipate everything the future will bring and force it into its rigid, dead rules.

Due to the millenia-old experience of the courts and the creation of judge-made law, the legislator is prepared for a large number of usual, typical cases. But not even

the most ample experience, not the greatest care, not the most animated imagination, is a match for the colorful game in which the free striving human will, the inventive sense of acquisition, the slyness of egoism and crime, in combination with contingencies beyond any human foresight to control, force the creation of the strangest and most intricate legal problems. The legislature could not think of these problems and thus could not desire a solution, much less could it have one ready.

How many new tasks to create the laws have appeared even in our days merely as a consequence of the astonishing completion of the means of transportation and communication, the most different and strange legal issues of the train, post, telegraph, and telephone traffic, about which there was nothing in the statute and about which there could be nothing! Some years went by before legislation was able to limp after this with new legal rules. In the meantime, however, these new forms of intercourse had already approached the courts in many, often the most difficult cases, with the pressing demand for an immediate decision, i.e., for the immediate order of judicial legal rulings. Taught by those, and thus prepared, the legislature could proceed to the promulgation of generally binding legal rules. Thus, even today, the judicial legal precept has to precede the legislative one and prepare the way for it.

But not only in light of such extraordinary and surprising changes in the ways of life can the inadequacy of the legislative ability to order the law be seen. It also becomes apparent in the most ordinary cases in any litigation in which the parties fight each other bona fide with opposing legal reasons. It can be seen with the greatest clarity when the legal evaluation of the findings of fact undergo changes by the judge from one court to the next. Each of these innumerable cases is a characteristic legal problem for which the appropriate legal rule is not yet ready at hand in the statutes, and, as experience has shown so painfully, also cannot be deduced from the statutory rules with the absolute certainty of a cogent logical conclusion.

Not only for the legislator, but also for the judge, there is missing a logical necessity of connection between facts and legal consequence. The legislator, however, cannot anticipate and think through for the judge all legal ideas because of the individual case's different factual elements join each other and entangle, oppose one another and cross. The statutes that depend upon the isolation of factual types cannot provide for these special connections, and, thus, also cannot be thought of with a legal rule which is directed towards them.

Even if the same persons who cooperated towards the promulgation of the relevant statute were appointed as judges for the individual case, they could not find the appropriate decision with absolute certainty. Approached individually, they would often reach different results, even if they had adopted the law unanimously.

And it would be a completely false hope if the legislature believed it could prevent the independence and the difficulties of the judicial finding of the law by

entering into individual and special situations itself as much as possible. The multi-volume, case-oriented codes proved themselves long ago to be the worst, most tangled, most confusing, and the most insufficient. If the legislator wanted to reach that goal, he had no other choice but to offer, upon request of the courts, to give them the appropriate decision from case to case. Thus, under the mask of the legislator, he would exercise the judicial office himself. This is also the desperate means of clarification that Justinian once announced in his jealous overestimation of the legislative power without realizing that he thus only admitted the inability of the legislation to regulate and order the law sufficiently.¹⁴

As a consequence of many sad experiences, the newer legislation has become more and more puzzled and alarmed at its omniscience and omnipower. It often and gladly abandons the wasted effort to master the fullness and diversity of real legal life. It has become an often-used and much-tested method of legislation to authorize the courts expressly to choose freely between several legal rules in many and important relations, to leave it up to the judges' legal insight and sense of justice. They may thus think of the legal consequences that best fit the particular facts of the case, pick them out, and determine them with binding force. In these numerous dispositive legal rules, the characteristic task of the judge to determine the law is recognized most openly and is called upon loudly for help by the legislature itself.

Next to this, however, there are numerous absolute, binding legal rules that leave no room for judicial discretion. Even in so far as such leeway is opened by dispositive legal rules, it remains surrounded by insurmountable statutory limits. Furthermore, there are many legal disputes whose facts do not contain particularly intricate circumstances, but which fall simply and completely under the rules of individual sections of the Code. In the area of such legal rules and cases at least, isn't the characteristic and independent finding of the law by the judge now completely abolished?

This has to be denied, too! Experience teaches that also in cases of that kind the individual power of the judge to determine the law is fully active.

The opportunity of this is presented particularly by the incompleteness, the insecurity, and the ambiguity that are often inherent in legal thought and legal will themselves.

Our statutes are not the uniform declarations of intent of individual persons! They are collective declarations; many and diverse human beings participated in their development. If we wanted to make a survey of all of them as to what "he," what this many-headed legislator actually thought and intended, we would find that some, as honest men, would be completely at a loss for an answer. They may not have thought anything at all about this legal rule, and maybe they were not even able

14. Bülow refers here to Justinian's prohibition of commentaries on his code. END OF DOCUMENT

to understand the legal draft which was full of legal terms, even if they really read it through. As for the rest, we would have to be ready for the possibility of various types of answers. How often appear openly opposing opinions of the jointly adopted statute in the legislative proceedings!

Under these circumstances, the unity of the legislative expression of intent is limited to the text. Under the deceptive veil of the same statutory text, there lies a multitude of legal opinions and directions of legal intent! The statute does not tell us which one of them is the right one. It is left up to the judge to make an inner unity out of this multitude or to choose that legal rule which to him appears as the one that is most correct on the average. And as dutifully and carefully as he uses all available sources of information, there is nevertheless no statutory order given to him, and there is no legal limit in this choice. Any result that he reaches is approved in advance by the state as the correct one and endowed with legal force!

It is possible that the result was not thought of by even one of the persons involved in the adoption of the law! What subtle and deep legal thoughts can be found in our Roman-law treatises and lectures with the assurance that they restore that which is already in Justinian's Code. The judges who judge according to these rules are convinced and have to be convinced that they decide according to Justinian's law. And yet, who would want to believe that Justinian and his assistants already had all this exquisite legal wisdom in their heads or had even a clue to the major part of these legal ideas? How would then the much desired and praised "newness" of a model legal opinion comport with its rightness when merely that which the legislator has already thought of would be right?

Certainly, the law is often shrewder than its drafter, the Code wiser than the legislature! With other, more moderate words, and probably also more on point, one often credits judges with a greater and better legal insight than the personnel of the legislature.

It is much more often than one might think that the legislator openly confers this trust on the judge. He himself refrains from his own opinion and interpretation of the statutory word and leaves it up to the judge to determine the true meaning and to announce that which he recognizes as right to the parties involved who cannot agree about the meaning of the statute as the final expression of the will of the state.

This regularly happens when the legislature adopts a traditional legal rule in the conventional formulation into its Code without determining its true importance, but only for the reasons that it has proven good so far; and thus, the hope is justified that it will prove right in the future. And is this not the manner in which every Code attains the adoption of entire large groups of legal rules and not exactly of the most unimportant or least successful? Did the drafters of the Justinian Codes, when they made the noble legal wisdom of the old times the law, take this

fully into their minds, into their legal thoughts and desires? Would they even have been able to do this during barely a three-year term for their work in tanta legum compositione quae ab immenso librorum numero collecta est? Can we not in our times also read in the motives of statutory drafts often enough that the true meaning of this or that traditional rule remains to be seen for the time being and that the determination shall be left up to the efforts of “science” which is often asked for help under such circumstances?

In this frequently used technique, the legislature, instead of coming up anew with a legal rule itself, instructs the persons appointed to apply the law to take the rule out of the legal past, most often out of antiquity, in which the legal structure was not cut in the chains of the statutory word, but was still left up to free configuration through the jurisdiction of the courts. Thus, the legislator, who allegedly terminated the judicial creation of the law, still seeks refuge in it. The judge is referred by statute to the judge in order to find out what the law is!

The independent power of the judiciary to determine the law is finally able to reach a breakthrough even in contradiction to the real, firmly determined meaning of the statute and in contradiction to the intent and hope of the legislature. This becomes possible due to the many difficulties that stand in the way of the correct comprehension of the statutory word.

The danger which threatens every attempt to express an idea through external means, the danger that it will not be brought to a complete and safely recognizable expression, also defeats legislative ideas even if they are most carefully and exactly put into words! It threatens them not only when the mute statutory word cannot adapt to the understanding of the single individual, but even more addresses uniformly millions of human beings, often over a long series of generations.

Thus, when it so often happens that judicial decrees are contrary to the true meaning and intent of the statute, it has to be suffered as an unavoidable fate, as a tribute that the legislators and judges make to the weakness of the human ability to communicate and comprehend. But neither this exculpatory thought, nor any juristic trick can let us glide over the exposed truth; all of the many deviations of the judicial decrees from the legislative regime are nevertheless confirmed by the power of the state. The state is compelled to put up with them and to give them the stamp of legal force. Even a judgment contradicting the law is binding. It is, like every judgment, a determination of the law that has its basis in the state, is approved by the state, and is provided by the state with its power of compulsion.

However, by this, nothing more is said than the judge is also empowered by the state to deal with such legal determinations that are not contained in the statutory law but are solely found by the judge, indeed invented by him, not selected and intended by the statute.

V. CLOSING CONSIDERATIONS

It has been shown how the alleged completeness, determinacy, solidity, and infallibility of the statutory law is managed. Everywhere, the legal-ordering power of the legislature strikes insurmountable barriers. In order to achieve its task, it depends constantly on the collaboration of the judiciary in order to fulfill the work of ordering the law. Statute and judicial office share the authoritative state task of creating and determining the law.

The fact that our science has still not wanted to acknowledge this truth can only be explained through a deeply rooted prejudice which the legal theory of our times has taken over and adhered to from the times of the most exaggerated statutory cults.

It is true that at the beginning of our century under the leadership of Savigny, the fight against the belief in the omnipotent power of legislation was taken up enthusiastically and carried out victoriously. With the irrebuttable proof that legislation is not the single dominant kind of legal construction, the historical school inaugurated its great successes. But despite all this animosity toward the traditional theory of legislation, we remained caught in an erroneous conception which has its origin in that theory, and we are still caught in it now. Today, it is still assumed as settled, indeed even taken as self-evident, that the non-statutory construction of law could take place only by creating generally valid abstract legal rule similar to the statutory ones.

Such statute-like determinations of the law, however, are impossible for the judge to make. His power of determining and ordering the law does not go beyond the individual legal relationship to be decided. But only the assumption that a legal order can be created solely by abstract generally binding legal commands can explain the fact that concrete judicial determinations should not have been allowed to be regarded as legal-ordering acts of state power. That assumption has been rebutted by the clearest testimonies of legal history. It has been caused by the analogy of statutory law; it has been furthered through the erroneous equating of the judicial decree with logical decision, and, in addition, through the fiction of the "truth of the judgment." Surely, a legal order that the state creates and maintains exclusively by individual judicial legal rules is a fairly incomplete one, exposed to many insecurities and fluctuations. But despite all defects, it is and remains a legal order, too. And even before the concrete judicial determinations of law finally came under the leadership and regulation of abstract statutory legal precepts, that happy trend to social accommodation, the power of habit, deeply rooted in human nature, had taken care that this judicial case-law reached a high degree of consistency. In addition, this was greatly increased by the fact that the judges, who were not yet governed and covered by the authority of the statutes, had to feel an urgency at that point to gain at least some firm grip on the law. They had to create that law on their own responsibility by taking into consideration the custom and practice of legal intercourse, even if only in the hope of thus obtaining the approval of their legal colleagues.

As the reception of the Roman law shows with particular clarity, our theory now took flight to this unimportant and purely factual (not legal) character of nonstatutory law in order to be able to find in that nonstatutory law, pursuant to that prejudice, the appearance also of abstract regulation. The incidental trait of approximate consistency was taken as its main trait, and in consequence its true character as judicial law was misunderstood. Thus, it happened that the judicial creation of law was so long hidden and covered under the false cloak of customary law which was tailored after the model of statutory law.

And so, it can also be explained why our legal theory could remain so little receptive to the appreciation of that nonstatutory law which still developed constantly in the midst of all the statutory law with vigorous, inexhaustible power. Today's judicial law was not willing to fit under the scheme of any abstract legal order, nor even to find a shelter in the amply prepared vestments of the customary law. To be sure, some scholars tried to make out of the material of the customary law a "law of jurists" or a "law of science." But these attempts also had to lead astray since they aimed solely at obtaining abstract, generally binding judicial legal order, and with good reason they have experienced the most decisive rejection. Thus, theory had no other way but to ignore the existence of judicial law--a strange example of the most rare, but nonetheless unconscious self-denial! A jurisprudence that does not want to know anything of judicial law denies itself its right to exist!

Whoever is able to break loose from that prejudice must be ready to give his conceptions of the basic foundation of the legal order a somewhat different direction that they had assumed on the basis of the theory of the necessity of abstract production of law.

It turns out that the statute is unable to create law directly. The statute is only a preparation, an attempt to effectuate a legal order. The statute contains only a directive as to how the legal order should be arranged. This directive is first of all aimed at the people involved, to those people with whose legal relations it deals. The more sensible, certain, and clear the statutory directive, and the abler and sounder the legal sense that fills the people, the more frequently the people involved will find the appropriate legal rules themselves and will obey them while living together in full agreement without the power of the state having to act. If this fails, however, then the judicial function has to be set in motion in order to proclaim the required legal ruling in the name of the state. In this connection, the judge has to stay within the legal limit drawn by the statute just as legislation is bound by the limits of the state constitution. But in neither of the two cases is the legal determination already directly given by the statute. It is found there first by the parties involved, here first by the judge. The statute shows to both only the path of correct law-finding.

Only after the abolition of that prejudice and only through clear recognition as to why the courts have an important part of the law-creating activity to the state power,

does the full significance, the high mission, of the judicial office come distinctly into the light. And so also does the significance of legal science which is the soul of the entire administration of justice.

Neither the insight nor the power of legislation comes close to real legal life. The abstract mute command of the statute cannot dominate the diverse, stormy movement of common human life. This it can only do together with the living power of a will that drastically intrudes directly into life. The legislature conceives the legal thought still unfinished. The parties involved, and, if they do not become unanimous, the judges think it to the end. In the statute, the will of the state power to order the law does not yet come to a conclusion; it only emerges completed in judicial rulings.

Thus, legal growth can do without the dead word of the statute so much more easily than the viva vox of the judicial office. For that reason, the state power was able to accomplish its job of ordering the law without legislation for so long. It has never been able to and will never be able to without the judiciary! For that reason, the rise of legislation has not been able to displace the power of the judiciary to create law, but that power has only been put under the guidance of legislation.

While the judge had to create his legal rulings in earlier times out of the free-flowing, yet often lazily marshy spring of the people's sense of justice, so now the source of his state-empowered law-finding is more firmly delimited, more clearly anticipated, more securely sheltered. Only out of this source, indicated and guarded by the statute, may he fetch the law.

But the statute itself is not the source! The legislator does not himself produce the legal substance. He only gives the order as to where it is to be found and how it is to be fashioned. The law does not lie on the surface, comfortably reachable by anybody: it is hidden in the totality of the life of the people and state, deeply entrenched in the past of the people -- of the peoples!

In order to get the law from there, it takes serious work, broad knowledge, and a sharp, educated spirit to fashion it according to the measure of the statute. It takes fine and delicate legal sense in order to strike the correct determination of the law within the statutory limits, and it takes firm will constantly directed towards the law to administer this responsibility-filled high office justly and impartially!

The law-creating insight and ability is gained through education in legal science. The just way of thinking is the achievement of moral character-building. Fortunate is the country whose judges have done entirely well with both! A people who cannot rely on the legal insight and justice of its judges is perished and lost despite the best statutes.

Not just the statute, but statute and judiciary create law for the people!

CAPÍTULO XXXII

O MANTO DIÁFANO DA PERSONALIDADE JUDICIÁRIA

*Paula Costa e Silva**

Sumário • 1. A homenagem – 2. Observações gerais – 3. Dr Jeckill e Mr. Hide: quem é quem e quem fica vinculado ao quê? – 4. O caso particular das sucursais, agências, filiais, delegações e representações – 5. A sanção da falta de personalidade judiciária das sucursais, agências, filiais, delegações e representações – 6. Balanço final.

1. A HOMENAGEM

1. Supomos não errar se dissermos que dois pressupostos processuais causam desconforto aos juristas nacionais: a personalidade judiciária e a competência, *maxi-me* a competência internacional. As razões do desconforto são diversas, num e noutro caso. No segundo, as dificuldades de aplicação coerente de um sistema em que as regras parecem não jogar adequadamente entre si. O primeiro, pelas repercussões da singularidade da concessão de personalidade judiciária a realidades destituídas de personalidade jurídica.

Da perspectiva do Homenageado, é fácil a escolha de um tema para uma intervenção que possa ser-lhe destinada. Contar-se-ão pelos dedos das mãos - e sobrarão dedos! - as áreas do Direito em que não escreveu, traçando sempre novos caminhos.

Mas, neste momento, quem escreve não é o Homenageado. E esta alteração de posições torna tremendamente difícil a minha tarefa.

Por diversas vezes, pude prestar serviço docente em disciplinas regidas na Faculdade de Direito pelo Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Tive a sorte de colaborar na disciplina de Teoria Geral do Direito Civil, matéria de base e de cúpula na aprendizagem do Direito. Entre os problemas que, então como agora, mas então não tanto como agora, se discutiam, encontrava-se a condição do nascituro. Com apoio numa interpretação literal do art. 66 do CC, já então em clara rota de colisão com o sistema penal, era possível negar-se qualquer protecção ao nascituro que implicasse a concessão de situações jurídicas activas uma vez que, dizia-se, se estava perante um ente destituído de personalidade jurídica. Com efeito, a natureza das coisas (tomada formalmente) impunha esta solução já que o nascituro, por definição, não tinha atingido as condições de que a lei fazia depender a aquisição de personalidade: o nascituro ainda não havia nascido! Tomada nesta acepção e com os desastrosos resultados que poderia legitimar, a personalidade tinha de ser globalmente

reponderada. Independentemente de a situação particular do nascituro se decidir, do nosso ponto de vista, não no plano da personalidade, mas no da capacidade de gozo, seria ele, com toda a carga ética que convoca, a mostrar-nos os perigos de um raciocínio categorial puro, levado às suas últimas consequências.

2. Os anos de convivência com o Professor Doutor Oliveira Ascensão ensinaram-me que nenhum dado de uma equação se pode tomar como adquirido quando se busca uma resposta. Mesmo as regras mais lineares e harmoniosas acabam por trazer consigo dificuldades não imediatamente imaginadas.

Colocada perante a vontade de homenagear alguém a quem cientificamente tanto devo, entendi que deveria ensaiar uma conjugação dos diversos ensinamentos que o Professor Doutor Oliveira Ascensão me transmitiu. Haveria que escolher um problema, para o qual existisse uma solução aparentemente pacífica, mas que nunca me deixara tranquila. Num pequeno ensaio, seria impossível optar pela matéria da personalidade jurídica, em geral. Decidi-me por uma das suas projecções: a da personalidade judiciária, nesta me interessando particularmente os casos em que o direito adjectivo, com estritos objectivos pragmáticos, prescinde da personalidade jurídica.

2. OBSERVAÇÕES GERAIS¹

3. O capítulo relativo às Partes abre, no nosso Código, com a matéria da personalidade judiciária. Apesar do desconforto que este pressuposto provoca, que se intui nas palavras de CASTRO MENDES [Direito processual civil, II, p. 36] e que se lê em ANSELMO DE CASTRO [Direito processual civil declaratório, II, p. 108], é-lhe normalmente conferida uma posição de parca proeminência se comparado com a competência ou com os demais pressupostos referentes às partes.

Afirmando que a personalidade judiciária consiste na susceptibilidade de se ser parte (cfr. art. 5/1), dispõe a lei, como regra fundamental, a coincidência entre a personalidade jurídica e a personalidade judiciária (cfr. art. 5/2). Compreende-se bem o fundamento da coincidência. Não entrando, aqui, na polémica que envolve a vinculação do legislador a dados pré-legais, a coincidência significa que aqueles que o Direito reconhece enquanto pessoas têm a susceptibilidade de serem partes.

Num passo que cria agudas dificuldades dogmáticas, a lei atribui personalidade judiciária a realidades que não têm personalidade jurídica. Se os objectivos pragmáticos das regras de concessão de personalidade judiciária a realidades que não são pessoas podem compreender-se e aceitar-se como imediatamente bons, deles resulta uma série de problemas que são desconhecidos dos sistemas que não operam semelhante atribuição.

1. Pertencem ao Código de Processo Civil actualmente em vigor as disposições citadas sem indicação de fonte. A jurisprudência indicada sem mais pode ser consultada no site www.dgsi.pt.

A concessão de personalidade judiciária a realidades destituídas de personalidade jurídica significa, em primeira linha, que a lei reconhece a susceptibilidade de terem o estatuto de partes realidades que são destituídas de personalidade jurídica. Se assim é, deverá aceitar-se que figurem como autor e/ou como réu realidades que, por não serem pessoas jurídicas, integram, de um ponto de vista do direito material, categoria diversa da das pessoas. Em alguns casos serão coisas (v.g., a herança ou os patrimónios equiparados, o navio), noutros serão meros suportes de exercício da actividade de pessoas colectivas destituídas de personalidade (as sucursais, as agências, as filiais, as delegações e as representações). O que vem a significar que, à luz do nosso sistema, podem ser referentes de situações jurídicas processuais, realidades diversas das pessoas.

4. Até aqui, os efeitos podem considerar-se de somenos. No entanto, há que projectá-los para a decisão de mérito e para a questão dos limites subjectivos do caso julgado. A personalidade judiciária não decorrente da personalidade jurídica implica a concessão do estatuto de parte a quem não é o titular das situações litigiosas. Cumprirá saber, em face da delimitação subjectiva do caso julgado, se essas não pessoas podem ser os referentes dos efeitos materiais da decisão. Realidades que não são pessoas jurídicas podem ser condenadas em pedidos ou deles serem absolvidas quando as situações litigiosas, por imposição do Direito material, pressupõem uma esfera jurídica enquanto suporte de imputação, esfera que estes entes não têm?

Por outro lado, ainda mais críticos são os casos em que as partes (ou uma delas) são (ou é) destituídas, para além de personalidade jurídica, ainda de personalidade judiciária. Nestas hipóteses, não é possível encontrar justificação pragmática (seja através do critério da imputação do acto, seja através do critério da autonomia ou diferenciação patrimonial) para a escolha de uma coisa enquanto referente dos efeitos da decisão. O regime que a lei manda aplicar é o seguinte: nos termos do art. 494/c), a falta de personalidade judiciária constitui uma excepção dilatória de conhecimento officioso (art. 495). Segundo o art. 288/1c), a falta de personalidade judiciária cria, para o julgador, o dever de abstenção de conhecimento do mérito e de absolvição do réu da instância.

Lembre-se que a falta de personalidade judiciária somente emerge ou quando a parte é destituída de personalidade jurídica ou quando, para além de ser destituída de personalidade jurídica, é ainda destituída de personalidade judiciária. O traço comum a todos os casos de falta de personalidade judiciária é o da falta de personalidade jurídica: demandou ou foi demandada uma coisa à qual nem mesmo o direito adjectivo concede personalidade judiciária, pensa-se que pela razão de não estarem verificadas as necessidades pragmáticas a que este tipo de personalidade responde.

5. Pergunta-se: é dogmaticamente aceitável que se absolva uma coisa da instância?

E, já antes disso, quando a parte seja destituída de personalidade jurídica, mas não de personalidade judiciária, é dogmaticamente explicável que uma coisa seja condenada ou absolvida de um pedido?

CASTRO MENDES, afirmando que o “regime legal que, aprofundado, mostra algumas dificuldades”, concluía que “a absolvição é antes uma absolvição de aparência de instância se a não-parte for autora) ou uma aparente absolvição da instância (se a não-parte for ré)” [Direito processual civil, II, 1987, p. 34]. Compreendem-se as dificuldades peculiares, envolvidas nas hipóteses em que a parte é destituída de personalidade. Mas não pode acompanhar-se o Autor quando se refere a uma *não-parte*. Com efeito, e uma vez que a personalidade é um pressuposto que adere à parte, sendo a parte formalmente definida [parte é aquela que demanda em nome próprio e aquela que é demandada em nome próprio], apesar de não ter personalidade, a parte e parte, sendo encabeçada no estatuto que este termo convoca. As dificuldades suscitadas pela personalidade judiciária enquanto reflexo da personalidade jurídica decorrem de ter de se aceitar a existência de um processo, mesmo que, numa situação extrema, nenhuma das partes tenha personalidade jurídica/judiciária. E é um facto que, uma vez proposta a acção, o exercício da função jurisdicional pelo tribunal, ainda que seja para o proferimento de uma decisão estritamente formal, é absolutamente legítimo.

Primeira observação: porquanto conseguimos apurar, a autonomização da personalidade judiciária face à capacidade judiciária é uma peculiaridade do nosso sistema jurídico. Da falta de consagração expressa de um pressuposto processual que respeite à personalidade não resulta que, em outros sistemas, se não levantem problemas que decorrem da constituição da instância entre realidades que não têm personalidade. No entanto, a solução que aí recebem não toma como ponto de referência o regime típico das condições de admissibilidade. A situação que mais se aproxima daquela que resulta, entre nós, da recondução da falta de personalidade a uma excepção dilatória ocorre, por exemplo, no sistema jurídico alemão a propósito de entidades às quais, não sendo reconhecida capacidade jurídica de gozo, é conferida capacidade de gozo judiciária passiva, nesta se incluindo a faculdade de dedução de reconvenção. E uma vez que essa capacidade se reconduz à admissibilidade da constituição destas entidades como partes, os problemas que aí avultam aproximam-se daqueles que temos de defrontar, mas sob o pressuposto da personalidade judiciária [sobre a constituição, como partes, de entidades destituídas de capacidade de gozo e seus reflexos, para o sistema jurídico alemão, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrechts*¹⁶, §43.II.5 a 7].

Entre nós, CASTRO MENDES, numa posição que veremos próxima daquela que é defendida na Alemanha por ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, afirmava que, quando a parte seja destituída de personalidade judiciária, “(f)alta a instância, embora haja uma aparência de instância, que chega para fundamentar os actos de processo que se pratiquem” [Direito processual civil, II, 1987, p. 18]. Numa posição que era

já defendida por ROSENBERG [Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts⁹, §40.V], entendem ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD que, verificando-se que afinal a parte não existe, tanto porque jamais teve existência jurídica, sendo mera criação do autor, ou porque, tendo-a tido, veio a perdê-la (por morte, nas pessoas singulares, por extinção, nas pessoas colectivas), deve a pretensão substantiva ser declarada inadmissível, terminando a acção com uma decisão processual/formal e sendo as custas suportadas pelo autor. Já a decisão de mérito que haja sido proferida a favor ou contra uma parte não existente é necessariamente destituída de efeitos [Zivilprozessrechts¹⁶, §41.V].

Segunda observação: a personalidade judiciária, enquanto pressuposto autónomo, é consagrada somente no CPC de 39. No Código de 1876, aspectos de regime que implicavam, umas vezes, questões de personalidade e outras de capacidade surgiam misturados (cfr. arts. 9, onde se dispunha que “(s)ó os que tiverem capacidade legal podem pessoalmente recorrer aos tribunais ou ser a elles chamados” e 11, § 2º, onde se lia que “(a)s succursais, agências ou estabelecimentos filiaes de qualquer banco, sociedade ou companhia serão representados pelos seus chefes na séde da respectiva administração.”). É no CPC de 39 que se passa a regular primeiro a matéria da personalidade e, só posteriormente, a matéria da capacidade.

Terceira observação. Ao explicar a personalidade judiciária escreve ALBERTO DOS REIS que a distinção entre a personalidade judiciária e a capacidade judiciária é “paralela à que o Código Civil estabelece entre a capacidade de direitos ou personalidade jurídica (...) e a capacidade do exercício de direitos” [Código de Processo Civil anotado, I, p. 26]. Recorde-se que ao tempo de redacção deste preceito vigorava o art. 1 do CC de 1876, nos termos do qual “(s)ó o homem é susceptível de direitos e obrigações. N’isto consiste a sua capacidade jurídica, ou a sua personalidade” [Sobre a indistinção entre a personalidade e a capacidade jurídicas e a evolução dos dois conceitos, MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil, I, Tomo III²⁰⁰⁴, ns. 96 e 97].

Quarta observação: no plano do discurso jurídico, a personificação judiciária de certas entidades provoca dificuldades. A análise de algumas decisões proferidas quando se discutem questões relacionadas, v.g., com o condomínio permite esta conclusão. Na solução do caso, o tribunal por vezes oscila entre a personalidade judiciária, a representação judiciária de entidades sem personalidade jurídica e a legitimidade [a título exemplificativo, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Março de 2006 (URBANO DIAS) onde se conclui, a nosso ver, de modo absolutamente adequado que não é possível a sanção da falta de personalidade judiciária de sociedade dissolvida; no entanto, o fundamento a que o tribunal recorre para esta impossibilidade é o art. 23, relativo à representação/capacidade judiciária; ainda acórdão do mesmo tribunal, de 17 de Junho de 1986 (LIMA CLUNY), onde se afirma que determinado estabelecimento de ensino particular, tendo o estatuto de fundação, havia adquirido personalidade e capacidade judiciária ao abrigo dos arts. 5 e 6; cfr., ainda, acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de Setembro de 2001,

onde se lê que cabendo a representação do Município ao Presidente da Câmara Municipal, é neste que devem radicar-se a personalidade e a capacidade judiciárias].

Quinta observação: vem-se verificando uma certa indiferença ao trecho final do art. 6/a). Assim se verificou no recente acórdão do Supremo, de 6 de Março de 2003 (OLIVEIRA ROCHA). Discutia-se a personificação judiciária de um fundo de investimento. O Supremo conclui que este tem personalidade judiciária porque é um património autónomo. No entanto, a lei não elege exclusivamente o critério da autonomia patrimonial como índice de personificação. Exige mais: exige que, para além de ser constituído como património autónomo, este património não tenha titulares determinados. Se os tiver e apesar da sua autonomia, não goza o património de personalidade judiciária. Assim sucede, v.g., com o EIRL. Não obstante ser constituído como um património autónomo, o seu titular está necessariamente identificado. Se assim é, parte em acção relativa a situações jurídicas respeitantes ao estabelecimento (e não do estabelecimento) é o seu titular, não o EIRL. Esta observação corresponde aos dados do sistema. Na al. a) do art. 6 lê-se que é concedida personalidade judiciária à herança jacente e aos patrimónios autónomos semelhante *cujo titular não estiver determinado*. Ora, é exactamente este trecho final do art. 6/a) que permite a equiparação da herança jacente (aquela que, já aberta, ainda não foi aceite pelo que não tem titulares determinados) e os demais patrimónios. E é a ausência de identificação dos titulares de um património que explica a solução, estritamente pragmática, de não bloquear quer o exercício por, quer o exercício contra esses mesmos patrimónios. Tendencialmente, um dia, terão um titular. Mas, enquanto o não tiverem, não ficam impossibilitados de demandar e de serem demandados.

Sexta observação: o que acaba de ser dito não significa que o art. 6/a) não possa ser interpretado no sentido em que, não obstante a determinação ou determinabilidade dos titulares do património autónomo seja razoável atribuir personalidade judiciária a este património. Pode ter sido esta a razão implícita para a posição do Supremo, assumida no acórdão já referido de 6 de Março. O fundo não é um património sem titular. Nem é um património que se não sabe a quem pertence: pertence, em regime de propriedade de mão comum, ao colectivo dos titulares de unidades de participação. Esta colocação retira o fundo, enquanto património autónomo, do campo do art. 6/a): apesar de estarmos perante um património autónomo, o seu titular está determinado. Desta conclusão não deve, porém, imediatamente inferir-se que, em casos análogos ao do fundo, não deva o património ser judiciariamente personificado. E, mais uma vez, esta personificação é justificada por razões de ordem pragmática: perante a operosidade de uma acção que tivesse todos os titulares do património como autores ou que fosse instaurada contra todos os titulares do fundo, o direito intervém, criando um esquema de simplificação. Esta, tal como sucede com a acção colectiva que permite evitar coligações com uma pluralidade quase inoportável de compartes, pode residir na personificação judiciária do património autónomo, *rectius*, do fundo. No final, a decisão do Supremo Tribunal é boa; talvez implicasse um maior esforço argumentativo.

3. DR JECKILL E MR. HIDE: QUEM É QUEM E QUEM FICA VINCULADO AO QUÊ?

6. Os objectivos que presidem à concessão de personalidade judiciária a realidades que não integram a categoria das pessoas jurídicas são claramente pragmáticos [ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil anotado, I, p. 26: “Para levar mais longe a facilidade de movimentos, a lei permite que as sucursais (...), posto que não tenham personalidade jurídica, demandem e sejam demandadas; quer dizer, atribui personalidade judiciária às sucursais e outras delegações da administração central, a fim de se realizar mais completamente o objectivo a que obedece a criação de tais órgãos.”]. A questão que avulta em torno de partes, que não são pessoas jurídicas, foi já apontado: elas serão os referentes, não apenas de todas as situações jurídicas processuais, mas dos efeitos materiais da decisão. Por outro lado, e quanto às partes que sejam simultaneamente destituídas de personalidade jurídica e de personalidade judiciária, a dificuldade reside no facto de se admitir serem elas o referente dos efeitos de uma decisão ainda que formal.

Que saída pode existir para esta contradição, traduzida na imputação de situações jurídicas materiais e/ou processuais a quem não tem personalidade jurídica, ou seja, a quem não tem a susceptibilidade de ser delas titular?

O problema implicado nesta questão não é particular do domínio das normas processuais; há muito que é conhecido no campo do direito substantivo, bastando recordar as figuras da sociedade civil, das associações sem personalidade jurídica, do navio, dos animais. Como se sai dele? Através da aceitação de que, afinal, é possível a imputação de situações jurídicas, prescindindo da personalidade jurídica. Supomos que, em parte das hipóteses em que a lei reconhece personalidade judiciária a entes destituídos de personalidade jurídica plena, a resposta passa pela aceitação da figura da personalidade rudimentar, à qual há que recorrer para compatibilizar o estatuto de alguns entes não personificados com os regimes legais para eles traçados. Assim sucede, seguramente, com a sociedade civil se se entender que esta não tem personalidade jurídica e, ainda, com as associações e comissões destituídas de personalidade, com o condomínio, as sucursais, agências, filiais, delegações e representações. Todas estas entidades têm uma organização mais ou menos sofisticada, evitando a respectiva personificação judiciária, nuns casos, a constituição como parte na demanda de uma pluralidade mais ou menos extensa de pessoas singulares (casos da sociedade e do condomínio) e noutros, a constituição como parte da própria pessoa colectiva.

Noutras hipóteses, falha a possibilidade de recurso à personalidade rudimentar, apoiada numa estruturação mais ou menos sofisticada de uma organização, para explicar a personalidade judiciária. Nestas, a personificação judiciária é o expediente técnico que permite o exercício de situações jurídicas que, sem esse instrumento, estariam paralisadas. Assim sucede no caso da herança jacente ou de outros patrimónios autónomos, cujo titular (ou titulares) não esteja(m) determinado(s).

7. Os problemas adensam-se, porém, no domínio processual uma vez que, se num primeiro plano, se imputam situações estritamente adjectivas à entidade destituída de personalidade jurídica, num segundo momento haverá que determinar a quem vêm a ser imputados os efeitos da decisão. E esta pergunta traz consigo outra mole de questões.

Na verdade, se os efeitos materiais se disserem imputados à entidade destituída de personalidade, pergunta-se como pode ela ser o referente desses efeitos. Pergunta-se: como pode, *v.g.*, uma sucursal ser o referente dos efeitos de uma decisão de condenação no pagamento de uma determinada quantia? Esta pergunta atinge maior acuidade quando se pensa que a sucursal pode, inclusivamente, ser parte em processos em que se discutem situações que não procedem, sequer, de factos por elas praticados. Ao conceder personalidade judiciária à entidade que não tem personalidade jurídica, a lei parece despreocupar-se com o seu reflexo, ou seja, com a posição da pessoa jurídica, em cuja esfera acabarão por repercutir-se os efeitos da decisão e que não foi parte na acção. Começam a avolumar-se as dúvidas quanto a uma solução que permite a vinculação de um terceiro (por referência à parte processual) aos efeitos de uma decisão, obtida no confronto de uma parte que, no plano substantivo, dela não tem autonomia. A pessoa jurídica, sendo uma não-parte processual, é a parte em sentido material. Quem exerce as diversas situações processuais, que vão concorrer para a conformação da decisão de mérito, não é a pessoa colectiva: poderá dizer-se que está assegurado, neste caso, o princípio do processo equitativo?

8. Tomando posição nesta questão, ANSELMO DE CASTRO [Direito processual civil declaratório, II, p. 108-109] diria que “(p)arece indiscutível que os efeitos da acção se produzem directamente sobre, *v.g.*, a sociedade na acção da sucursal ou contra a sucursal (...), sobre a herança, ou melhor, sobre os futuros titulares dela que venham a determinar-se, nas acções de ou contra a herança de titular ainda não determinado, etc.. Quer dizer, partes na causa verdadeiramente são a sociedade, a herança (os herdeiros), a sociedade civil, etc., e não a sucursal, o administrador do património autónomo cujo titular não está identificado, etc., que são simples parte formal, ou meros representantes legais. Quando muito, a sua posição será a de um substituto processual. Na verdade, não pode admitir-se que os efeitos da acção ou da sentença se restrinjam, *v.g.*, à sucursal ou aos bens que estejam afectos à sua esfera de acção, que aliás não constituem património próprio, e não atinjam a própria sociedade.”

Se o fundamento da vinculação do ente com personalidade jurídica, que não foi parte na acção, aos efeitos da decisão proferida no confronto da parte meramente judiciária se pode localizar, de acordo com o pensamento de ANSELMO DE CASTRO, numa pluralidade de figuras (desde a representação à substituição, passando por uma funcionalização clara do conceito de parte na aplicação das regras adjectivas, numa posição que é defendida, na Alemanha, por WOLFRAM HENCKEL e que acolhemos quando ensaiámos a explicação dogmática do conceito de substituição processual,

com a inerente vinculação do substituído aos efeitos da decisão proferida em acção que teve o substituto como parte em *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*), interessa-nos, agora, sublinhar aquela que é a ideia fulcral da construção deste Autor. Segundo ANSELMO DE CASTRO, se a acção é proposta por ou contra uma parte com personalidade judiciária mas destituída de personalidade jurídica, os seus efeitos materiais atingem directamente a parte material e não a parte judiciária que, ainda segundo o Autor, é parte meramente formal. Neste sentido e não obstante o debate em torno da personificação judiciária das Câmaras Municipais [por último e com indicações jurisprudenciais, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Maio de 2002 (NEVES RIBEIRO)], vêm entendendo os tribunais superiores que a repercussão dos efeitos das decisões por elas obtidas na esfera dos Municípios [cfr. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Outubro de 1991, com mais indicações; de 4 de Maio de 2000 (DUARTE SOARES)].

9. A dicotomia entre a parte judiciária formal e a parte pessoa jurídica material é plena de consequências, surgindo, de imediato, as que respeitam à execução. Se a parte da acção declarativa é destituída de personalidade judiciária mas se a decisão é proferida no seu confronto, quem deve ser a parte na execução? A parte judiciária formal ou a parte judiciária material?

Nada se dispondo, em particular, quanto à personificação das entidades enumeradas nos arts. 6 e 7 do CPC na acção executiva, toma-se, regra geral, como a esta aplicáveis as disposições claramente pensadas para a acção declarativa. Deixar-se de fora desta análise os casos em que o título não é judicial [cfr., exemplificativamente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Setembro de 2001 (OLIVEIRA BARROS), onde se admite a propositura da acção executiva pelos herdeiros entretanto determinados da herança do tomador]. Estes poderão interessar quando se aprofunda a aplicabilidade directa, à execução de títulos extrajudiciais, das regras vigentes em matéria de personalidade judiciária. Ficarão igualmente de fora os casos em que, sendo o título obtido no confronto de pessoa jurídica estrangeira se pergunta se, v.g., a sucursal, localizada em Portugal, pode ser constituída como parte.

Esta questão merece uma resposta intuitivamente negativa mas por uma razão estranha à personalidade judiciária. Com efeito, negar-se-á, de imediato, a possibilidade de constituição da sucursal como parte na medida em que não é ela quem figura no título como credora ou devedora. Mas veja-se que se responde já com base num pressuposto diverso da personalidade judiciária, a saber, com fundamento no regime peculiar de legitimidade estritamente formal, vigente na acção executiva.

Não obstante a distinção entre os dois pressupostos – personalidade judiciária e legitimidade -, certo é que, entre eles, se verifica uma relação de implicância inversa. Se é verdade que a parte só pode ser legítima se, antes disso, se puder constituir como parte, ou seja, se antes disso se concluir que ela tem personalidade judiciária,

verdade é, também, que quando a lei atribui legitimidade processual a uma entidade destituída de personalidade jurídica para accionar determinadas situações jurídicas, esta legitimidade implica a sua possibilidade de efectivamente as accionar. Ora, se a sua constituição como parte não for admitida, a sua legitimidade não tem projecção. Isto mesmo resulta, com toda a evidência, do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Janeiro de 2004 (SILVA SALAZAR), onde se lê que a “legitimidade (...) obviamente pressupõe o reconhecimento de personalidade judiciária activa, sem a qual, não podendo o autor ser parte, a concessão de legitimidade seria pura inutilidade sem sentido.” [Quanto à necessidade de reconhecimento de personalidade judiciária a uma entidade a que a lei reconhece capacidade judiciária uma vez que esta não se concebe sem aquela, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1982 (AMARAL AGUIAR)].

10. Centremo-nos, então, na hipótese mais simples, ou seja, nos casos em que o título é uma sentença condenatória e a parte na acção declarativa é destituída de personalidade jurídica, beneficiando de uma concessão de personalidade judiciária.

Quem são as partes na execução?

Atendendo à distinção que ANSELMO DE CASTRO traçava, ao analisar o pressuposto da personalidade judiciária na acção declarativa, entre a parte formal e a parte material e à conclusão que dela extraía – a necessidade de considerar que os efeitos dos actos praticados pela parte formal se repercutiam directamente na esfera da parte material – era óbvia a necessidade de conhecer a posição deste Autor em sede de execução. Porém, ao descrever os pressupostos processuais relativos às partes, começa, logo, pela legitimidade, não fazendo referências à personalidade judiciária (e à capacidade). Teria este Autor imposto que, sendo a parte material a pessoa jurídica e não a pessoa judiciária, que fosse aquela e não esta a parte na execução? Teria interpretado os termos *credor* e *devedor*, constantes do art. 55, em termos materiais, não com o sentido de serem efectivamente sujeitos das posições jurídicas implicadas pelo dever de prestar, mas no de serem os referentes dos efeitos materiais da decisão condenatória?

Sobre questão análoga àquela que nos ocupa pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 23 de Março de 1994 (MIRANDA GUSMÃO). No caso decidido pelo Supremo, determinada sociedade requerera, em acção declarativa, a condenação do Colectivo dos Trabalhadores da Empresa da então autora a indemnizá-la pelos lucros cessantes e pelos danos emergentes, ocorridos durante o período em que a empresa se encontrara em autogestão. O pedido foi julgado procedente e o Colectivo de Trabalhadores foi condenado. Com base nesta sentença, a sociedade instaurou acção executiva contra alguns dos que haviam sido trabalhadores da empresa durante o período da autogestão. A execução foi liminarmente indeferida com fundamento em ilegitimidade passiva: entendeu a primeira instância que a execução deveria ser instaurada contra aquele que no título ocupava a posição de devedor, a

saber, o Colectivo dos Trabalhadores. A exequente interpôs recurso para a Relação, sendo este julgado improcedente. Interposto recurso para o Supremo, concluiu o Tribunal que a execução deveria ser instaurada contra aquele que no título figurava como devedor, ou seja, contra o Colectivo dos Trabalhadores da empresa, sendo os trabalhadores partes ilegítimas.

Apesar de as dúvidas terem gravitado em torno da legitimidade, certo é que o Supremo não desconsiderou a personalidade estritamente judiciária do Colectivo dos Trabalhadores, permitindo que a execução fosse instaurada contra diversas pessoas jurídicas que, no pensamento de ANSELMO DE CASTRO, seriam os referentes necessários dos efeitos materiais da decisão.

Situação curiosa foi decidida pelo Tribunal da Relação do Porto. No caso decidendo, estava-se perante execução de sentença condenatória de um Município. Sendo este constituído executado, os embargos foram deduzidos pela Câmara Municipal respectiva. Ao invés de serem deduzidos pelo executado, os embargos foram deduzidos por um órgão do executado. Nesta sequência, os exequentes/embargados, deduziram a excepção de ilegitimidade do embargante. Esta, na sequência da contestação, requereu a intervenção principal do Município. Apoiando-se em diversas decisões do Supremo Tribunal Administrativo, concluiu a Relação que não haveria que requerer a intervenção principal do Município, mas que proceder a uma mera rectificação da petição de embargos, de modo a que desta figurasse, como autor, o Município e não a Câmara Municipal. Já antes, e através de acórdão de 4 de Maio de 2000 (DUARTE SOARES), o Supremo Tribunal de Justiça havia decidido que sendo a Câmara Municipal destituída de personalidade jurídica e de personalidade judiciária, não poderia ser demandada como parte mas estar na acção somente enquanto representante do Município. Sendo demandada a Câmara, haveria que entender-se que fora demandado o Município. Em idêntico sentido, pode, também, confrontar-se o acórdão do Supremo de 2 de Maio de 2002, nos termos do qual deve entender-se como mero lapso de identificação e não como questão eventualmente atinente à falta de personalidade judiciária da ré a circunstância de o autor ter dirigido a acção contra a Câmara Municipal e não contra o Município.

11. O que pensar quanto à vinculação aos efeitos da decisão? Pode afirmar-se que a parte vinculada é a parte processual, destituída de personalidade judiciária? Ou ficará vinculada a pessoa jurídica que não foi parte no processo?

Curiosamente, não uma mas duas respostas parecem intuitivamente correctas.

Por um lado, se observada a questão do ponto de vista substantivo, dir-se-ia que vinculada aos efeitos materiais da decisão apenas poderia ser a pessoa jurídica. Com efeito, se a parte processual é destituída de personalidade jurídica, a situação jurídica objecto do procedimento não é sua. Mas, da perspectiva do direito substantivo, também não é de terceiro, sendo que, da óptica do direito processual, aparentemente o é.

Por outro, se o problema for visto da perspectiva processual, dir-se-ia que apenas a parte processual fica vinculada aos efeitos da decisão, conclusão decorrente do art. 672. Isto porque se é a parte que delimita os efeitos do caso julgado, se parte é a entidade destituída de personalidade judiciária, apesar desta circunstância, ela ficaria vinculada à decisão.

12. A força persuasiva de um argumento literal extraído do art. 672 pode ser ultrapassada. E deverá sê-lo na resolução do nosso problema uma vez que esta regra deve ser conjugada com uma pluralidade de outras mais.

Enunciemos aquela que nos parece ser a boa solução: a parte vinculada aos efeitos da decisão não é a parte processual, pessoa meramente judiciária, mas a pessoa jurídica, que não é parte processual. Dir-se-á que esta solução atenta contra a regra geral de não vinculação de terceiros ao caso julgado. Sim e duplamente não.

Sim se se entender que a parte judiciária se distingue da pessoa jurídica que não foi parte. Se esta distinção se pode operar num plano estritamente adjectivo, ela não é sustentável no plano material, aquele em que se produzem os efeitos igualmente materiais da decisão. Por esta razão, o sim já se aproxima de um sim muito interrogado ou mesmo de um não.

Mas ainda não por uma outra ordem de razões.

Em primeiro lugar, não pode impressionar-nos imediatamente uma qualquer resposta que tenha como efeito o da vinculação de um terceiro - por referência à instância - aos efeitos da decisão. Se a regra geral é a de que só a parte processual fica vinculada aos efeitos do caso julgado material, também regra geral a legitimidade é uma legitimidade directa. Exactamente para impedir que terceiros não legitimados extraordinariamente possam provocar decisões que vinculem aquele que não pode postular, logo, que não pode influenciar o sentido da decisão através da sua conduta processual. Mas se esta é a regra, inúmeras são as excepções que comporta. E comporta-as exactamente nos casos em que a um terceiro - por referência à situação material controvertida - é conferida legitimidade para actuar uma situação jurídica alheia.

Ora, supomos ser esta a hipótese que encontramos quando há dissociação entre a parte processual, à qual é conferida personalidade judiciária, e a parte material, que não actua no processo.

Comecemos por perguntar em que situação se encontra a litigar a parte processual, que é destituída de personalidade judiciária. Ela actua processualmente em nome próprio, sendo, assim, parte. Por outro lado, ela actua por uma situação jurídica que é alheia já que, ela própria, é destituída de personalidade jurídica. A lei confere-lhe, não apenas personalidade judiciária, mas legitimidade (extraordinária e indirecta) para litigar por situação jurídica alheia. Se as afirmações antecedentes corresponderem aos dados do sistema, então a parte judiciária actua enquanto substituto

processual. E actua em substituição da pessoa jurídica que, em concreto, não é parte no processo. A aceitação desta legitimidade extraordinária e indirecta é o corolário da personificação judiciária.

Mas a legitimidade, directa ou indirecta, não é um pressuposto sem função. Mesmo que aferido formalmente, ele pressupõe uma ligação privilegiada entre a parte e o objecto do processo, destinada a assegurar que a decisão produza, no plano substantivo, um efeito útil. Por isso se entende que a concessão de legitimidade indirecta pressupõe a vinculação da parte material aos efeitos da decisão proferida no confronto da parte estritamente formal. Se assim não fosse, aquele que litiga no confronto de uma parte formal jamais conseguiria impor a decisão à parte que é o verdadeiro referente dos efeitos materiais da sentença, a saber, a parte material. Nesta linha se afirma que a substituição processual é a situação em que alguém, o substituto, litiga em nome próprio por direito alheio, ou seja, por direito do substituído, com vinculação necessária desta parte - apenas material e não processual - aos efeitos da decisão proferida no confronto da parte processual.

Tudo isto pode parecer estranho quando se pensa que um terceiro, o substituído, é vinculado aos efeitos de uma decisão, que não pôde influenciar com a sua conduta processual. Paira no ar o espectro das garantias fundamentais do processo. Mas as posições jurídicas não podem – ou não devem - ser absolutizadas. Há em todas as hipóteses de substituição processual que, até ao início deste trabalho, havíamos identificado, razões que justificam a concessão de uma legitimidade extraordinária ao substituto com a necessária vinculação do terceiro substituído ao caso julgado. O ponto do sistema com o qual mais detidamente nos tínhamos confrontado respeita aos casos cobertos pelo art. 271. Aí, e de modo abreviado, a legitimidade extraordinária é crucial para impedir uma manipulação da instância através da criação de situações de ilegitimidade superveniente, com a consequente produção de decisões de absolvição da instância. A posição do substituído não deve ser absolutizada; ela deve ser aquilatada com a posição da contraparte na acção.

13. Em matéria de substituição, havia ainda mais um mecanismo que permitia salvaguardar a posição do substituído. Ora, será neste ponto que vamos encontrar algumas dificuldades específicas no caso que agora nos ocupa. Referimo-nos directamente à faculdade de habilitação, de que goza o substituído e, em situação próxima, a faculdade de auto-exclusão em processos para tutela de interesses difusos ou de interesses colectivos, submetidos a um regime artificialmente único. A habilitação permite que a parte material assuma a posição de parte processual, restabelecendo-se a coincidência entre aquele que litiga (e que é o sujeito das situações processuais que lhe permitem influenciar o sentido da decisão) e aquele que é o referente dos efeitos materiais da sentença. De outro lado, o direito de auto-exclusão permite que aquele que é substituído na acção popular se exclua dos efeitos do caso julgado.

Se é possível a habilitação da parte material em casos de dissociação entre a personalidade jurídica e a personalidade judiciária – por exemplo, nos casos de determinação superveniente dos titulares da herança ou de outro património autónomo de titular não identificado -, esse incidente, que provoca uma modificação subjectiva da instância, não está desenhado para a maioria das hipóteses em que a lei atribui personalidade judiciária a entes destituídos de personalidade jurídica. O que vem a significar que o substituído, ou seja, a parte material que é a pessoa jurídica, em cuja esfera se vão repercutir os efeitos da decisão, não pode assumir a posição de parte processual. Esta circunstância pode não surgir como gravosa se a parte destituída de personalidade jurídica assumir a posição de autora na acção. Neste caso, pressupõe-se a escolha da parte pela pessoa jurídica. Exemplificando, é a pessoa colectiva quem decidirá se se constitui como autora ou se atribui essa qualidade a uma sua sucursal.

14. Mas será comportável a vinculação da parte material, que se vê impedida de se habilitar, na situação inversa? Será admissível a vinculação da sociedade quando o autor decidiu demandar uma sucursal daquela?

A dúvida pode receber respostas em diversos planos.

Numa primeira impressão, a vinculação da sociedade parece afrontar o princípio do devido processo legal. Se ela não foi nem pôde ser parte, não pôde influenciar, com a sua actuação, o devir do procedimento.

Num mesmo nível argumentativo, dir-se-ia, em contrário, que a impossibilidade de habilitação não afronta o direito de defesa porquanto, afinal, a pessoa jurídica de que se fala é sempre a mesma: a sociedade.

Supomos que há que ponderar alguns dados antes de uma tomada de posição.

Primeiro aspecto: a lei nem impõe a constituição da sucursal, agência, filial, delegação ou representação como parte activa ou passiva nos casos em que lhe atribui personalidade judiciária, nem, inversamente, proíbe a constituição da pessoa colectiva como parte nestas situações. Este ponto é da maior relevância uma vez que a opção (e não a imposição) significa que a parte tem uma faculdade alternativa na conformação subjectiva da instância. Quer sendo a pessoa colectiva/sucursal, agência, filial delegação ou representação a exercer esta opção, quer seja a contraparte.

Se mesmo no campo processual (já que, no plano substantivo, a personalidade judiciária, instrumental à prossecução de objectivos de ordem pragmática, não surge como a interposição de uma nova entidade) existe uma faculdade alternativa de conformação subjectiva da instância, isto significa que tanto pode ser parte na acção a pessoa colectiva, quanto a sucursal, agência, filial, delegação ou representação. Esta conformação alternativa da parte (activa ou passiva) verifica-se tanto nas situações previstas no n. 1, quanto naquelas a que se refere o n. 2. Sucede, porém, que, de um ponto de vista da proximidade da pessoa meramente judiciária aos factos há uma diferença assinalável: se, nos casos que se reconduzem ao n. 1 e não obstante

a imputação dos efeitos dos seus actos à pessoa colectiva, ela esteve directamente envolvida na situação litigiosa, nas hipóteses cobertas pelo n. 2, ela não tem qualquer ligação a esses factos. Trata-se, aqui, de uma concessão de personalidade que não pode ser justificada por razões de mais eficaz exercício do direito de acção atendendo ao autor material dos factos que fundamentam a acção. Se assim é, quando a lei atribui à parte contrária a faculdade alternativa de demandar, por factos praticados pela pessoa colectiva, tanto esta quanto a sucursal, agência, filial, delegação ou representação, na ponderação dos interesses da parte e da pessoa colectiva, é dada prevalência clara aos interesses daquela.

15. O que está, agora, em causa é determinar se essa prevalência deve ser absoluta ou se, ao invés, tem ainda a pessoa colectiva algum meio de intervir directamente na acção. Como acima se disse, a situação não é crítica, do ponto de vista desta última, se a faculdade alternativa de conformação subjectiva da instância está na sua disponibilidade. O problema só avulta quando é a contraparte a escolher. Se ela escolhe a sucursal, a agência, a filial, a delegação ou a representação nada pode a pessoa colectiva fazer de modo a ter a direcção efectiva do processo?

Os nossos tribunais afastaram - e pensamos que bem - a possibilidade de a pessoa colectiva se constituir como parte principal em posição litisconsorcial com a sua sucursal, agência, filial, delegação ou representação [ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht 16, § 43.II.5, admitindo a intervenção principal ou acessória dos associados em acção instaurada contra a associação destituída de capacidade de gozo]. Afinal, a pessoa colectiva não tem um interesse igual ao da ré; o seu interesse é o interesse da ré que, por razões pragmáticas, é uma pessoa meramente judiciária. E também por esta mesma razão - e ainda por maioria de razão - não podem a pessoa colectiva e a sucursal, agência, filial, delegação ou representação litigar como compartes coligadas.

Mas o que se pergunta é se a pessoa colectiva não poderá ser admitida a deduzir incidente de habilitação, fazendo cessar a situação de substituição processual. Afinal, são os seus interesses que estão em jogo, não os interesses da sucursal, agência, filial, delegação ou representação. Não obstante a substituição existir em casos em que ela é contrária aos interesses do substituído, sendo unicamente justificada por interesses da contraparte, como sucede nas hipóteses previstas no art. 271, ainda assim o substituído é admitido a habilitar-se. E a habilitação só é indeferida se a contraparte alegar (e, diríamos, demonstrar) que a transmissão só foi feita para tornar a sua posição no processo mais difícil (cfr. art. 376/1a)).

16. Contra a admissibilidade da habilitação da pessoa colectiva poderá dizer-se que ela é operativamente inútil. Com efeito, se é certo que, em concreto, a pessoa colectiva não age directamente no processo, actuando através de uma estrutura, certo é, também, que esta está sob seu controlo directo. A pessoa colectiva está dotada dos meios que lhe permitem determinar o sentido da actuação da sucursal no processo:

esta receberá instruções que lhe são dadas pelos órgãos competentes da sociedade. Se, no plano formal, a parte é a sucursal, no plano substancial a sua actuação não é determinada por uma vontade própria. Quer isto dizer que os resultados obtidos no processo, em tese, não se podem pensar diversos daqueles que se obteriam caso actuasse como parte a sociedade e não uma sua estrutura.

Por outro lado, dir-se-á que as estruturas que dependem da pessoa colectiva estão na sua esfera de risco. É ela quem beneficia das vantagens de uma estrutura diversificada pelo que é ela quem deve sofrer os efeitos negativos dessa sua forma de organização.

Estas duas linhas de força, que se movimentam num plano substancial, apontam uma solução: a circunstância de a sociedade não se poder habilitar no processo não consubstancia uma violação do princípio do devido processo legal. Se, no plano da realidade, alguma daquelas premissas falhar – se a sucursal actuar contra as instruções recebidas – a questão deve ser resolvida no plano puramente interno das relações entre a pessoa colectiva e as suas estruturas de actuação. Porque, objectivamente, a pessoa colectiva não pode ser prejudicada através do comportamento processual da sua sucursal, agência, filial, delegação ou representação, já que é ela quem dirige, no plano das relações internas, a actuação destas no processo, nenhuma razão justifica a sua habilitação.

17. Apesar de se ter atingido uma resposta possível, diremos que ainda há mais dados que devem ser ponderados.

Se, de um ponto de vista abstracto, a pessoa judiciária deve agir segundo as instruções recebidas da pessoa jurídica, certo é que, na prática, pode assim não suceder. E quanto mais complexa e ampla for a estrutura da pessoa jurídica, mais difícil se torna, para esta, comandar à distância a intervenção processual das suas sucursais, agências, filiais, delegações ou representações. Se é certo que é ela quem beneficia das vantagens desta forma de organização, devendo sujeitar-se aos inconvenientes dela decorrentes, cumpre perguntar se é exigível que se submeta aos efeitos de um caso julgado obtido através da intervenção da pessoa estritamente judiciária – fenómeno tão peculiar do sistema jurídico português - sem possibilidade da sua habilitação. É evidente – ou assim nos parece – que o sistema não dá resposta directa a esta interrogação, talvez por os reflexos dos arts. 6 e 7 não terem sido equacionados globalmente. Por esta razão a solução deverá resultar de uma ponderação dos diferentes interesses em presença.

Supõe-se que quando a contraparte demanda a pessoa judiciária o faz porque lhe é mais fácil litigar com ela do que com a pessoa jurídica. Mas, para que esta facilidade possa ser factor de ponderação na resolução jurídica da equação, ela deve fundar-se em razões que possam admitir-se como juridicamente boas quando se pensa no exercício do direito de acção.

Já acima referimos qual a grande vantagem de a contraparte litigar contra a pessoa judiciária e não contra a pessoa jurídica nos casos referidos pelo n. 2 do art. 7: a anulação de factores de estraneidade, através da concessão de personalidade judiciária à sucursal, agência, filial, delegação ou representação, evitam a necessidade de prática de actos processuais no estrangeiro (nomeadamente, citações e notificações quando estas devam ser feitas na pessoa da parte e não na do seu mandatário), com toda a demora que este tipo de intervenção implica. Por outro lado, dir-se-á que é mais fácil para a contraparte litigar contra uma estrutura mais pequena.

Equacionemos os dois vectores.

18. O primeiro, não vale nos casos cobertos pelo n. 1 do art. 7 pelo que, nesse contexto, não releva na justificação da inadmissibilidade de habilitação da pessoa colectiva. De um ponto de vista da celeridade processual, é equivalente litigar contra a pessoa colectiva ou contra uma sua sucursal, agência, filial, delegação ou representação.

Ora, o que há que ponderar, nas hipóteses reguladas pelo n. 2 do art. 7 é se o interesse da contraparte em anular os factores de estraneidade do processo é de tal modo ponderosa que implique a impossibilidade de habilitação da pessoa colectiva. A resposta parece ser claramente positiva. Com efeito, são exactamente estes interesses da contraparte que determinam o legislador a atribuir personalidade meramente judiciária à sucursal, agência, filial, delegação ou representação. Se a parte contrária pudesse alterar a conformação subjectiva da instância, através da dedução de incidente de habilitação pela pessoa jurídica, anularia os efeitos que resultam da concessão da faculdade de demanda da sucursal que a lei confere à contraparte. Esta, podendo escolher, optou pela sucursal. A pessoa colectiva afastaria os efeitos desta opção, habilitando-se. Veja-se que a argumentação não é puramente formal. O que está em causa é impedir que a pessoa colectiva possa, por comportamento seu, afastar as vantagens que a lei confere à parte contrária.

A ser verdadeiro o que se afirma, dir-se-á que a habilitação deve ser admitida em todas as situações em que dela não podem resultar desvantagens para a parte que é titular da faculdade alternativa de conformação da instância, ou seja, quer quando é a pessoa colectiva a poder exercer tal faculdade, quer quando, sendo demandada a pessoa judiciária, a habilitação da pessoa colectiva não traga consigo os factores de estraneidade que a lei quis anular – o que ocorre nas hipóteses cobertas pelo art. 7/1. De fora ficarão as situações em que a pessoa colectiva é estrangeira e em que, por factos por ela praticados, é demandada uma sucursal, uma agência, uma filial, uma delegação ou uma representação situada em território nacional.

19. E não deve ponderar-se a segunda linha acima identificada, ou seja, não deve atender-se ao interesse da contraparte em litigar contra uma estrutura mais pequena, assim se inviabilizando toda e qualquer faculdade de habilitação da pessoa

colectiva? Na verdade, é à parte contrária que a lei, atendendo aos interesses desta, concede a faculdade alternativa de conformação subjectiva da instância.

Far-se-á aqui um paralelo com a disposição já acima citada e que respeita à habilitação do transmissário. Referimo-nos ao art. 376/1a). Esta regra permite que a parte estranha à transmissão inviabilize a habilitação do transmissário da posição jurídica litigiosa. E o fundamento que deve ser alegado e provado respeita às razões da transmissão: se a parte a ela estranha, que não pode impedi-la, demonstrar que a transmissão teve como objectivo dificultar a sua posição no processo, a habilitação será indeferida. A disposição não é linear uma vez que fica por compreender que efeitos se repercutem sobre o próprio negócio transmissivo. A lei apenas nos diz que a habilitação não é possível, parecendo ficar incólume o negócio, com vinculação necessária do transmissário aos efeitos do caso julgado formado sobre a decisão proferida no confronto do transmitente. Tudo se passará como se tivesse havido ou uma transmissão inoponível à parte a ela estranha durante a pendência da acção ou uma sucessão na posição jurídica ulterior à decisão.

Se transpusermos esta solução para o nosso problema, diremos que, ao invés do que sucede com a transmissão da coisa ou direito em litígio, hipótese em que a lei faculta à parte contrária a faculdade de oposição à modificação subjectiva da instância, nas situações cobertas pelo art. 7 tal faculdade não deve admitir-se uma vez que a parte contrária não teve como interlocutor, num primeiro momento, uma pessoa para, em momento subsequente, passar a ter um outro. É evidente que esta argumentação pressupõe que o ponto de referência para a determinação de quem é o interlocutor da contraparte seja a situação material. Isto porque, se for a instância, a admitir-se a habilitação da pessoa colectiva, a contraparte passaria a confrontar-se com uma nova parte: a sociedade, ao invés da sucursal, agência, filial, delegação ou representação. Mas se bem observarmos o ponto de referência do art. 376/1a) é também a instância: não obstante a transmissão haver sido feita para dificultar a posição da parte a ela estranha no processo por troca de sujeitos na contraparte, a lei não interfere com a transmissão no plano substantivo. Esta interferência seria, aliás, desnecessária já que aquilo que está em causa é simplesmente impedir a habilitação pois que, afinal, a transmissão foi destinada a operá-la; inviabilizando-a, inviabilizam-se os efeitos (reprováveis) que presidiram à transmissão.

20. Onde ficamos, no que respeita à admissibilidade da habilitação da pessoa colectiva?

Diremos que há que retroceder na proposta que há pouco fizemos. Com efeito, se a lei concede uma faculdade alternativa de conformação subjectiva da instância à contraparte e se esta opta por litigar contra a estrutura não personificada, aceitar a habilitação da pessoa colectiva, em homenagem à coincidência entre a parte processual e o sujeito dos efeitos do caso julgado, se seria a solução uma resposta adequada, não é aquela que resulta do sistema.

Talvez se possa dizer que a solução não é boa nem justificável no plano internacional. Dificilmente uma pessoa colectiva estrangeira, que organizou as suas estruturas de acção, sem lhes conferir uma autonomia tal que implique a personificação, compreenderá um regime como o do art. 7/2. Dir-se-á que os objectivos pragmáticos que presidem à personificação destas estruturas não personificadas não devem prevalecer sobre a vinculação da não-parte processual ao caso julgado. Mas, ultrapassar estes inconvenientes, pressuporá uma alteração no regime positivo.

4. O CASO PARTICULAR DAS SUCURSAIS, AGÊNCIAS, FILIAIS, DELEGAÇÕES E REPRESENTAÇÕES

21. O art. 7/1 atribui personalidade judiciária às sucursais, agências, filiais, delegações e representações quando a acção proceda de facto por elas praticado. Por seu turno, o art. 7/2 permite, ainda, que seja constituída como parte a sucursal, a agência, a filial, a delegação ou a representação quando o facto não haja sido praticado por ela se se verificarem, cumulativamente, dois requisitos: situar-se a sede da administração principal no estrangeiro; ter sido a obrigação contraída com um português ou com um estrangeiro domiciliado em Portugal.

Para além de quanto já se disse, estas duas regras impõem alguns esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, quando a lei refere *a sede da administração principal*, estará reportando-se ou simplesmente à localização (e não à sede) da administração principal, podendo esta coincidir ou não com a sede da pessoa colectiva, ou referir-se-á à sede da pessoa colectiva, seja qual for o lugar da sua administração principal. Isto porque a administração não tem sede; só a pessoa colectiva a tem, podendo discutir-se (e discutindo-se, vivamente) se esta sede coincide ou não, de um ponto de vista espacial, com a localização da sua administração. A resposta a esta questão, que seguramente interfere com os dados do problema [cfr. o famoso acórdão Centros], não releva directamente na interpretação do art. 7.

Que deve entender-se por *sede da administração principal*? Que a lei concede uma personalidade judiciária a sucursais, agências, filiais, delegações ou representações de *pessoas colectivas, que tenham a sua sede no estrangeiro*? Ou, ao invés, que a lei concede tal personalidade a estes entes não personificados quando *a administração principal se localiza no estrangeiro*?

22. Avancemos formulando e respondendo a outras perguntas.

Porque terá o legislador referido a sede da administração principal no art. 7/2 quando é certo que, dogmaticamente, a administração, sendo um órgão da pessoa colectiva, não tem sede, podendo, regra geral, ser simplesmente localizada?

Supomos que por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, talvez porque se tenha transposto para o art. 7/2, numa formulação menos conseguida, a teoria da

coincidência entre a sede (da pessoa colectiva) e a localização da administração principal. Em segundo lugar e partindo da primeira premissa, porque se pensou que o órgão competente para representar organicamente a pessoa colectiva em juízo é a sua administração.

Façamos mais uma pergunta: se não fosse concedida personalidade judiciária à sucursal, agência, filial, delegação ou representação, quem seria a parte (com personalidade jurídica e judiciária) na acção? A administração principal? Ou a pessoa colectiva?

Seguramente que a pessoa colectiva já que, reitere-se, a administração é um órgão desta última. É este o sentido que supomos dever imputar às palavras de ALBERTO DOS REIS quando escreve: “A acção, em vez de ser proposta pela sucursal ou contra a sucursal, pode ser proposta, em nome da sociedade, pela administração principal ou contra esta” [Código de Processo Civil anotado, I, p. 26].

Em suma, dir-se-á que quando o art. 7/2 refere a sede da administração principal deverá entender-se a sede da pessoa colectiva, cuja administração principal se situa no estrangeiro ou, dito de outro modo, a pessoa colectiva estrangeira, cuja sede se localiza necessariamente no estrangeiro (já que a pessoa colectiva nacional tem a sua sede em Portugal, aí se localizando, necessariamente, a sua administração principal) [VARELA/BEZERRA/NORA, Manual de processo civil, p. 113].

23. A segunda precisão requerida pelo art. 7/2 respeita ao segundo requisito pressuposto para a concessão de personalidade judiciária à sucursal, agência, filial, delegação ou representação: ter sido a *obrigação* contraída com um português ou com um estrangeiro domiciliado em Portugal.

Nas situações reguladas pelo art. 7/2 não poderia prevalecer o critério da imputação do acto. Com efeito, a aplicação do art. 7/2 pressupõe uma disjunção entre o autor do facto de que procede a acção (a pessoa colectiva estrangeira) e aquele que pode ser parte numa acção que deriva desse facto. Ao invés do que ocorre no art. 7/1, porque o autor do facto não é a sucursal, a agência, a filial, a delegação ou a representação, não pode, nesta situação, apoiar-se a sua personificação judiciária na prática desse acto. Mais uma vez, intervêm razões de ordem pragmática na personificação destas realidades: essencialmente para que não seja necessária uma citação no estrangeiro (caso a pessoa colectiva estrangeira seja a parte passiva/demandada) mas também para evitar a imposição de um acompanhamento da acção por uma parte (activa ou passiva) que se situa no estrangeiro, a lei estende a personalidade judiciária da sucursal, da agência, da filial, da delegação e da representação para além da sua concreta esfera de actuação.

24. Pergunta-se: o que deve entender-se pela expressão *obrigação contraída*, constante do art. 7/2?

O texto da regra aponta para a preexistência de um acto de autodeterminação na constituição da obrigação, cujo cumprimento (ou os efeitos do incumprimento) é (ou são) exigido(s) na acção. O verbo *contrair* em ligação com o termo *obrigação* significa *tomar sobre si uma responsabilidade, assumir uma obrigação, contratar*. Estará o campo de aplicação do art. 8 confinado aos casos em que a obrigação que serve de fundamento à acção tenha fonte contratual?

Alguns exemplos permitem ilustrar a dúvida.

Suponha-se que uma pessoa colectiva estrangeira arrenda a um cidadão português um imóvel sito em Portugal. Suponha-se, ainda, que a pessoa colectiva estrangeira tem representação em Portugal. Suponha-se, por fim, que o cidadão português realiza obras no prédio arrendado que lhe alteram a estrutura. Pode a acção de despejo ser proposta pela representação? Poderá afirmar-se que, nesta acção, está em causa uma obrigação contraída com o arrendatário?

Mudem-se ligeiramente os dados da hipótese. Suponha-se que, celebrado o mesmo contrato de arrendamento, a sociedade o denuncia. Suponha-se, agora, que o arrendatário decide requerer a apreciação da validade e da eficácia desta denúncia. Pode demandar a representação da pessoa colectiva? Terá de demandar directamente a sociedade?

Outro exemplo, ainda. Suponha-se que uma sociedade estrangeira é titular de um direito industrial exclusivo. Verifica-se a violação deste direito por uma sociedade portuguesa. Terá de ser a sociedade estrangeira a demandar a sociedade portuguesa por violação do exclusivo/responsabilidade extracontratual? Ou pode uma sucursal desta sociedade estrangeira demandar a sociedade portuguesa?

Perante esta última hipótese, invertam-se as posições. Suponha-se que é a sociedade estrangeira a violar o direito exclusivo da sociedade portuguesa. Pode a representação da sociedade estrangeira ser constituída como parte numa acção de responsabilidade civil fundada em violação do exclusivo?

Em nenhum destes casos parece estranho que possa ser a sucursal a demandar ou a ser demandada. Verifica-se, no fundo, uma relação de proximidade entre o lugar em que o facto ocorreu e aquela que intuitivamente se diria poder ser constituída como parte. Mas se se aceitar que esta proximidade geográfica releva, não somente no plano da competência, como também no da personalidade, não se estará incorrendo na confusão para a qual alertava JOSÉ ALBERTO DOS REIS [Código de Processo Civil anotado, I, p. 27]?

Supomos que não.

Com efeito, há que distinguir os campos (e os efeitos) de aplicação dos arts. 7/2 e, actualmente, 86/2, no sentido em que o primeiro determina quem pode ser parte da acção e o segundo se destina a fixar, uma vez determinado quem é a parte na acção,

onde pode essa parte ser demandada. Na hipótese extrema, em que não é possível constituir como parte a sucursal, a agência, a filial, a delegação ou a representação, a pessoa colectiva, parte na acção, será considerada domiciliada no lugar da sucursal, agência, filial, delegação ou representação [em crítica a esta solução se a ficção do domicílio da pessoa colectiva em Portugal estiver desacompanhada de qualquer outra conexão relevante com o território nacional, MACHADO VILELA, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano 17, p. 342].

25. Não estará, afinal, o critério da proximidade implícito na expressão *obrigação contraída*?

Sobre este termo, que surgia na versão originária do art. 65, § 1 do CPC de 1939 – aí se dispunha que quando para a acção fosse competente, segundo a lei portuguesa, o tribunal do domicílio do réu, os tribunais portugueses poderiam exercer jurisdição desde que, encontrando-se o réu acidentalmente em território português, a obrigação houvesse sido contraída com um português – pronunciaram-se ALBERTO DOS REIS [Comentário ao Código de Processo Civil, I, p. 123] e MACHADO VILELA [Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano 17, p. 325-326]. Recordando que o termo constava já dos arts. 28 e 29 do Código Civil de 1876 [e ainda do seu art. 26, do qual aqueles eram sequência], os Autores sustentam que o termo obrigação sempre foi entendido em seu sentido genérico e não em seu sentido específico. Quer isto dizer que, por obrigação, ter-se-á entendido um vínculo correspondente a qualquer direito [Alberto dos Reis, Comentário ao Código de Processo Civil, I, p. 123] ou *qualquer obrigação civil* correspondente a *qualquer direito civil* [MACHADO VILELA [Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano 17, p. 325] e não um vínculo correspondente a um direito de crédito.

Destas posições resulta que o termo *obrigação contraída* não deve restringir-se a dever de prestar com fonte contratual. Qualquer dever de prestar estaria abrangido por aquela noção. Mas diremos que a noção pode ainda ser ampliada, de modo a permitir a constituição do ente destituído de personalidade jurídica como parte em acção de simples apreciação de factos. Em suma, e seja qual for o escopo da acção (condenação, constituição ou apreciação) bem como a situação jurídica subjacente a essa acção pode a sucursal, a agência, a filial, a delegação ou a representação ser constituída como parte se a pessoa colectiva for estrangeira.

26. Terceira precisão: quando a lei estende a personalidade judiciária das sucursais, agências, filiais, delegações e representações das pessoas colectivas pode entender-se que esta extensão abrange os casos em que a obrigação foi contraída por um português independentemente da localização do seu domicílio? A extensão vale se ele for domiciliado no estrangeiro? Ou vale somente se o domicílio se localizar em Portugal?

É aqui que vai avultar o elemento de proximidade, que acima deixámos em aberto. Na sua formulação originária, dispunha o art. 8 na versão do Código de 39

que a personalidade apenas se estendia quando a obrigação fosse contraída com um português. É no Código de 61 e com alegado fundamento no princípio da equiparação constitucional entre portugueses e estrangeiros que se procede a esta ampliação [LOPES CARDOSO, Código de Processo Civil anotado, 1962, sub art. 8]. No entanto, não é qualquer estrangeiro que se equipara ao português, é apenas o estrangeiro domiciliado em Portugal [art. 7, § único da Constituição de 33, na sequência do art. 26 do CC de 1876].

Pergunta-se: tem sentido alargar a personalidade judiciária da sucursal, agência filial, delegação ou representação quando a obrigação que funda a acção haja sido contraída com um português, mas este não tenha domicílio em Portugal?

Se se entender que os objectivos da regra são estritamente pragmáticos, ou seja, se através da regra se visa facilitar a propositura e o acompanhamento da acção, os factores de estraneidade (necessidade de citação da parte no estrangeiro ou acompanhamento da acção pela parte a partir do estrangeiro) inviabilizam aqueles objectivos. E supomos serem exactamente estes factores que podem justificar a constituição como parte da sucursal, agência, filial, delegação ou representação, situada em Portugal, de pessoa colectiva estrangeira, cuja administração se localiza no estrangeiro. E são-no, também, quando se verifica uma restrição da constituição como parte dos estrangeiros, num contexto em que se estende a personalidade judiciária das sucursais, agências, filiais, delegações ou representações: para que estas possam ter semelhante estatuto, deverá o estrangeiro estar domiciliado em Portugal, ou seja, deverão ser anulados os factores de estraneidade que tornariam injustificada a extensão da personalidade judiciária das diversas entidades referidas no art. 7/2. Isto porque se a parte fosse um estrangeiro não domiciliado em Portugal, avultaria a necessidade de citação (caso esta fosse ré) no estrangeiro, bem como o acompanhamento por este da acção instaurada contra a sucursal sita em Portugal a partir do estrangeiro.

27. Quarta precisão: quando a lei se refere, na última parte do art. 7/2, a obrigação contraída com um português ou com um estrangeiro domiciliado em Portugal, deve entender-se que o referente é qualquer pessoa? Serão somente pessoas singulares? Serão tanto pessoas singulares quanto pessoas colectivas?

O problema apenas se colocará se, quanto às pessoas colectivas, se voltar a entender que, tanto estão abrangidas essas pessoas, quanto as pessoas meramente judiciárias, que se localizem em Portugal.

No entanto, esta hipótese parece de afastar já que o ponto de referência na parte final do art. 7/2 não é a instância mas a situação de direito material. Ora, relativamente a esta, o sujeito apenas pode ser a pessoa jurídica, não uma qualquer estrutura que integra a sua organização.

5. A SANAÇÃO DA FALTA DE PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DAS SUCURSAIS, AGÊNCIAS, FILIAIS, DELEGAÇÕES E REPRESENTAÇÕES

28. Entre as alterações introduzidas no sistema processual em matéria de pressupostos na reforma de 95/96 [Decretos-Leis ns. 329-A/95, de 12 de Dezembro e 180/96, de 25 de Setembro] conta-se o regime do art. 8, relativo à sanção da falta de personalidade judiciária de sucursais, agências, filiais, delegações e representações e cujo regime corresponde, *grosso modo*, à solução que a doutrina já admitia como boa. Se bem que o regime de sanção expressamente constante do capítulo referente à personalidade judiciária apenas diga directamente respeito àquele tipo de entidades, a jurisprudência tem percorrido um sábio caminho e, apoiando-se no art. 265/2, vem admitindo a sanção da falta de personalidade judiciária em outros casos absolutamente justificados [cfr., a título de exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 2006, proferido em acção em que foi admitida a sanção da falta de personalidade judiciária da ré, Estádio Universitário de Lisboa, por intervenção do Estado]

Atendendo ao tipo de situação subjacente à falta de personalidade judiciária, a sanção do vício somente pode ocorrer se a instância tiver como parte, ao invés da sucursal, da agência, da filial, da delegação e da representação, a própria pessoa colectiva [e não a sua administração principal, que é mero órgão, se bem que aquela seja organicamente representada por esta].

O que nos diz a lei?

Diz-nos, no art. 8, que a sanção ocorre mediante a intervenção da administração principal/pessoa colectiva e a ratificação ou a repetição do processado [para o acolhimento da repetição enquanto meio de sanção ao lado da ratificação, TEIXEIRA DE SOUSA, *Apreciação de alguns aspectos da revisão do processo civil*. Projecto, ROA, II/1995, p. 374].

29. Pergunta-se: é pressuposto da sanção da falta de personalidade judiciária da parte que, para além da respectiva citação, ocorra, cumulativamente, uma ratificação ou uma repetição dos actos até então praticados pela sucursal, agência, filial, delegação ou representação? Ou deverá operar-se uma distinção, na aplicação do art. 8, idêntica àquela que se opera quando o vício é o da falta de capacidade (art. 23), o da falta de patrocínio (art. 33) da parte ou o da falta, insuficiência ou irregularidade do mandato (art. 40)?

Tanto quando o vício é o da falta de capacidade judiciária, como quando é o da falta de patrocínio ou o da falta, insuficiência ou irregularidade do mandato, a lei traça regimes distintos de sanção consoante o vício atinge a parte activa ou a parte passiva da instância. Esta conclusão é, aliás, bem patente quando se analisa o art. 494/h): somente a falta de patrocínio do autor ou os vícios do mandato do mandatário do autor (só ele pode ter proposto a acção, consoante se lê no trecho final do

art. 494/h)) constituem excepção dilatória. A sua superveniência, quando atinjam a posição do réu, não desencadeia uma excepção pelo que, não obstante a respectiva verificação, não está impedido o conhecimento do mérito da causa.

Se o vício é o da falta de capacidade judiciária ou o da irregularidade de representação e se este atinge a parte activa, a sua sanação pressupõe, efectivamente, para além da citação do representante ou do representante legítimo, quer a ratificação dos actos praticados, quer a respectiva repetição. Na verdade, se assim não fosse e se o vício pudesse considerar-se sanado com a mera citação do representante da parte activa, poderia suceder que, não obstante a sanação do vício, nenhum acto houvesse sido eficazmente praticado no processo pelo autor.

O mesmo não ocorre, já, quando o vício atinge o réu. Nesta hipótese, é necessário que o vício se considere sanado com a citação dos representantes da parte passiva. Na verdade, se - para que a sanação se verificasse - se exigisse a prática de qualquer acto pelos representantes do incapaz, deixar-se-ia na respectiva disponibilidade a sanação da excepção. O autor ficaria à mercê dos representantes da parte passiva uma vez que estes poderiam manipular, com a sua conduta, a sanação da excepção. Para que esta não ocorresse, bastaria que, citados, nada fizessem. O réu seria absolvido da instância. Por esta razão deve entender-se que a falta de capacidade judiciária passiva, em sentido amplo, se sana com a citação dos representantes ou dos legítimos representantes do incapaz. A tutela desta parte sai reforçada já que, não obstante a ineficácia dos actos por ela praticados e a sua consequente revelia, esta é, nas hipóteses abrangidas pelo art. 485/b), inoperante.

Regime em tudo idêntico ao acabado de descrever é o da falta de patrocínio e o da falta, insuficiência ou irregularidade do mandato.

30. Pergunta-se, novamente: tem sentido que a falta de personalidade judiciária passiva apenas se sane com a citação da pessoa colectiva, na sua administração, acompanhada de uma intervenção activa desta no processo, quer através da ratificação dos actos anteriormente praticados, quer através da respectiva repetição? Pode aceitar-se para a falta de personalidade um regime que permita a manipulação do suprimento do vício pela parte passiva? Haverá alguma razão que imponha, quanto à personalidade judiciária, um regime diverso daquele que encontramos para a falta de capacidade judiciária ou para a falta de patrocínio?

Supomos que a resposta a todas estas interrogações é negativa. A personalidade não apresenta nenhuma especialidade, v.g., por referência à capacidade judiciária que imponha, perante a respectiva falta, regimes de sanação diferenciados. E, não obstante o ónus do preenchimento dos pressupostos processuais pelo autor, nada poderia justificar que, sendo possível esta sanação na pendência de um processo, essa sanação dependesse da conduta da parte que, por ela, pode ser prejudicada. Com efeito, significa permitir que a pessoa colectiva, de cuja conduta dependeria a sanação, poderia optar entre ratificar ou repetir actos, assim concorrendo para a

regularização da instância, ou nada fazer, aguardando comodamente uma decisão de absolvição da instância. Dir-se-á que seria para ela bem melhor obter uma decisão absolutória do pedido. Mas, podendo ser eventualmente condenada no pedido, talvez não queira correr este risco, nada fazendo e contentando-se, mesmo que provisoriamente, com uma decisão absolutória formal.

Deste modo, diremos que a partícula *e* usada na parte final do art. 8 deve ser interpretada diversamente consoante a falta de personalidade atinja o autor ou o réu. Se a parte atingida pelo vício for a activa, a sanção da falta de personalidade depende, efectivamente, da citação da sociedade e da ratificação ou da repetição dos actos processuais praticados pela sucursal, agência, filial, delegação ou representação. Diversamente se o vício atinge a parte passiva. Nesta hipótese, a sanção não pode depender de uma efectiva intervenção da sociedade sob pena de manipulação da regularização da instância. A sanção ocorre simplesmente com a sua citação, não sendo cumulativos os requisitos previstos no art. 8. Se a pessoa colectiva, uma vez citada, nada fizer, entrará como qualquer réu, em situação de revelia.

6. BALANÇO FINAL

31. Terminado este brevíssimo excursus pela personificação judiciária de entidades destituídas de personalidade jurídica, muita coisa ficou por dizer (e, possivelmente, o pouco que foi dito, por aprofundar). Mas talvez possa aceitar-se que pelo menos alguns dos problemas levantados tenham pertinência mesmo que o não tenham as soluções apontadas.

No final, ficou-nos uma certeza: quanto se esconde sob o manto diáfano da personalidade judiciária!

CAPÍTULO XXXIII

SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

*Pedro Henrique Pedrosa Nogueira**

Sumário • 1. Introdução – 2. Noções preliminares: norma, fato jurídico e eficácia jurídica – 3. As situações jurídicas – 4. A situação jurídica como conceito lógico-jurídico – 5. Tipologia das situações jurídicas – 6. O transporte do conceito de situação jurídica para o direito processual – 7. O fato jurídico processual e as situações jurídicas processuais: 7.1. Qualidades processuais; 7.2. Poderes processuais; 7.3. Relações jurídicas processuais: 7.3.1. Objeções à noção de processo como relação jurídica processual; 7.3.2. Análise crítica – 8. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O estudo das situações jurídicas processuais é de grande importância para o domínio da multiplicidade de posições em que se encontram os sujeitos do processo. A partir das situações jurídicas processuais, podem ser identificados os múltiplos efeitos jurídicos que decorrem dos fatos jurídicos processuais.

Mas antes de tratar das situações processuais em particular, é metodologicamente recomendável regressar ao plano da Teoria Geral do Direito, onde se encontram os conceitos fundamentais de norma, fato jurídico e eficácia jurídica.

Em seguida, devemos fixar o local adequado, no plano da Ciência Jurídica, para se tratar do conceito de situação jurídica processual. Sua compreensão não pode prescindir dessa fixação metodológica.

Superadas essas etapas, devemos tratar, ainda que sumariamente, dos fatos jurídicos processuais, para, ao fim, estabelecer uma noção e um esboço de classificação das situações jurídicas processuais.

2. NOÇÕES PRELIMINARES: NORMA, FATO JURÍDICO E EFICÁCIA JURÍDICA

Há diferentes pontos de vista sob os quais é possível conceituar norma jurídica. Partiremos do critério formal para defini-la, pondo assim em realce a sua estrutura, em detrimento de seu conteúdo. Assim, a norma jurídica se apresenta como uma

* Doutorando em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFAL). Professor de Direito Processual Civil na Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste – SEUNE (graduação) e no Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC (pós-graduação). Advogado.

proposição, entendida como expressão de um pensamento ou juízo, isto é, como significado de alguma expressão lingüística. Por isso, é necessário distinguir a fórmula lingüística de uma determinada oração e o seu sentido, como adverte LOURIVAL VILANOVA: “Estrutura sintático-gramatical é a sentença ou a oração, modo expressional frástico (de frase) da síntese conceptual que é a norma”¹.

As normas jurídicas apresentam, invariavelmente, em sua estrutura lógica, a descrição hipotética de um fato, ou conjunto de fatos, ao que se denomina suporte fático, hipótese, descritor etc., e a imputação de conseqüências, denominadas preceito, conseqüente, prescritor etc., para quando vier(em) a se concretizar aquele(s) fato(s) abstratamente contemplado(s), estando a hipótese e a conseqüência ligados pelo functor deôntico interproposicional (operador) “deve-ser”, formalizando a relação de implicação entre a proposição-hipótese e a proposição-tese: *deve-ser* se A, então B; ou a ocorrência da hipótese implica a tese, assim *deve-ser*; ou, ainda, em notação simbólica: $D(H \rightarrow C)$ ², em que “D” é operador *deve-ser*, “H” é a proposição hipótese, “C” a proposição conseqüente e “ \rightarrow ” simboliza a implicação (se..., então...).

Por meio das normas jurídicas, a comunidade valora aqueles dados de fato por ela mesma considerados relevantes, atribuindo-lhes, já que os eventos da realidade empírica não entram em sua integridade factual na composição do suporte fático³, um modo de referência deôntico, de tal forma que, sempre quando ocorridos, no plano da experiência, os fatos inseridos na hipótese normativa, a conduta humana prevista no conseqüente deva ser considerada prescrita, em qualquer de suas modalidades (permitido, proibido e obrigatório)⁴.

As normas pertencem ao ordenamento jurídico e se impõem como obrigatórias perante a comunidade por força da técnica, especificamente jurídica, da *incidência*; através dela o direito disciplina comportamentos, regula condutas humanas, ainda que os sujeitos destinatários das normas ignorem o seu conteúdo⁵. Por essa técnica, ausente nos outros processos de adaptação social (moral, religião, economia etc.), o direito pode se fazer presente na regulação dos fatos que foram escolhidos (valorados) pela comunidade e erigidos ao nível de hipótese normativa, de tal forma que sempre quando acontecerem, no tempo e no espaço, aquilo que abstratamente fora

1. VILANOVA, Lourival. *Norma Jurídica – Proposição Jurídica (significação semiótica)*, in Revista de Direito Público, n. 61, São Paulo: RT, jan/mar 1982, p. 16.
2. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 103-104.
3. Segundo LOURIVAL VILANOVA (Cf. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 89), o suporte fático “é construção valorativamente tecida”. Por isso, o fato em sua inteireza não entra na composição da hipótese normativa, mas apenas aquela porção “recortada” da realidade empírica.
4. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 71-72.
5. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsóí, 1955, p. 11.

tido por relevante, a conduta humana, também abstratamente prevista, passe a ser tida como prescrita⁶.

O fato jurídico é resultado da incidência, que, por sua vez, pressupõe a realização, no plano da experiência, dos fatos abstratamente previstos na hipótese normativa (suporte fático). Como pontifica LOURIVAL VILANOVA⁷, o fato somente é jurídico porque alguma norma sobre ele incidiu pela relação de causalidade jurídica. Apenas desse modo ocorre a juridicização do fático; os fatos, à medida que são valorados pela comunidade, são postos na hipótese normativa para sempre quando ocorrerem resultarem conseqüências.

Através da idéia de fato jurídico como produto da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático, concebida originalmente por PONTES DE MIRANDA⁸, é possível separar-se o mundo dos fatos do mundo jurídico. Nessa concepção, mundo é o conjunto formado pela totalidade dos fatos: o nascer, o morrer, o chover, o dormir etc. O direito seleciona fatos e estabelece a causalidade jurídica, não necessariamente coincidente com a causalidade dos fatos naturais; através da juridicização do fático o direito adjetiva os fatos para serem considerados jurídicos e assim tecerem o mundo jurídico⁹.

Há, portanto, uma relação de causalidade jurídica entre incidência/fato jurídico, assim como também existe um relacionamento entre fato jurídico e eficácia jurídica. Pela compreensão de tal relação é permitido afirmar que toda eficácia jurídica pressupõe um fato jurídico.

Disso resulta que só se poderá falar de eficácia jurídica depois de ocorrido o fato jurídico. E mais: de todo fato jurídico surgirão, necessariamente, conseqüências jurídicas.

A eficácia jurídica, resultante de um fato jurídico, não se dá de maneira uniforme. Há, por isso, diversas categorias eficaciais, segundo a denominação utilizada por MARCOS BERNARDES DE MELLO¹⁰, que são as espécies de efeitos jurídicos encontradas no mundo jurídico.

6. A incidência da norma jurídica, sem a qual a conduta prevista no seu conseqüente não poderá ser considerada como prescrita, pressupõe (i) a vigência da norma e (ii) a concretização dos fatos previstos na hipótese normativa. Portanto, é perfeitamente possível haver norma com força de incidência (pertencente a um dado ordenamento jurídico-positivo), sem, ainda, incidir (v.g. norma em *vacatio legis*), mesmo porque essa não-incidência provisória é resultado da incidência de outra norma jurídica, pertencente ao mesmo ordenamento jurídico, que pré-exclui o incidir imediato da primeira norma.
7. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 144.
8. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 74 *et passim*.
9. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 5-6. Não é por outra razão que, para PONTES DE MIRANDA, “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, prefácio, XVI).
10. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

O próprio MARCOS BERNARDES DE MELLO classifica as categorias eficáciais em: i) situações jurídicas (*lato sensu*), com suas subespécies; ii) sanções; iii) premiações; iv) ônus¹¹.

No presente ensaio, contudo, iremos nos ocupar tão somente das situações jurídicas.

3. AS SITUAÇÕES JURÍDICAS

Situação jurídica é um tipo de eficácia jurídica. TORQUATO CASTRO desenvolve uma sistematização própria das situações jurídicas, partindo da idéia de que o direito, no plano fenomênico, seria um “*concretum* situacional”, isto é, uma disposição normativa de objetos certos ou medidos, enquanto referidos a sujeito ou sujeitos individuados.

Define situação jurídica como “a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto”¹². Nesse ponto de vista, o que aparece como elemento central da noção de situação jurídica é a relação sujeito-objeto¹³.

Os elementos constitutivos da situação jurídica, nessa perspectiva, são: a) sujeito; b) objeto; c) posição de sujeito. A posição deferida pela norma ao sujeito, em razão do objeto, faz surgir, em algumas situações, uma relação intersubjetiva, isto é, uma relação jurídica estabelecida entre sujeitos, determinada pela natureza do objeto¹⁴.

Semelhante é posição de CARNELUTTI, para quem situação jurídica nada mais seria o modo de ser do sujeito diante de um conflito de interesses¹⁵.

Também ANDRÉ FONTES¹⁶ assinala que a idéia de situação jurídica está associada à de consequência jurídica; elas seriam o resultado da concretização de normas atributivas de efeitos¹⁷, isto é, normas que não criariam relações jurídicas bilaterais,

11. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31.
12. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saravia, 1985, p. 50.
13. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saravia, 1985, p. 52.
14. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saravia, 1985, p. 67-68.
15. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 120.
16. FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71.
17. ANDRÉ FONTES coloca as chamadas normas atributivas de efeitos em oposição às normas atributivas de deveres. As primeiras apenas criam situações jurídicas (unilaterais), enquanto as segundas criam relações jurídicas (bilaterais) (FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71).

mas sim situações jurídicas (unilaterais). As situações jurídicas, nessa perspectiva, seriam “um meio de subjetivação de regras jurídicas”¹⁸.

Convém ter em mente que as situações jurídicas, sendo categorias eficaciais, pressupõem um fato jurídico. Porém, antes do fato jurídico ocorrer elas já estavam previstas, em abstrato, no conseqüente, ou no preceito da norma jurídica. Daí FAZZALARI, com propriedade, afirmar: “as posições (jurídicas) subjetivas [...] devem ser consideradas *abstratas*, quando são determinadas pelas normas sem referência a um sujeito real (o dever de o pai educar o filho); e *concretas* quando se destinam a um sujeito determinado fazendo o papel de ponte entre ele e o ato jurídico concreto”¹⁹.

O que se pode observar, portanto, é que a situação jurídica designa sempre uma relação entre um sujeito e um fato previsto no conseqüente de uma norma jurídica.

4. A SITUAÇÃO JURÍDICA COMO CONCEITO LÓGICO-JURÍDICO

Na exposição científica do direito, o sujeito cognoscente (jurista) sempre trabalha com determinados conceitos próprios a determinados ramos jurídicos (Direito Civil, Processual Civil, Tributário etc.) e susceptíveis de variação conforme o ordenamento jurídico a que se referam (os conceitos de posse, domicílio, prescrição, por exemplo, podem variar em função da ordem jurídica a que correspondam). Ao mesmo tempo, o jurista também se utiliza de determinados conceitos permanentes, indiferentes às variações do direito positivo, válidos, portanto, em toda e qualquer ordem jurídica. Aos primeiros denominam-se conceitos jurídico-positivos; aos segundos, conceitos lógico-jurídicos²⁰.

Como assinala LOURIVAL VILANOVA²¹, determinados conceitos representam a condição de possibilidade do direito positivo e da Ciência Jurídica. Há determinadas categorias, como norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica, que atravessam universalmente todos os subdomínios das Ciências Jurídicas particulares, situando-se seu estudo no âmbito da Teoria Geral do Direito, pois, muito embora o conhecimento dogmático-jurídico produzido pelos juristas esteja impregnado dessas noções e sua exposição necessite, constantemente, encontrar supedâneo em tais categorias, as Ciências dogmáticas particulares não se capazes de defini-las.

Os conceitos jurídico-positivos, no dizer de TERÁN²², “son calificados como nociones a posteriori; es decir, se obtienen una vez que se tiene la experiencia del derecho positivo”, já os lógico-jurídicos “son calificados como conceptos a priori;

18. FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 72.

19. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 83.

20. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 14ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1998, p. 82-83.

21. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 238.

22. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 14ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1998, p. 83.

es decir, com validez constante y permanente, independiente de las variaciones del derecho positivo”.

Os conceitos jurídico-positivos têm aplicação limitada a uma certa esfera espaço-temporal. A noção de compra e venda, por exemplo, pode variar ao longo da história e em função do lugar, o mesmo se podendo dizer com relação a outros conceitos como posse, propriedade etc. A validade de um conceito jurídico-positivo está atrelada à vigência do direito positivo em que se apóia²³.

Já os conceitos lógico-jurídicos têm pretensão de validade universal, pois não se sujeitam às contingências de tempo e lugar, além de funcionarem como noções inerentes à compreensão dogmático-jurídica em particular²⁴. Por isso, as noções construídas pelos juristas no âmbito nas ciências jurídicas específicas são formuladas com suporte em conceitos (conceitos lógico-jurídicos) que funcionam como fundamentos lógicos do sistema jurídico.

A noção de situação jurídica se enquadra no âmbito desses conceitos lógico-jurídicos²⁵, situando-se o seu estudo, portanto, no nível da Teoria Geral do Direito. Trata-se de conceito com pretensão de universalidade, que perpassa todos os subdomínios do da Ciência Jurídica. Por isso, há situações jurídicas no direito civil (capacidade de agir, personalidade etc.), no direito constitucional (competência, nacionalidade etc.), no direito processual (competência, legitimidade etc.) e em todos os demais sub-ramos do Direito.

5. TIPOLOGIA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO²⁶, “situação jurídica” é expressão que pode ser utilizada em duas acepções: *i*) em sentido amplo, para designar toda e qualquer consequência que surge no mundo jurídico em decorrência do surgimento de um fato jurídico; *ii*) em sentido mais restrito, para designar os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica.

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que as situações jurídicas *lato sensu* abarcam todo o tipo de eficácia jurídica, inclusive a relação jurídica, que é a mais importante das categorias eficaciais; aqui, a relação jurídica aparece como espécie de situação jurídica. Já as situações jurídicas *stricto sensu* designam os demais tipos de eficácia jurídica, menos a relação jurídica²⁷.

23. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 14ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1998, p. 81.

24. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 14ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1998, p. 82.

25. Como assinala ANDRÉ FONTES, “as situações jurídicas constituem uma *categoria fundamental* do direito” (FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 75).

26. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78-79.

27. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79.

Normalmente, os fatos jurídicos produzem relações jurídicas e estas, para existirem, pressupõem: a) a vinculação de, pelo menos, dois sujeitos (princípio da intersubjetividade); b) um objeto (princípio da essencialidade do objeto); c) com correspectividade de direitos, deveres e demais categorias coextensivas (pretensão, obrigação etc.) (princípio da correspectividade de direitos e deveres). Ocorre que as relações jurídicas não esgotam as categorias eficáciais encontradas no mundo jurídico²⁸.

Algumas vezes, o fato jurídico apenas gera uma eficácia limitada, diferente daquela que lhe é própria (v.g. a vinculabilidade do testador às disposições testamentárias antes de sua morte e enquanto não revogado o testamento; a eficácia própria do testamento é a transmissão dos direitos hereditários, mas, antes da morte, o testador está vinculado às disposições testamentárias). Essa circunstância evidencia o que MARCOS BERNARDES DE MELLO chama de “situação jurídica básica”, que nada mais é do que o efeito mínimo decorrente de todo fato jurídico pelo simples fato de sua existência, tendo em vista não ser possível um fato jurídico plenamente ineficaz²⁹.

Em outras situações, o fato jurídico traz como efeito simplesmente a atribuição de uma qualidade ou qualificação jurídica a determinado sujeito de direito. Tem-se aqui a figura da “situação jurídica simples” (ou unissubjetiva), de que são exemplos: a capacidade jurídica, o ser casado, o ter legitimação hereditária, a capacidade de ser parte etc.

Há situações em que o fato jurídico produz efeitos envolvendo mais de uma esfera jurídica e, por conseqüência, mais de um sujeito de direito. Normalmente, desse envolvimento, resulta relação jurídica, com correspectividade de direitos e deveres. Em certos casos, porém, apesar do envolvimento de mais de um sujeito de direito, os efeitos se limitam a uma esfera jurídica. Isso acontece, v.g., em alguns negócios jurídicos receptícios, como a oferta, nos quais um sujeito (o ofertante) manifesta vontade a determinado sujeito ou ao *alter*, ficando em situação de vinculabilidade em relação ao conteúdo manifestado, de modo que, se alguém manifestar a aceitação da oferta ela não poderá ser mais recusada. O ofertante, por encontrar-se exposto a vincular-se, ou já estando vinculado, se encontra em situação jurídica. Essas situações jurídicas são denominadas “situações jurídicas complexas unilaterais”³⁰.

28. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80.

29. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.

30. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163-166. Marcos Bernardes de Mello assevera que a oferta produz para os destinatários um direito formativo gerador (direito de aceitar a oferta) que não seria conteúdo de relação jurídica, mas sim de situação jurídica complexa unilateral, mas que, uma vez exercido, faria surgir relação jurídica (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166).

Assim, segundo o pensamento de MARCOS BERNARDES DE MELLO, as situações jurídicas podem ser assim classificadas: a) básica; b) simples (ou unissubjetiva); c) complexas, estas subdivididas em c.1) unilateral e c.2) relações jurídicas.

Já para TORQUATO CASTRO haveria apenas dois tipos de situação jurídica: i) *situações jurídicas uniposicionais*, que têm como objeto a qualificação da pessoa do sujeito a fim de individualizá-la, sob determinados aspectos, perante a ordem jurídica (v.g. a personalidade jurídica, que se constitui na posição de um sujeito jurídico em face de um objeto jurídico que é qualificação da personalidade conferida pela norma ao sujeito). Elas estereotipam situações jurídicas individuais, “não extensivas a qualquer outro sujeito que não aquele que as recebe da norma”³¹; ii) *situações jurídicas relacionais*, que contêm sujeitos diversamente posicionados, ostentando eles posições jurídicas opostas, mas coordenadas à consecução do objeto único. O que vai extremar esse tipo do anterior (situação jurídica uniposicional) é justamente a existência do elemento relação entre os sujeitos (v.g. relações obrigacionais, relações de pátrio-poder, tutela, curatela etc.)³².

Adotaremos aqui a classificação proposta por MARCOS BERNARDES DE MELLO por ser mais abrangente. A tipologia proposta por TORQUATO CASTRO é útil, mas deixa de considerar as situações que não se enquadram na condição de situações jurídicas posicionais ou na de situações jurídicas relacionais. Isso se dá, v.g., com o ônus, hipótese em que a norma jurídica vai além de simplesmente qualificar um sujeito, mas também não chega a ponto de estabelecer um liame jurídico entre o detentor do ônus e outro sujeito, o que impossibilita sua caracterização como situação jurídica relacional.

6. O TRANSPORTE DO CONCEITO DE SITUAÇÃO JURÍDICA PARA O DIREITO PROCESSUAL

Considerando a idéia de que situação jurídica é um conceito lógico-jurídico, torna-se irrecusável, nesse modelo teórico, a sua aplicabilidade em outras subáreas do conhecimento dogmático-jurídico.

O lugar adequado para se pôr a situação jurídica como categoria é na Teoria Geral do Processo, que, conforme leciona FERNANDO DE LA RÚA, é a parte do Direito Processual que se ocupa em estudar e sintetizar os conceitos fundamentais válidos para todos os ramos das Ciências Processuais, sistematizando seu conhecimento³³.

31. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saravia, 1985, p. 70-73.

32. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saravia, 1985, p. 76-77.

33. RÚA, Fernando de La. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 1.

Boa parte da doutrina³⁴ tem admitido a existência de uma Teoria Geral do Processo, cujo escopo seria unificar o estudo de determinados conceitos válidos para todos os ramos do direito processual³⁵.

Para NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO³⁶, a Teoria Geral do Processo tem a incumbência de estabelecer fixações conceptuais. Primeiramente, o conceito de direito processual e também conceitos fundamentais do direito processual, embora não exista unanimidade sobre quais sejam tais conceitos.

A Teoria Geral do Processo tem uma função generalizante: busca, a partir do direito positivo, fixar conceitos com aplicação a todos os tipos de processo³⁷. Não pode, para atingir esse desiderato, prescindir de conceitos-chave como norma, fato jurídico, relação jurídica, direitos subjetivos, situações jurídicas, que, sendo verdadeiros conceitos lógico-jurídicos, se situam no plano da Teoria Geral do Direito.

Oportuna, a esse respeito, a observação de FREDIE DIDIER JR.: “Reconhecida a existência de uma Teoria Geral do Direito, que fornece os conceitos jurídicos fundamentais aplicáveis a qualquer ramo, não há qualquer sentido em negar-lhe aplicação ao estudo do Direito Processual”³⁸.

7. O FATO JURÍDICO PROCESSUAL E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

Como já visto, as situações jurídicas são efeitos de fatos jurídicos, que funcionam como sua causa. Tratando as situações jurídicas no plano do Direito Processual, em especial no âmbito da Teoria Geral do Processo – já que fato jurídico e situação

-
34. Nesse sentido: RÚA, Fernando de la. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 1; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Jus podivm, 2008, p. 23-24; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, V. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 67, dentre muitos outros.
35. Para outros autores, o conteúdo da Teoria Geral do Processo deve ir além da construção de um sistema de conceitos lógico-jurídicos comuns aos diversos ramos do Direito Processual, chegando à busca de uma concretização de valores fundamentais em sede processual, do que decorre uma abordagem interdisciplinar na construção de uma teoria do processo, em que se fariam presentes a teoria geral do direito, a teoria da constituição e a teoria dos direitos fundamentais (OLIVEIRA JUNIOR, Valdir de. *Existe uma Teoria Geral do Processo?* In DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 964).
36. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, t. 1. México: UNAM, 1992, p. 588.
37. Acentua DINA MARCO que a teoria geral do processo é “um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 68).
38. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

jurídica são conceitos lógico-jurídicos -, é possível afirmar que as situações jurídicas processuais decorrem de fatos jurídicos processuais.

Disso resulta a necessidade de, antes de tratar das situações jurídicas processuais em particular, apresentar uma definição do que sejam os fatos jurídicos processuais.

Sempre houve uma tendência doutrinária de tratar os fatos processuais no âmbito restrito dos atos processuais³⁹. São poucos os autores que se preocupam em extremar os atos processuais de outras espécies que tenham o mesmo gênero próximo. CHIOVENDA, em lição clássica, já preconizava: “Dizem-se atos jurídicos processuais os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual”⁴⁰⁻⁴¹.

LIEBMAN, posteriormente, restringiu a noção de CHIOVENDA e passou a considerar como atos processuais as manifestações de pensamento feitas por um dos sujeitos processuais, pertencentes a um procedimento, e com eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva sobre a relação processual correspondente⁴². Deu-se relevância, portanto, nessa definição, ao sujeito (só é ato processual aquele praticado por quem integra a relação processual) e à sede (só é ato processual o ato do procedimento).

CALMON DE PASSOS foi além e passou a considerar outro dado adicional como relevante para caracterizar um ato como “processual”: a necessidade de que o ato apenas no processo possa ser praticado. Define o ato processual, assim, como “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”⁴³.

Parece-nos, porém, que essas restrições ao âmbito de abrangência da noção de fato jurídico processual levam inexoravelmente a uma diminuição do espectro de especulação do processualista, o que não nos parece útil cientificamente. Há vários fatos, relevantes para o processo, de possível ocorrência *fora* do processo, mas com

39. Assim: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 285; GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 228; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 250, dentre outros.

40. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 3, trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 20.

41. Embora o próprio CHIOVENDA admitisse a existência de fatos jurídicos processuais em sentido estrito (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 3, trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 22), não houve de sua parte uma preocupação classificatória de tratar as variantes de fatos processuais em relação de gênero e espécie.

42. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286.

43. PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

inegáveis interferências no desenrolar do procedimento e na própria relação jurídica processual (v.g., a morte de uma das partes; a transação, que pode ensejar a extinção do processo; a alienação do bem penhorado pelo executado, que pode gerar a responsabilidade patrimonial do terceiro adquirente etc.).

Por isso, preferimos adotar uma definição mais abrangente, que evite o inconveniente de tratar vários fatos de inegável relevância para o processo como marginais ao fenômeno processual⁴⁴. GIOVANNI VERDE também inclui no âmbito dos atos processuais aqueles praticados fora do processo, ao considerar ato processual “Non solo quello compiuto nel corso del processo, ma pure quello che contribuisce al suo concreto svolgimento, qualunque sia la sede in cui è compiuto”⁴⁵.

Assim, optamos por definir fato jurídico processual em função da natureza da norma jurídica que o prevê, como o faz acertadamente PAULA SARNO BRAGA⁴⁶. A adjetivação “processual” decorre da circunstância de que uma norma jurídica atribui conseqüências de índole processual ao fato, sendo a “sede” do ato, como salienta FREDIE DIDIER JR.⁴⁷, irrelevante para qualificá-lo.

Cabe também mencionar que o fato jurídico processual é o único capaz de produzir situações jurídicas processuais. A partir dessa definição, podemos agrupar os fatos processuais, segundo o critério do local de sua ocorrência, da seguinte forma: a) *fatos jurídicos processuais procedimentais* – aqueles que geram situações jurídicas processuais e integram o procedimento (cadeia de fatos interligados a que também se chama “processo”), tal como se dá, v.g., com a propositura da demanda, a prolação de uma decisão pelo juiz etc.); e b) *fatos jurídicos processuais extraprocedimentais* - aqueles geradores de situações jurídicas processuais, mas situados fora do procedimento (v.g. transação, morte das partes dos procuradores etc.).

Convém ainda advertir que os fatos jurídicos processuais devem ser assim considerados não porque criam, modificam ou extinguem a relação jurídica processual, mas porque geram situações jurídicas processuais (gênero do qual a relação jurídica processual é espécie). Existem muitos fatos dos quais decorrem situações jurídicas processuais, mas que em nada interferem na relação jurídica processual enquanto tal. Assim, v.g., a prolação de uma decisão interlocutória, a prática de atos postulatorios como a apresentação de uma contestação, a perda da capacidade processual de uma das partes são fatos processuais (em sentido amplo) que geram efeitos processuais,

44. Apresenta-se, assim, com toda pertinência a advertência feita por FREDIE DIDIER JR.: “é preciso identificar e agrupar os fatos que possam ter relevância para o direito processual, pois esses é que compõem o objeto do excerto da ciência jurídica dedicada ao estudo do processo” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 244).

45. VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile*, vol. 1. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 306.

46. BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*, in Revista de Processo, nº 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 309.

47. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 243.

produzem situações jurídicas processuais, mas não interferem na estrutura da relação jurídica processual.

Assim, se partirmos da premissa de que nem todos os efeitos advindos dos fatos processuais repercutem na relação jurídica processual, somos forçados a considerar que os fatos jurídicos processuais são aqueles que geram situações jurídicas processuais (conceito mais abrangente).

Fixado o conceito de fato jurídico processual, passemos então ao exame das situações jurídicas processuais.

A noção que se tem hoje de situação jurídica processual tem raízes no pensamento de GOLDSCHMIDT⁴⁸, quando de seu ataque à noção de relação jurídica processual ao defender o processo como uma situação jurídica.

GOLDSCHMIDT⁴⁹ partiu da premissa de que o processo não poderia ser considerado uma série de atos isolados, mas um complexo de atos encaminhados a um fim e, mesmo possuindo vários sujeitos, não poderia ser considerado uma relação jurídica processual.

Na sua concepção, os nexos jurídicos entre os indivíduos no processo seriam *expectativas* de uma sentença favorável ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável. A parte que se encontra em situação de se proporcionar mediante um ato uma vantagem processual e, em definitivo, uma sentença favorável, tem uma possibilidade ou *ocasião processual*. Por outro lado, quando a parte precisa praticar um ato para prevenir um prejuízo processual e, em definitivo, uma sentença desfavorável, pesa sobre si um *ônus processual*⁵⁰.

A expectativa de uma vantagem processual, a dispensa de um ônus e a possibilidade de se chegar a tal situação pela realização de um ato processual correspondem a direitos (no sentido processual do termo). Contrariamente, havendo a necessidade de se praticar um ato para prevenir um prejuízo processual (ônus) tal situação corresponde ao conceito de dever ou obrigação⁵¹.

Essas categorias, para GOLDSCHMIDT, não se amoldariam ao conceito tradicional de relação jurídica. Sendo expectativas ou perspectivas de uma decisão judicial futura, representam, em verdade, *situações jurídicas*, isto é, o “estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo en las normas jurídicas”⁵². Isso porque, para ele, os liames processuais não seriam abstratos,

48. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 15 *et passim*.

49. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 25.

50. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 57-58.

51. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 60.

52. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 62.

mas teriam um conteúdo determinado pela aplicação do direito processual ao direito material que forma o objeto do processo⁵³.

O modo de ver e considerar o direito, que converte todas as relações jurídicas em expectativas ou perspectivas de uma decisão judicial de conteúdo determinado, pode se denominar de concepção “dinâmica” do direito em contraposição à concepção corrente, estática, que enfoca as relações jurídicas como conseqüências necessárias dos fatos pressupostos como realizados⁵⁴.

Em síntese, as situações jurídicas processuais, segundo GOLDSCHMIDT, tendo a natureza de um simples estado da parte em relação à espera da decisão judicial, poderiam ser simplificadas em: a) ocasiões processuais (relacionadas a direitos absolutos, direitos relativos e direitos potestativos processuais) e b) ônus processuais (relacionada aos deveres e obrigações jurídicas).

A noção de situação jurídica tal como proposta por GOLDSCHMIDT, apresenta alguns inconvenientes. Em primeiro lugar, porque as expectativas ou perspectivas representam um estado psicológico do sujeito em relação à decisão judicial que advirá, convertendo-se assim em uma noção metajurídica.

Em segundo lugar, pois o que até poderia ter a existência questionada ou posta em dúvida seria a situação substancial deduzida em juízo, a *res in iudicium deducta*, e não o processo em si. Essa crítica é endossada por CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “toda aquela situação de incerteza, expressa nos ônus, perspectivas, expectativas, possibilidades, refere-se à *res in iudicium deducta*, não ao *iudicium* em si mesmo: o que está posto em dúvida, e talvez exista ou não, é o direito subjetivo material, não o processo”⁵⁵⁻⁵⁶.

Em terceiro lugar, deve ser realçado que a concepção de situação jurídica, proposta por GOLDSCHMIDT, parece carecer de completude. Trata-se de uma tentativa de descrição do fenômeno jurídico processual insusceptível de abranger a posição do órgão jurisdicional.

Vale dizer, busca o autor descrever e reduzir o fenômeno processual à noção de situação jurídica (sua proposta é de superar o conceito de relação jurídica processual pelo conceito de processo enquanto situação jurídica), mas na qual o juiz não ocupa e nem titulariza nenhuma posição.

53. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 63.

54. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 65.

55. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 280.

56. No mesmo sentido argumenta ARAKEN DE ASSIS: “parece curial que a relação substantiva – às vezes, por hipótese, inexistente -, se diferencia daquele vínculo patente no processo” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 47).

Por isso, parece-nos mais útil a descrever as situações jurídicas processuais, seguindo o critério proposto por MARCOS BERNARDES DE MELLO, por nos parecer, inclusive, mais abrangente. A partir dessa perspectiva, identificamos as seguintes situações jurídicas processuais: i) qualidades processuais; ii) poderes processuais; iii) relações jurídicas processuais.

7.1. Qualidades processuais

As qualidades processuais são situações jurídicas simples unissubjetivas, ou, na terminologia de TORQUATO CASTRO, situações jurídicas uniposicionais.

O que as caracteriza é a circunstância de que do fato jurídico apenas decorrem uma qualificação⁵⁷ do sujeito em relação ao processo. Essa qualidade deve dizer respeito a apenas um sujeito isoladamente considerado, daí o seu caráter unissubjetivo.

Há normas processuais que se limitam a ligar a um fato previsto na hipótese normativa uma qualificação até não existente para um sujeito, sem que daí decorram relações jurídicas processuais. Um exemplo marcante dessa situação jurídica processual é a legitimidade *ad processum* (que não se confunde com a legitimidade *ad causam*, substancial). Como assinalado por GOUVEIA FILHO⁵⁸, a legitimidade processual é a aptidão necessária para a prática de determinado ato processual⁵⁹.

A competência também é um tipo de qualidade ostentada pelo juiz; do fato jurídico que gera a competência não surgem relações jurídicas; a falta da competência absoluta, no entanto, em alguns casos, gera conseqüências processuais. Na incompetência absoluta, os atos processuais decisórios são nulos (CPC, art. 113, § 2º), daí porque a competência absoluta, enquanto qualificação do juiz, também integra o suporte fático de regras processuais.

7.2. Poderes processuais

Os poderes processuais são situações jurídicas ativas. PAULA COSTA E SILVA⁶⁰ parte da constatação doutrinária de que haveria três tipos de situações jurídicas processuais: direitos, ônus e deveres, questionando em seguida se seria realmente possível identificar a existência das três categorias.

57. MARCOS BERNARDES DE MELLO (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88, nota 149) propõe a distinção entre *qualidade* (que seria uma situação protegida por direito subjetivo) e *qualificação* (que não constituiria direitos subjetivos). No texto, porém, tratamos indistintamente essas categorias.

58. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Existem Legitimações Puramente Processuais?* In Revista Dialética de Direito Processual, nº 65. São Paulo: Dialética, agosto/2008, p. 113.

59. Sobre uma distinção criteriosa entre legitimidade e capacidade processuais, conferir: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Existem Legitimações Puramente Processuais?* In Revista Dialética de Direito Processual, nº 65. São Paulo: Dialética, agosto/2008, p. 109 segs.

60. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 129.

Descreve que as partes, no desenrolar do processo, vão sendo investidas em poderes processuais, mas também lhes sendo impostos ônus e deveres. A primeira questão que se põe é saber de qual tipo de situação jurídica se está a tratar quando se descrevem os direitos processuais: seriam poderes ou direitos subjetivos? Muitos dos chamados “direitos” processuais (direito de apresentar contestação, direito de produzir prova etc.) constituem na verdade poderes, pois não é possível desdobrá-los em situações mais simples⁶¹.

Além do mais, essas situações não visam apenas conferir a possibilidade ao sujeito de apresentar contestação, produzir prova etc. Todas elas são instrumentais de outra realidade que transcende a cada uma delas: a de o sujeito poder influenciar, de modo efetivo, o resultado final do procedimento. Assim, essas situações processuais são simples poderes, que, por sua vez, se integram em uma situação jurídica mais ampla. Os poderes processuais se assemelhariam aos direitos potestativos, pois alterariam a ordem pré-existente mediante uma atuação voluntária do sujeito⁶².

CARNELUTTI⁶³ trata dos poderes processuais, mas com um sentido diferente do que aqui adotamos. Para ele, os poderes são o correlato da sujeição; trata-se, portanto, de uma situação jurídica relacional. Ocorre que o avanço para o confronto entre o poder e a sujeição significa, a nosso ver, invadir o campo próprio das relações jurídicas. A relação existente entre poder e sujeição é conteúdo de uma relação jurídica de direitos formativos (potestativos).

Por isso, enquadramos os poderes processuais como situações jurídicas complexas unilaterais, definidas por MARCOS BERNARDES DE MELLO⁶⁴ como a situação jurídica que supõe o envolvimento de mais de um sujeito, mas cujos efeitos se produzem apenas em um deles.

O poder processual, diferentemente do que acontece com a relação jurídica, é caracterizado justamente pela ausência de um correspondente passivo que se contrapusesse à posição do respectivo titular. Nesse sentido, é oportuna a observação de PAULA COSTA E SILVA: “O titular de um poder processual, que lhe permite praticar actos, não tem uma posição que se afira por contraposição à situação da parte contrária”⁶⁵.

61. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 130.

62. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 135-138.

63. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 116.

64. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163.

65. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 155.

O exemplo característico dos poderes processuais está no ônus. É lugar comum, principalmente a partir de GOLDSCHMIDT, a idéia de que o ônus constitui um imperativo do próprio interesse. Tradicionalmente, a doutrina classifica o ônus como uma situação jurídica passiva, sem correspondente ativo, pois o agente pratica o ato, desincumbindo-se do ônus, no interesse próprio e se o fizesse no interesse alheio, estar-se-ia diante de um dever jurídico.

Preferimos, contudo, adotar concepção inversa. Para nós, o ônus, é uma situação jurídica ativa⁶⁶. Trata-se de um poder atribuído para a prática de determinado ato no processo, sem uma situação de sujeição correlata (se houvesse não seria situação jurídica complexa unilateral, mas relação jurídica). Oportuna a lição de PONTES DE MIRANDA: “o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado”⁶⁷.

O que irá diferenciar o ônus dos demais poderes processuais é a circunstância de que *outra norma* comina para a hipótese do não exercício do poder uma consequência jurídica para o titular do ônus. Todavia, o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc. Todas essas situações representam autênticas posições ativas dos sujeitos, daí porque preferimos tratá-las como poderes processuais.

Também o juiz é dotado de poderes processuais. Trata-se de uma situação outorgada ao órgão jurisdicional para permitir realizar sua função. O juiz é dotado de poderes (v.g. poder geral de efetivação, previsto no art. 461 do CPC, poder de instrução, de que trata o art. 131 do CPC etc.), sem que haja necessidade de correspondência passiva. O poder de instrução não constitui uma relação jurídica processual entre as partes e o juiz. Ao contrário, a relação processual é pressuposto para o surgimento de tal poder e, mesmo após o seu exercício pelo juiz, a relação jurídica processual permanece intacta (salvo a superveniência de outro fato capaz de extingui-la).

7.3. Relações jurídicas processuais

O traço característico da relação jurídica está na circunstância de que ela vincula dois sujeitos de direito a respeito de um objeto, tendo como conteúdo mínimo o direito subjetivo e o correlativo dever⁶⁸ e suas respectivas extensões, como pretensões,

66. TESHEINER, José Maria Rosa. *Sobre o Ônus da Prova*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006, p. 355 e segs. Convém esclarecer, porém, que TESHEINER inclui o ônus na classe dos direitos formativos, pois, para ele, sempre haveria uma situação de sujeição correlativa ao do titular do direito, perspectiva que, como visto, não adotamos.

67. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 217.

68. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 171 e segs.

ações⁶⁹, obrigações e situação de acionado. Assim, o direito subjetivo processual nada mais é do que uma dada relação jurídica processual vista sob o ângulo do sujeito passivo, enquanto os deveres processuais refletem a posição daquele que se encontra como sujeito passivo de uma relação processual.

Tradicionalmente se tem concebido a relação jurídica processual como o vínculo, resultante do exercício do direito de ação, através do qual o Estado-juiz se obriga a dar solução a uma controvérsia jurídica concreta.

Trata-se de noção herdada de BÜLOW⁷⁰, para quem o processo seria uma relação jurídica pública, pois os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre funcionários do Estado e os cidadãos, que avançaria gradualmente e se desenvolveria passo a passo, enquanto a relação jurídica privada, que constituiria o objeto de debate judicial, apresentava-se totalmente concluída.

O próprio processo, então, a partir de BÜLOW passou a ser visto como uma relação jurídica processual. Posteriormente, surgiram críticas a essa concepção.

7.3.1. *Objecções à noção de processo como relação jurídica processual*

Atualmente, o conceito de relação jurídica vem sofrendo importantes objeções.

Para MITIDIERO, a noção de relação jurídica seria infrutífera ao Direito Processual Civil, pois, ao ser concebida, estava ainda dependente do manancial teórico advindo do direito material⁷¹. O conceito de relação jurídica processual, por ser estático, conviveria mal com a dinamicidade do processo, inerente à temporalidade em que se desenvolvem os atos do procedimento⁷².

Já segundo MARINONI, a teoria da relação jurídica processual encobre as intenções do Estado (de quem está no poder), ignora as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades do caso concreto⁷³. A neutralidade do esquema da relação jurídica processual imunizaria o processo em relação à legitimidade do exercício do poder⁷⁴.

69. Sobre o conceito de ação, nessa perspectiva, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 105 e segs.

70. BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2ª Ed. Campinas: LZN Editora, 2005, p. 6.

71. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140.

72. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 141.

73. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1. São Paulo: RT, 2006, p. 396.

74. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1. São Paulo: RT, 2006, p. 398.

FAZZALARI obtempera que o processo e o procedimento são identificados pelo ato final que a este põe fim. Os conceitos de ação e relação jurídica processual, construídos sob inspiração civilista, deveriam, segundo sua ótica, ser abandonados. A relação jurídica, como um esquema simples, seria um esquema estático, incapaz de conter a complexidade do processo⁷⁵.

7.3.2. *Análise crítica*

As críticas dirigidas ao conceito de relação jurídica processual, a nosso ver, devem ser recebidas com reservas. Primeiramente, não se pode perder de vista que o conceito de relação jurídica, estando no plano da Teoria Geral do Direito, tende à neutralidade (já que utilizável em todas as subáreas do conhecimento jurídico) e isso não deixa de ser uma virtude. Trata-se de uma noção estrutural, um conceito jurídico-fundamental, que auxilia na descrição do fenômeno jurídico.

A questão relativa à suposta “inadequação ideológica” não nos parece decisiva, pois a ciência não deve buscar estabelecer conceitos que tenham por escopo legitimar essa ou aquela posição política. Isso não é função da Teoria Geral do Direito, razão pela qual a neutralidade do conceito se apresenta benéfica.

Embora relativamente estático⁷⁶, o conceito de relação jurídica processual não se revela imprestável ou desvestido de utilidade. Mas para isso é necessário desde já deixar assentado que o fenômeno processual não pode ser reduzido à noção de relação jurídica processual. Sob o ângulo da dinamicidade, a concepção mais adequada é a que vê o processo como fato jurídico. Isso, porém, não exclui a possibilidade da existência de relações processuais, como bem advertiu PAULA COSTA E SILVA: “da circunstância de se negar a possibilidade de qualificação do processo como relação não decorre que deva negar-se que o processo, enquanto facto, não determine a constituição de relações jurídicas”⁷⁷.

O processo, como afirmou ROSENBERG⁷⁸, está sujeito à dupla consideração: como procedimento, abrangendo a totalidade das atuações dos sujeitos processuais

75. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 140-141.

76. O próprio caráter estático da relação jurídica é relativo, pois há concepções que buscam atribuir dinamicidade ao vínculo obrigacional (gênero do qual a relação processual é espécie), tratando a obrigação como um processo, considerando todas as fases que acontecem desde a criação até a extinção do vínculo. “Com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2008, p. 20).

77. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 128.

78. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, trad. Angela Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 8.

executadas sucessivamente, mas também como relação jurídica, isto é, como a totalidade das relações processuais produzidas entre o juiz e as partes.

Como bem ponderou Ovídio Baptista da Silva⁷⁹, é possível também admitir a noção de processo como uma relação jurídica e, ao mesmo tempo, tratar as suas categorias correlatas como elementos de uma situação jurídica.

Portanto, o conceito de relação jurídica resiste às restrições doutrinárias e sobrevive, revelando-se de grande utilidade atualmente, embora o processo não possa ser reduzido apenas a uma relação jurídica processual.

Isso nos permite afirmar que dos fatos processuais decorrem relações jurídicas processuais. A principal delas é que se estabelece entre o autor e o juiz, quando do exercício da pretensão à tutela jurídica (direito de ação), angularizando-se com a citação do réu⁸⁰.

Essa relação (a relação processual propriamente dita) não exaure a ocorrência de relações como efeitos de fatos jurídicos processuais. Muitas outras surgem, vinculando autor e juiz, réu e juiz e autor e réu. O dever recíproco de atuar segundo a boa-fé objetiva (CPC, art. 14) é a demonstração clara de que existem relações jurídicas processuais vinculando as partes entre si.

Portanto, há a relação jurídica processual (que não deve ser usada com a pretensão de exaurir o fenômeno processual), assim como pode haver outras tantas relações jurídicas processuais decorrentes de fatos jurídicos processuais.

8. CONCLUSÃO

Ao final do exposto, podemos apresentar as seguintes conclusões:

- i) o conceito de situação jurídica é lógico-jurídico e pertence à Teoria Geral do Direito;
- ii) estando alçado ao nível da Teoria Geral do Direito, o conceito tem aplicabilidade em todos os subdomínios do conhecimento científico jurídico (*stricto sensu*), inclusive ao Direito Processual;
- iii) os fatos jurídicos processuais são a fonte das situações jurídicas processuais;
- iv) as situações jurídicas processuais designam um estado do sujeito em relação ao fato previsto na norma processual;
- v) As situações jurídicas processuais, dentre os variados critérios existentes, também podem ser classificadas em: a) qualificações processuais; b) poderes processuais; c) relações jurídicas processuais.

79. SILVA, Ovídio baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol 1. São Paulo: RT, 2000, p. 20.

80. MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 198-199.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*, in Revista de Processo, nº 148. São Paulo: RT, junho, 2007.
- BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2ª Ed. Campinas: LZN Editora, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I, trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estúdios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)*, t. 1. México: UNAM, 1992.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 3, trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJEJA, 1961.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Existem Legitimações Puramente Processuais?* In Revista Dialética de Direito Processual, nº 65. São Paulo: Dialética, agosto/2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, V. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- OLIVEIRA JUNIOR, Valdir de. *Existe uma Teoria Geral do Processo?* In DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1. São Paulo: RT, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsóí, 1955.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, trad. Angela Vera. Buenos Aires: EJA, 1955.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, V. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva: 2007.
- SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2008.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol 1. São Paulo: RT, 2000.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- TERÁN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho*. 14ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1998.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Sobre o Ônus da Prova*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile*, vol. 1. Napoli: Jovene Editore, 2002.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Norma Jurídica – Proposição Jurídica (significação semiótica)*, in Revista de Direito Público, n. 61, São Paulo: RT, jan/mar 1982.

CAPÍTULO XXXIV

**PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA TUTELA COLETIVA.
A CONTRIBUIÇÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA
A PARTIR DE HANNAH ARENDT**

*Rafael Felgueiras Rolo**

Sumário • 1. Introdução – 2. O processo como ambiente político. O Acesso à Justiça. Filosofia-Política segundo Hannah Arendt: 2.1. Considerações iniciais; 2.2. O Conceito de Política. Repúdio à relação entre meios e fins; 2.3. A separação entre política e filosofia. Distinções entre *práxis e teoria* e a legitimação da teoria da relação entre meios e fins após a morte de Sócrates; 2.4. A democratização do ambiente político; 2.5. Processo coletivo e a função política da jurisdição – 3. Pressupostos processuais coletivos. Críticas: 3.1. Considerações iniciais; 3.2. “Pressupostos processuais” específicos das ações coletivas; 3.3. Natureza Jurídica dos *Prerequisites* da *Rule 23(a)*, segundo a teoria do fato jurídico: 3.3.1. Pressupostos processuais de existência. *Numerosity* e *Common Question*; 3.3.2. Requisito processual de validade – Adequada Representação; 3.3.3. Tipicidade – Requisito de validade da adequada representação; 3.4. Função das hipóteses de cabimento da *Rule 23(b)* para o entendimento da classificação do art. 81, parágrafo único do CDC – 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A problemática atual envolvendo as dificuldades do “acesso à justiça” faz parte da preocupação da mais moderna doutrina jurídica no Brasil e no mundo. As questões concernentes à distribuição do ônus do tempo no processo, isenção de despesas processuais aos mais necessitados, culminando com as reformas legislativas tendentes a enxugar o procedimento civil, são inerentes à dogmática vigente em prol da promessa constitucional de efetivação da justiça.

A discussão acerca dos mecanismos específicos de tutela inerentes à massificação dos direitos é relativamente recente no Brasil. Embora possa ser dito que a doutrina nacional do processo coletivo seja uma das mais avançadas da atualidade, ainda existem inúmeros aspectos que estão a necessitar de reflexão mais profunda por parte de juristas, processualistas ou não.

* Bacharel em Direito pela UFPA.

Interessa para esta pesquisa empreender real crítica ao juízo de admissibilidade do processo coletivo brasileiro, à luz de um específico paradigma: o das *class actions* americanas. Pelo estudo das fontes filosóficas do processo enquanto ambiente político e do estudo dos direitos fundamentais, tendo em mente o fato de o acesso à justiça, por meio do processo coletivo, ser desiderato constitucional expresso, procurar-se-á estabelecer direcionamento para a teoria dos “pressupostos processuais” da tutela coletiva brasileira, de modo a funcionalizar o conhecimento a ser realizado por magistrados nas lides envolvendo direitos metaindividuais.

Vale ressaltar liminarmente. Qualquer construção teórica a recair sobre tema de relevância jurídica, não pode olvidar da eficácia irradiante e vinculante das normas constitucionais. A Constituição de 1988, embora não tenha sido o primeiro diploma jurídico a tratar da coletivização dos conflitos, foi efetivamente um marco na história brasileira. Não somente por ter sido a Carta Fundamental a quebrar com o *status quo* das três décadas anteriores, de ditadura militar e repressão política, mas porque posicionou o Brasil em patamar de excelência, em termos de técnica legislativa, outrora não visto.

A “Constituição cidadã”, ao elencar os direitos fundamentais nos termos de uma cláusula geral de fundamentabilidade material (art. 5º, §2º da CF/88) e conceder-lhes força imediata para a produção de efeitos sem opor qualquer restrição, criou, conforme exegese proposta por Robert Alexy¹ e endossada por Gomes Canotilho² e Ingo Wolfgang Sarlet³, dentre muitos outros, presunção à máxima eficácia possível desses preceitos com a finalidade de propiciar a devida efetivação dos valores magnos expressos no Texto Constitucional em face dos problemas casuísticos da prática social atual.

Nesse contexto (pós-1988), o direito ao acesso à ordem jurídica justa é preceito fundamental expresso, ensejando a necessidade de imediata otimização. O estudo em questão, dos “pressupostos processuais” ante ao juízo de admissibilidade da tutela coletiva, no esteio da concepção americana das *class actions*, pretende contribuir com o panorama atual pertinente à matéria.

O artigo está dividido em dois grandes momentos. No primeiro propõe-se a contextualização do tema do juízo de admissibilidade em razão da função política do processo. Já no segundo, com maiores subsídios filosófico-políticos, partir-se-á pa-

1. ALEXY, Robert; trad. PULIDO, Carlos Bernal. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
2. Apud CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.
3. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ra uma proposta de compreensão do juízo de admissibilidade no processo coletivo brasileiro.

2. O PROCESSO COMO AMBIENTE POLÍTICO. O ACESSO À JUSTIÇA. FILOSOFIA-POLÍTICA SEGUNDO HANNAH ARENDT

2.1. Considerações iniciais

Interessa ressaltar a específica noção histórica importada para o corpo desta pesquisa. Trata-se de visão exprimida no último grande livro de Hannah Arendt⁴, cujo título, em inglês, é *The Promise of Politics*⁵. O entendimento do processo como ambiente político é de curial importância para a firme compreensão do real significado do direito fundamental ao acesso à justiça. Para tanto, deve ser feito breve apanhado histórico do ambiente político desde a antiguidade até os dias atuais, desde Platão (tido como o pai da Filosofia-política moderna) até o século XXI.

2.2. O Conceito de Política. Repúdio à relação entre meios e fins

Primeiramente, cumpre mencionar uma visão liminar sobre o conceito de política. Na acepção aqui escolhida, política é o “ambiente da interação social”, seja para manter o *status quo*, seja para totalmente negá-lo. Esse conceito é crucial para demonstrar que a atividade politicamente dirigida⁶ não se coaduna perfeitamente com uma relação de “meios e fins”, pois, para a compreensão de seu conteúdo, um terceiro elemento mostra-se muito mais proveitoso do ponto de vista lógico-sistêmico. Esse aspecto diferenciador foi bem evidenciado por Arendt⁷ ao estudar os elementos de qualquer ação humana.

Clarificando a idéia, a grande filósofa procura estabelecer uma diferenciação entre os “meios” (*meanings*), os “fins” (*ends*) e os “alvos” (*goals*) da atuação política. Os “meios”, no contexto que ora se propõe, seriam elementos inerentes à atividade

4. Hannah Arendt, filósofa judia, sobrevivente do holocausto, nascida em Linden na Alemanha, radicou-se nos Estados Unidos, onde faleceu em 1975, na cidade de Nova York. Suas obras primas são *The Origins of Totalitarianism* e *The Human Condition*. Estudou com grandes filósofos tais como Karl Jaspers (seu orientador de doutorado) e Martin Heidegger (membro do partido nazista e grande amigo de Arendt, apesar das circunstâncias da época).
5. *The Promise of Politics* foi escrito em meio à Guerra-Fria. As concepções atinentes à apocalíptica previsão das possíveis conseqüências do confronto, a provável “Guerra de Aniquilação Total” e o sucateamento das soluções políticas são os motores da obra. A obra procura reabilitar a função da política em meio a tão tormentosos prognósticos, à época.
6. A mestra conceitua a atividade política como: “A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde a condição humana de pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. (...) A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (ARENDR, Hannah; trad. RAPOSO, Roberto. *op. cit.* p.15 e 16).
7. ARENDR, Hannah; trad. KOHN, Jerome. *op. cit.* p. 193-194.

dirigida à vida pública e, como tal, possuiria existência limitada à duração da própria ação no espaço/tempo. Uma vez concluída a ação, seus “meios” desaparecem, dando lugar às mais variadas conseqüências. Os “fins” políticos, em contrapartida, são os efeitos de uma determinada ação. Seriam elementos externos à política e, portanto, seriam elementos apolíticos. Por derradeiro, os “alvos” políticos são os elementos orientadores de qualquer atividade nesta seara. São espécies de princípios, portanto, denotam elevada carga axiológica, estabelecendo o padrão pelo qual todo o resto (os “meios e fins”) deva ser julgado, permeando a própria conduta política, transcendendo seus limites para algo muito maior.

Em comparação entre os conceitos exibidos, os “alvos” políticos são semelhantes com os “fins” no ponto em que ambos são elementos externos à ação, em virtude disso, são possuidores de vida própria e independente da conduta, todavia, ao contrário dos “fins”, os “alvos” existem antes da conclusão da atuação política. Já na relação de semelhanças entre “meios” e “alvos”, ambos são assemelhados por serem pouco tangíveis, se comparados com os “fins”, porém ambos distinguem-se no ponto em que os “alvos” continuam a existir independentemente da extinção da conduta política.

Destarte, dizer que a política nada mais é do que uma relação de “meios e fins”, como o faz a doutrina marxista, é compreender parcialmente (no mínimo!) esse ambiente tão importante à vida humana. Se a política for apreendida somente em função dos “fins”, seria o mesmo que dizer que o estudo da política preocupa-se com tudo aquilo que é apolítico, pois como cedo, os efeitos do ato (politicamente dirigido) não lhe integram. Porém, em contrapartida, se a política for compreendida como mero “meio”, então, corre-se o risco de o ambiente político desaparecer completamente enquanto possibilidade humana, uma vez compreendidos os “meios” como delimitados na relação de espaço/tempo, subordinados aos “fins” aos quais se destina.

O entendimento da política enquanto a necessária relação de “meios e fins” ou, mais propriamente, na relação de força hierárquica entre fortes e fracos, segundo a concepção marxista, é lícita somente para uma doutrina legitimadora da força bruta, pois relega a função política a plano secundário e menos relevante aos “fins” buscados. Cumpre mencionar. A política termina onde a força bruta começa. As relações entre forte e fraco são, em tudo, apolíticas. O hipossuficiente da relação, se não efetivada a noção de igualdade material, não possui meios para uma atuar no espaço público, mas tão-somente para resistir, ainda que precariamente, à força bruta.

A inclusão dos “alvos” como elemento ligado à noção do ambiente político é de curial importância para a reabilitação da ação humana no seio da pós-modernidade. A transcendência da atividade humana, muito mais relevante se comparada com a simplória relação de “meios” e “fins” é a real possibilitadora de uma doutrina filosófica do “processo enquanto ambiente político”.

2.3. A separação entre política e filosofia. Distinções entre *práxis* e *teoria* e a legitimação da teoria da relação entre meios e fins após a morte de Sócrates

A morte de Sócrates⁸ foi marco histórico de grande relevância para o entendimento da política enquanto função secundária à persecução dos objetivos sociais, ou seja, enquanto “meio” destinado à persecução dos “fins” sociais. A condenação de Sócrates, destarte, foi fundamental para a separação entre política e filosofia no seio da Cidade-Estado ateniense.

A falha do método dialético desaguou na extrema desconfiança de Platão para com a vida em sociedade⁹. A criação da Academia e a separação entre *práxis* e *teoria*, ou seja, entre *vita activa* e *vita contemplativa*, deu-se em razão desse relevante fato histórico. A mensagem de Platão, no mito da caverna, deve ser entendida segundo essa indispensável contribuição¹⁰, pois o filósofo, para libertar-se das amarras ao seu conhecimento, deve cada vez mais distanciar-se de seu semelhante, até conseguir livrar-se do ambiente pouco iluminado em que habita. Ao sair da caverna o filósofo está sozinho e desamparado, longe de qualquer proteção proporcionada pela sociedade, sujeito a todo e qualquer risco à vida.

A separação entre *teoria* e *praxis* é patente também no trabalho filosófico de Aristóteles, embora com menor intensidade se comparado com Platão. A distinção entre a capacidade política (*phrônesis*) e espírito filosófico (*nous*) é constante nos escritos aristotélicos. Para ele, a sede pelo conhecimento inicia e termina com a “muda contemplação”¹¹, sendo as possibilidades práticas inerentes à *praxis* limitadas aos intervalos entre os estados de “êxtase epistêmico”.

8. Interessante comparação entre a morte de Sócrates (para a filosofia) e a morte de Jesus (para a fé cristã) é empreendida por Arendt para explicar a repercussão da injustiça ateniense ao pensamento filosófico. Para Arendt: “*The gulf between philosophy and politics opened historically with the trial and condemnation of Socrates, which in the history of political thought plays the same role of a turning point that the trial and condemnation of Jesus plays in the history of religion. Our tradition of political thought began when the death of Socrates made Plato despair of polis life and, at the same time, doubt certain fundamentals of Socrates’ teachings*”. (ARENDR, Hannah; trad. KOHN, Jerome. *op. cit.* p. 6). Em português: “O abismo entre filosofia e política abriu-se historicamente com o julgamento e a condenação de Sócrates, fato que na história da política exerce o mesmo papel de reviravolta que a morte de Jesus exerce para a história da religião. Nossa tradição de pensamento político começou quando a morte de Sócrates fez Platão desesperar-se quanto à vida na pólis e, ao mesmo tempo, duvidar de alguns ensinamentos fundamentais de Sócrates” (Tradução Livre).
9. “What appears in the *Republic* as a strictly philosophical argument had been prompted by an exclusive political experience – the trial and death of Socrates – and it was not Plato but Socrates who was the first philosopher to overstep the line drawn by the polis for the *sophos*, for the man who is concerned with the eternal, nonhuman, and nonpolitical things” (ARENDR, Hannah; ed. KOHN, Jerome. *op. cit.* p. 11). Em português: “O que aparece na *República* como simples argumento filosófico foi fomentado por um argumento exclusivamente político – o julgamento e a morte de Sócrates – e não foi Platão, mas Sócrates, o primeiro filósofo a cruzar a linha entre a pólis e os *sophos*, como o homem preocupado com objetos eternos, inumano e não-político” (Tradução Livre).
10. ARENDR, Hannah; trad. KOHN, Jerome. *op. cit.* p. 10.
11. Como relata Arendt, para esses filósofos o conhecimento não poderia ser satisfeito com palavras. O fim da busca das respostas universais seria sempre a muda contemplação, que Kirkengraad posteriormente

Essa ruptura originada na Grécia clássica estendeu-se até o século XIX, com o pensamento Marxista. Karl Marx, apesar de todas as críticas relacionadas à sua obra, foi pensador fundamental à reabilitação política dentro do contexto da revolução industrial. Mediante releitura da tese nº. 11 de Feuerbach, a qual preconizava a necessidade de maior teor prático à filosofia, Marx deu causa a todo o pensamento reformista da filosofia-política moderna¹². As duras críticas de Arendt ao trabalho de Marx dizem respeito à falha na compreensão do método materialista-histórico acerca da concepção da política enquanto uma relação de força, redundante na relação entre proletário e detentor do capital.

Arendt, na tentativa de explicar o contexto da guerra-fria trata da “desertificação” do espaço político em face da guerra-fria. Aqui é o ponto onde a presente exposição aparta-se da concepção da mestra, pois a visão da filósofa alemã, ante os temores da II Guerra Mundial e à possível guerra de aniquilação total (a hobbesiana guerra “de todos contra todos”), reporta à noção extremamente pessimista do ambiente político, pensamento que não tem cabimento nos dias atuais.

Hoje, ante a democratização dos meios de comunicação, é possível aferir-se a pluralização do ambiente político, não mais restrito à cúpula de um determinado Estado ou Governo. Para a presente monografia, a conclusão a que chega Arendt não satisfaz à atualidade, de acordo com uma visão do “micro-cosmos” político. Pode-se dizer que, com a modernidade, o meio político se esfacela em várias partículas, a partir da concepção de igualdade material, sendo crível falar-se de diversos ambientes políticos sobrepostos uns aos outros, em total contraposição com relação ao processo de “desertificação”, de que trata a grande filósofa.

O ambiente judicial é símbolo desse esfacelamento do ambiente político. As noções de acesso à justiça são diretamente relacionadas com o acesso à instância política do processo, dentre várias outras variáveis que não dizem respeito ao corte epistemológico do presente artigo. A construção de um ambiente político forte (de grande interação entre os seus sujeitos) e a possibilidade de solução do máximo de conflitos assemelhados, conforme as necessidades da tutela coletiva são matérias atinentes ao acesso à justiça segundo o acesso ao ambiente político.

2.4. A democratização do ambiente político

A política é substrato da pluralidade humana. A ciência política preocupa-se com o estudo dos “homens”, diferenciando-se da teologia, psicologia e da filosofia

veio a conceber como a vivência do “nada”, o sentimento do “nada”. ARENDT, Hannah; trad. KOHN, Jerome. *op. cit.* p. 33.

12. Para Arendt, os filósofos Marx e Nietzsche (em sua tentativa de reabilitação do poder) são os últimos expoentes da cadeia filosófica originada por Platão. Segundo a autora, como esses autores são o elo entre a antiga e a moderna filosofia, seus escritos não conseguem se desvencilhar das antigas concepções. ARENDT, Hannah; trad. KOHN, Jerome. *op. cit.* p. 71 a 80.

clássica, as quais se preocupam em estudar “o homem”. Nesses termos, a política¹³, por ser possibilitadora da relação entre igualdade e diversidade humana, consubstancia-se em atividade capaz de garantir a coexistência e associação de tudo aquilo que é diferente¹⁴.

Forte em Marx é a noção de que as relações políticas devem ser entendidas como o ambiente da *práxis*, pois de nada vale a capacidade de se decidir os prováveis rumos dos atos humanos, se o próprio “ser pensante” não pode atuar para guiar à melhor solução provável. A pluralização dos ambientes propiciadores das interações humanas deve ser compreendida como a democratização do ambiente prático. Política não se faz somente em Brasília, mas sim em qualquer lugar onde haja a “possibilidade do outro”, nos termos das noções de pluralidade.

O processo judicial, nesse sentido, seria ambiente político por excelência. As partes são iguais¹⁵ umas às outras perante o julgador, o qual é ser político¹⁶ como qualquer outro, na tentativa da resolução de conflitos ou de incertezas jurídicas. O acesso à justiça é elementar a essa condição.

A concepção “chiovendiana” (processo enquanto fim em si mesmo) e a da instrumentalidade¹⁷ (processo enquanto mero instrumento) são apenas parciais e,

-
13. Antes de tudo, uma advertência. O homem não é um ser político. A política não é pressuposto à existência humana. A pluralidade não surge na existência de um homem, mas simplesmente da correlação deste com o outro. O ambiente político é o que permeia a pluralidade de homens em suas relações com os demais seres racionais. Se assim o é, nem todo ser humano é político, pois, assim como a vida filosófica, a vida política é decorrente de um processo de escolha, reconhecido pelos gregos como verdadeiro *pathos*, devendo ser superados os obstáculos de forma a garantir a permanência do indivíduo no meio político. No mesmo sentido, vide: CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 64-65.
 14. ARENDT, Hannah; trad. KOHN, Jerome. *op. cit.* p. 93.
 15. Essa igualdade deve ser percebida como garantia material e não meramente formal do meio processual. Destarte, se não houver isonomia *de facto*, cabe ao ordenamento dar vazão às aspirações humanas por meio da abstenção ou prestação estatal, seja por parte do Estado-Legislator, seja do Estado-Juiz (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou *Austrahlungswirkung*).
 16. Com essa afirmativa quer-se deixar claro que o magistrado não está nem acima nem abaixo às partes, quando no exercício de sua função jurisdicional, ele é, simplesmente, igual. O juiz é personagem imprescindível, representando o Estado na solução dos conflitos de certeza. Por isso que Dworkin dá tanta relevância à função da virtude da integridade (*integrity*) no exercício jurisdicional. O magistrado, baseado em argumentos de princípio, deve prestar muita atenção ao que foi decidido anteriormente, nos casos assemelhados (utilizando a técnica de *distinguishing*), de modo a bem representar o que pensam os demais magistrados sobre o caso em questão.
 17. A legitimação da relação entre meios e fins é patente em Dinamarca. Segundo esse mestre: “Nem mesmo a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia de processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: *o acesso à justiça*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 361). O acesso à justiça é visto como o produto do contraditório (ou a “síntese”, nas palavras do mestre), todavia, não seria esse “acesso” o próprio meio pelo qual o contraditório é oportunizado? Haveria um círculo virtuoso (ou vicioso) no trato desses princípios? De feito, o processo não pode

portanto, inidôneas à total compreensão do acesso à justiça enquanto acesso ao ambiente político.

Em suma, se o processo for mero meio destinado a um fim, então é lícito pressupor que o processo é subalterno ao fim ao qual se destina, ou que se trata de instância dispensável e de menor valor, podendo ceder lugar à força bruta toda vez que o “desejato da justiça” seja mais bem alcançado pela *barbárie*. Essa concepção, todavia, não retrata a prática judicial, pois não corresponde ao pensamento daqueles que atuam no Judiciário. O processo é instância indispensável à composição das relações de incerteza da vida humana, exatamente como qualquer instância política. Assim, se o processo é ambiente político, e a política é uma das principais possibilidades do ser humano, o acesso deve ser oportunizado na maior medida possível, pois se trata de questão humanizante¹⁸.

Dentro do conceito do “processo enquanto ambiente político”, a melhor concepção, a que pressupõe a existência do terceiro elemento antes elencado, qual seja o elemento político dos “alvos”, é a do formalismo-valorativo¹⁹, corrente para a qual o processo e o procedimento possuem uma importância que lhes é própria e transcende a simplória relação entre “meios e fins”.

Essa conexão entre o formalismo-valorativo e a transcendência política da função jurisdicional é muito bem abordada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Segundo o autor:

Mostra-se totalmente inadequado, assim, conceber o processo, apesar de seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica de instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial²⁰.

ser visto como uma relação de “meios e fins” e isso se dá em virtude de seu escopo político, como se tenta demonstrar.

18. José Joaquim Calmon de Passos já criticava a instrumentalidade processual em obra datada de 1999. Segundo o saudoso mestre baiano: “O processo no âmbito jurídico, não é, portanto, algo que se opera como simples meio, instrumento, sim como elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação de meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial” (PASSOS, J.J. Calmon. *Direito, Poder, Justiça e Processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68).
19. Por todos, vide: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
20. OLIVEIRA, C. A. A. *Do Formalismo... op. cit.* p. 72/73. Assim como em: OLIVEIRA, C. A. A. *O Formalismo-Valorativo no confronto com o Formalismo-Excessivo*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. rev. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2008. p. 370.

O processo sofre confluência direta da noção axiológica de certa sociedade em determinada época²¹. Hoje, tal concepção reflete no simples fato de que nenhuma noção valorativa do conceito e da importância do processo pode olvidar do estudo dos Direitos Fundamentais. O processo, enquanto ambiente político, deve estar atento à força vinculante desses preceitos, justamente pela transcendência que lhe é própria.

Nos termos do magistério de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o processo é o resultado da acomodação entre diversos valores conflitantes, dentre eles, ganha relevo, para o que ora se propõe, a dialética entre a segurança jurídica²², a ser propiciada pela decisão judicial, e a efetividade desse provimento jurisdicional, para influenciar positivamente nas relações humanas. Esse conflito é característico da promessa constitucional do direito de ação, integrando, deste modo, o ambiente político, o qual, apesar das contingências atinentes à seguridade *versus* celeridade deve ser implementado na maior medida possível, segundo os termos do mandado de otimização (*optimierungsgebote*).

Assim, para o formalismo valorativo, o processo não seria o mero instrumento da jurisdição, muito menos se confundiria com a própria função jurisdicional. Seguindo a corrente defendida, o processo é imprescindível ao modo de ser da vida humana, de acordo com suas necessidades políticas, pois é capaz de contrapor e ponderar valores fundamentais conflitantes, de modo a legitimar a função jurisdicional, garantindo aos indivíduos uma parcela de responsabilidade pelos rumos do Estado, a partir de uma atuação baseada no diálogo e na motivação das decisões dos magistrados e, portanto, política.

2.5. Processo coletivo e a função política da jurisdição

A partir da concepção do processo enquanto ambiente político, possuidor de eficácia transcendente à mera vinculação endoprocessual e *inter partes* é possível concluir a abordagem prescrita com afirmação relativa ao direito de ação enquanto direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa²³.

21. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira faz referência a Friedrich Stein, autor alemão, escritor do livro *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*. Stein explica que o processo, enquanto “direito técnico” é dominado por valores cambiáveis, sendo produto de seu tempo e espaço, não podendo estar a frente do estágio cultural de seu ambiente político. Em alemão: “*der Prozess ist für mich das ‘technische Recht’ in seine allerschärfsten Ausprägung, von wechseldenen Zweckmässigkeiten beherrscht, der Ewigkeit wertbar*”. (OLIVEIRA, C. A. A. *Do Formalismo... op cit.* p. 73 e OLIVEIRA, C. A. A. *Formalismo-Valorativo no confronto... in: DIDIER JR, F. (Org.) Leituras... p. 370*).
22. Não confundir a segurança jurídica com a “ideologia” da segurança. Aquela é valor fundamental apto a colidir com os demais valores de mesma índole, de modo a ser otimizada na maior medida possível, enquanto que esta nega qualquer possibilidade de dialética entre valores fundamentais, demonstrando tendência à exclusão de todos os demais da equação de ponderação. Vide: OLIVEIRA, C. A. A. *Do Formalismo... op. cit.* p. 79/83.
23. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 208.

A participação política dos indivíduos no processo faz parte da promessa de acesso à ordem jurídica justa, sendo a concepção de “processo como ambiente político” ideal para caracterizar o quão necessária é essa instância para a regulação das situações jurídicas existentes.

Se o processo é ambiente político, é ambiente da democracia. Os argumentos da concepção teórica que advoga o déficit democrático da atuação jurisdicional não pode prevalecer. O processo é propiciador da intervenção direta do indivíduo nos rumos do Estado. É a forma pela qual, cidadãos podem requerer, de imediato, a resposta estatal, consubstanciada a partir das noções do diálogo e da fundamentação racional das decisões.

O poder do magistrado, na condução do processo não se confunde com força bruta. Como explicado, a força bruta não tem espaço no ambiente político, estando à margem de qualquer atuação nesta seara. O poder do juiz é exercido entre cidadãos, em meio ao diálogo e ao discurso, face à argumentação e tendo em mente os valores constitucionais magnos.

Se assim o é, não há função mais democrática que a jurisdicional. Nem no exercício do poder-dever de voto pode o indivíduo valer-se da prerrogativa de ser ouvido por ente estatal *a priori* designado para compor situações de incerteza, por meio de uma resposta advinda da capacidade de racionalização dos diversos pontos de vista em questão e, destarte, legitimada a produzir efeitos no mundo dos fatos a contar do momento em que proferida.

O processo coletivo não foge ao panorama aqui traçado. Assim sendo, deve ser tratado da mesma forma pelo Estado e pelos particulares, de modo a permitir uma maior abertura aos verdadeiros interessados para apresentarem suas objeções e opiniões dentro do diálogo jurídico lastreado por valores constitucionais. Tal objetivo é preconizado por Peter Häberle ao estabelecer noção de “sociedade aberta aos intérpretes da Constituição”²⁴.

A abertura processual à intervenção dos indivíduos diretamente relacionados à questão posta em Juízo e o estudo crítico da matéria, como adiante será proposto, são imprescindíveis. A crítica aos aspectos do juízo de admissibilidade do processo coletivo aqui proposto, com base nos direitos fundamentais e pela pesquisa realizada sobre a temática das *class actions* americanas, parte desse pressuposto.

No trabalho em questão, como já explicado, tentar-se-á contribuir com o debate sobre as questões atinentes ao juízo de admissibilidade do processo coletivo. A intenção é criticar o modo de ser do processo brasileiro em ponto de grande relevância,

24. *Apud* CUNHA JR, D. da. *op. cit.* p. 225 e ss.

segundo abordagem lógica, a partir da adoção da premissa exposta do acesso ao processo enquanto acesso ao ambiente político²⁵.

O processo, como fruto direto do direito fundamental de ação é fator que deve ser otimizado simplesmente por consubstanciar valor constitucional magno, relativo a mais nobre possibilidade humana, qual seja à de interação e relacionamento dentro do ambiente da pluralidade, propício ao debate jurídico. O juízo de admissibilidade nas ações coletivas não pode querer fugir às raias da constitucionalidade moderna.

3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS COLETIVOS. CRÍTICAS

3.1. Considerações iniciais

Após essa digressão filosófica, serão estabelecidas duas críticas à atualidade doutrinária e legislativa do procedimento coletivo brasileiro, no que diz respeito ao juízo de admissibilidade do processo de massa, tendo como paradigma a experiência das *class actions* americanas, face à premissa do processo enquanto ambiente político.

A primeira crítica a ser produzida é referente à adequação da teoria dos pré-requisitos de toda *class actions*, presentes na *Rule 23 (a)*, com a teoria dos “pressupostos processuais”, calcada na dogmática dos planos do fato jurídico. A segunda crítica é referente à adequação das hipóteses de cabimento da *Rule 23 (b)* ao panorama científico atual do direito pátrio.

3.2. “Pressupostos processuais” específicos das ações coletivas

A teoria dos pressupostos processuais se deve em razão da pesquisa jurídica de Oskar Bülow²⁶. Este estudioso alemão encontrou, no fenômeno das exceções dila-

25. Cumpre anotar as conclusões de Hermes Zaneti Jr em seu magistral artigo acerca da “Teoria Circular dos Planos”. Requer-se máxima *venia* para transcrever *ipsis literis* a conclusão a que chega este ilustre autor: “[P]ode-se afirmar que se apresentam como premissas: 1) a natureza constitucional de todo o processo (afastado o falso paradoxo entre um processo constitucional e um processo infraconstitucional); 2) a “cláusula aberta de controle judiciário” (art. 5º, XXXV), com a decorrente democratização do acesso à Justiça; 3) a autonomia da ação em relação ao direito material, sua prevalência como ação abstrata; 4) a prevalência da natureza jurídica do processo entendida como procedimento em contraditório (módulo processual); 5) a prevalência da tópica sobre o sistema (técnica de solução de problemas), vinculada a uma racionalidade prática procedimental e entendida como lógica jurídica em *lato sensu* – modo de pensar do jurista; 6) a conseqüente recuperação do conceito de juízo: processo é *actum trium personarum*: autor, juiz e réu; 7) a percepção de que é irreal a moderna fissura entre Filosofia e Política, Direito e Moral, e também a fissura entre Direito e Política; 8) a denúncia do falso problema de “politização do Judiciário”, bem como a valorização do papel do Poder Judiciário como um dos espaços de discussão política no marco da sociedade democrática e, assim, como “motor” da democracia participativa” (ZANETI JR., Hermes. *Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. rev. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2008. p. 406-407).

26. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p 1.

tórias, os indícios necessários à construção de robusta teoria, capaz de alicerçar a autonomia do processo em face do direito material.

Hoje, as teorias dos “pressupostos processuais” e da relação jurídica processual fazem parte da vivência jurídica brasileira. Esse fato é tão verdadeiro que é possível se aferir o fenômeno de banalização do real significado dos termos nesta seara. Diversos foram criados. Segundo lição tradicional existem os elementos da ação, as condições da ação e os pressupostos processuais *lato sensu*. Como não é objetivo deste trabalho diferenciar cada uma dessas figuras, chamar-se-á tudo de “elementos do juízo de admissibilidade” do processo.

Segundo apontado por Didier Jr, a amplitude emprestada ao conceito de “pressupostos processuais” chega a ser prejudicial à precisa caracterização do instituto²⁷. O sentido a ser empregado aqui é baseado na teoria do fato jurídico. Portanto, os pressupostos processuais são elementos de existência, requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, aspecto formal do processo, que é ato de formação sucessiva. Esta perspectiva aplica-se tanto ao procedimento principal, quanto aos incidentais e recursais²⁸.

A doutrina do fato jurídico deve também ser utilizada no microsistema de processo coletivo²⁹, pois o “juízo de admissibilidade” é aplicável a todo e qualquer procedimento.

Entretanto, é bom frisar, o juízo de admissibilidade do processo coletivo, por consubstanciar elementos peculiares que lhe dão causa e legitimidade, como o interesse público na solução massificada das controvérsias, a necessidade de técnicas expeditas de solução de conflitos, o melhor aparelhamento dos magistrados para o exercício do seu ofício, não pode prescindir de outros fatores, também peculiares, que irão delimitar o exercício das faculdades, poderes e deveres na relação jurídica processual de massa.

Com ênfase nas especificidades do processo coletivo e embasada na concepção bem sucedida das *class actions*, tentar-se-á relacionar os *pré-requisites* e as hipóteses de cabimento da *Rule 23* americana de 1966 com a prática do processo coletivo brasileiro³⁰.

27. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. v. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 207.

28. DIDIER JR., F. *Curso... op. cit.* p. 208.

29. DIDIER JR., F. *Curso... op. cit.* p. 208 e DIDIER JR., F. *Pressupostos... op. cit.* p. 103.

30. São pré-requisitos das *class actions*: a (a) numerosidade; (b) questão comum; (c) tipicidade, e (d) adequada representação. Para um completo panorama, ver: GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007. Para uma base doutrinária estrangeira, ver: NEWBERG, Herbert; CONTE, Alba. *Newberg on Class Actions*. Vol. 1 e 2. 4. ed. Minnesota: Thomson West, 2008; KLONOFF, Robert. H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. Minnesota: West Thomson, 2007.

3.3. Natureza Jurídica dos *Prerequisites* da *Rule 23(a)*, segundo a teoria do fato jurídico

Por conseguinte, na tentativa de concluir a linha de pensamento, surge a seguinte questão: seriam os pré-requisitos da *Rule 23* pressupostos processuais, requisitos de validade ou meras condições de eficácia do processo e do procedimento, de acordo com a teoria do fato jurídico?

Para o sistema brasileiro, a presente questão é de suma importância. A doutrina não tem se preocupado com o exame de admissibilidade do processo coletivo, fato que dá azo a arbitrariedades por parte das autoridades judiciárias. O melhor entendimento desses fenômenos, que deram tão certo na sistemática americana, pode ser crucial à adequada utilização da técnica processual coletiva brasileira.

Primeiramente, é patente que a solução não poderia ser a mesma para o enquadramento dos quatro “pressupostos processuais” da *Rule 23(a)* dentro da teoria do fato jurídico. Não se pode dizer que todos sejam pressupostos de existência, requisitos de validade ou condições de eficácia. Isso porque o legislador americano não se preocupou com o tema, tratando tudo como se a mesma coisa fosse. O pretendido pela reforma de 1966 à *Rule 23* foi simplesmente criar um sistema prático e funcional para a tutela de direitos por meio das *class actions*. Não se objetivou o primor técnico, até mesmo porque, a teoria do fato jurídico, na qual se baseia a teoria dos pressupostos processuais, de origem alemã, não é adotada no ordenamento norte-americano.

Assim sendo, faz-se necessário dividir o tema, nos mesmos moldes como acima foi feito. Explicar-se-ão os pressupostos de existência e em seguida os requisitos de validade.

3.3.1. *Pressupostos processuais de existência. Numerosity e Common Question*

Os primeiros requisitos da *Rule 23(a)* são os verdadeiros pressupostos processuais (de existência) das ações coletivas, sem os quais inexistente tutela de direitos metaindividuais. Não caracterizada a numerosidade e questão comum, inexistente suposto fático que requeira a solução coletiva de controvérsias. A massificação dos conflitos traz como incita a idéia de grande número de titulares de direitos ligados por uma mesma questão que a todos aproveita³¹.

31. Ao tratar sobre requisito da numerosidade Klonoff: “This requirement – commonly known as ‘numerosity’ – is at the heart of a class action. If joinder under Rule 19 or Rule 20 is practicable (...), then there is no need for a representative action; each allegedly aggrieved individual can sue as part of a collective, non-class case” (KLONOFF, R. H. *op. cit.* p. 33-34). Em português: “O requisito da impraticabilidade de litisconsórcio, também conhecido como ‘numerosity’, é o coração das ações coletivas. Se o litisconsórcio é possível sob o pálio das *Rules 19* e *Rule 20*, então é desnecessária a ação representativa; cada indivíduo supostamente agravado pode processar, fazendo parte de um caso ‘não-coletivo’” (Tradução Livre). O mesmo autor ao tratar da questão comum: “This requirement, known as ‘commonality’, focuses upon the

A questão é coletiva porque afeta a várias pessoas, sendo irrelevante para o processamento da lide na forma coletiva, se está sendo tratado de direitos individuais ou coletivos. O “direito coletivo” deve ser tratado como mera qualificação dos “direitos individuais”³². A diferenciação é relevante para fins de tutela, por meio do uso de técnicas específicas e direcionadas a melhor solucionar a matéria posta em juízo, mas nunca ao nível do direito material, tal tratamento é, ao bem da verdade, grave deturpação da doutrina brasileira.

Não é demais frisar. Todo direito coletivo é também um direito individual. Os direitos de terceira dimensão são todos individuais em seu conteúdo. A única diferenciação consiste na noção de que alguns direitos possuem elemento vinculante a diversas pessoas, a partir do qual, a tutela de um caso implica também na tutela de todos os demais (*commonality*). Por isso, são tratados de forma coletiva.

Dessa forma, irrelevante a diferenciação entre tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos³³. A tutela coletiva não se explica pela natureza do direito, se eminentemente individual ou coletivo (até mesmo porque a coletivização de determinada situação não se refere à ontologia do direito material), ou pela divisibilidade do bem jurídico, ou ainda pela indeterminação da titularidade do direito material³⁴, mas sim pelo simples fato de a efetiva determinação dos titulares dos direitos subjetivos ser irrelevante para fins de efetivação desse mesmo direito a partir do caso

group of persons who would make up the class and requires a court to assess whether the group shares one or more issues relevant to the dispute that could be adjudicated on a collective basis” (KLONOFF, R. H. *op. cit.* p. 38). Em português: “Esse pressuposto, também conhecido como ‘commonality’, foca o grupo de pessoas que poderiam compor a classe e requer que corte investigue se esse grupo possui interesses compartilhados relevantes à disputa, os quais poderiam ser decididos em uma base de processo coletivo” (Tradução Livre).

32. Esse fato já foi alvo de argumentações por parte de Ingo Sarlet ao tratar da questão dos direitos de terceira geração. A crítica é válida a todo qualquer direito, porém. Segundo o mestre: “observa-se que, nada obstante a já revelada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos de terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual. O objetivo último, em todos os casos referidos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser bem exemplificado com o direito ao meio ambiente. Este, em que pese a habitual (embora não-cogente) presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivar a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade” (SARLET, I. W. *op. cit.* p. 62).
33. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos ou tutela coletiva dos direitos*. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: RT, 2007.
34. De feito, este não foi o melhor momento da construção do Código do Consumidor. Se o direito não possui titular, se o dono da pretensão é indeterminado, não existe direito. Trata-se de uma contradição em termos. Uma questão poderá se referir a diversas pessoas não imediatamente identificáveis, mas o titular do direito nunca será indeterminado. Na clássica contraposição de direito *subjetivo* com o direito *objetivo*, resta clara a interação entre dois sujeitos ao menos determináveis, havendo correspectivamente uma relação entre o que é pretendido e o que é devido (Vide REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003). O fato é que a determinação não deve ser nem ao menos elemento caracterizador de um direito a ser defendido em juízo pela via da técnica coletiva, pois a solução de um conflito necessariamente solucionará os demais. A indeterminabilidade imediata consubstancia, senão, questão a ser considerada pelo magistrado no momento da efetivação do direito material, nunca como elemento caracterizador da técnica coletiva.

concreto³⁵, fato que por si só enseja a obrigatoriedade de tratamento molecularizado da questão.

Deve ser esclarecido que a explicação da tutela coletiva não se baseia na inevitabilidade do processo de massa, mas sim no simples fato de o processo coletivo ser o "melhor" meio processual a tutelar o caso³⁶. Exige-se, tão-somente, a superioridade da tutela coletiva sobre a individual (*class actions superiority over plaintiff actions*). Se fosse exigida a técnica coletiva apenas em caráter residual, como *ultima ratio*, por meio do entendimento de ser a ação coletiva "inevitável", a promessa do *due process of law* seria tão-somente letra morta dentro do bojo da Constituição³⁷.

A questão é coletiva, pois o meio de tutela individual, via litisconsórcio, é ao menos "desaconselhado" para o caso concreto e a questão apresenta certo "liame", apto a vincular todos os sujeitos de direito a um ponto em comum, seja de fato ou de direito, característica identificada como "metaindividualidade".

Em conclusão ao presente item, os pressupostos de existência do processo coletivo seriam: a impraticabilidade do litisconsórcio e a questão comum apta a criar certo vínculo jurídico entre os titulares das pretensões individualmente consideradas, de forma a capacitar à tutela dos direitos coletivamente. Não realizados esses pressupostos, inexistente tutela coletiva. Sem numerosidade, a questão não pode envolver diversos indivíduos. Do mesmo modo, sem a questão comum de direito ou de fato, inexistente numerosidade. Em ambos os casos, inexistindo um dos pressupostos, inexistente é a "coletividade".

3.3.2. Requisito processual de validade – Adequada Representação

A adequada representação é requisito de validade subjetivo do processo coletivo. Justamente por ser elemento legitimador da decisão proferida em sede coletiva, a

35. Quando se diz que a individualização de todos os integrantes do grupo é irrelevante para fins de tutela, não se quer dizer que não haja casos em que, para a devida e completa tutela do direito, essa exigência não seja adequada. Simplesmente, a individualização dos sujeitos do grupo não é elemento necessário à técnica coletiva, nem mesmo no caso da utilização da "técnica" prevista no art. 81, parágrafo único, III, do CDC, pois até nesse exemplo há o instituto da *fluid recovery*. O importante é aferir caso a caso, e não abstratamente como fez o CDC, quando será oportuna a individualização dos membros do grupo para tutela dos direitos.

36. NEWBERG, H.; CONTE, A. *op. cit.* 1. v. p. 230 e ss.

37. Newberg, ao comentar acerca da impraticabilidade do litisconsórcio, assim se manifesta: "*Impracticable does not mean impossible. Plaintiffs need not show that joinder cannot be accomplished; a showing of strong litigational hardship or inconvenience should be sufficient*" (NEWBERG, H.; CONTE, A. *op. cit.* 1. v. p. 230). Em português: "Impraticável não quer dizer impossível. Os litigantes não precisam demonstrar que o litisconsórcio é inviável; uma exibição de forte adversidade ou inconveniência deve ser suficiente" (Tradução Livre). No mesmo sentido Antonio Gidi: "Mais precisamente, o que deve ser impraticável é a 'cumulação subjetiva' (*joinder of parties*), seja ela ocasionada pela propositura da ação em litisconsórcio original entre o membros do grupo ou pela posterior intervenção de outros membros no processo individual" (GIDI, A. *op. cit.* p. 72).

adequação é aferida durante todo o procedimento, como requisito de validade. Entendido o processo como ato jurídico complexo, a cada novo ato processual, deve ser aferida a adequação da representação dos membros ausentes.

A *adequacy of representation* é enquadrada como corolário do devido processo legal, valor sem o qual é inválido qualquer ato praticado em juízo pelo autor da ação coletiva³⁸. O controle judicial sobre a adequada representação é possível a qualquer momento e declarável *ex officio* pelo magistrado. Não sendo o representante adequado para a defesa dos interesses dos membros ausentes, aplicar-se-á o sistema das invalidades do processo civil. Buscar-se-á novo representante e serão convalidados os atos dos quais não resultar prejuízo aos demais sujeitos processuais (*pas de nullité sans grief*).

Importa criticar a posição do Judiciário pátrio quanto à questão da adequada representação. Grande discussão surgiu nesta seara, se seria, ou não, possível ao magistrado efetuar o controle no caso concreto da representação, em face da previsão *ope legis* dos legitimados ativos pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Seria possível o exame *ope judicis* em contraposição ao prévio exame do legislativo sobre a questão? Haveria afronta à “Separação” dos Poderes³⁹? O legislativo teria dado carta branca aos legitimados nos respectivos diplomas normativos para o exercício do que bem lhes aprouver dentro do processo coletivo?

Por tudo o que foi exposto, entendendo o processo como ambiente da política e esta como a mais humana das faculdades, os argumentos que impedem o controle do Juiz são, na verdade, tendentes a aniquilar a possibilidade de pluralização dos debates jurisdicionais. São, de fato, posições doutrinárias antidemocráticas.

Primeiro porque, se o legislador concedeu carta branca aos legitimados autônomos para o exercício da técnica coletiva, trata-se de espécie de “alienação a *non domino*”, pois se tal poder não foi dado nem ao próprio Estado, não poderia este tê-lo conferido a outrem! O Poder Legislativo, em nosso ordenamento não é soberano. Soberano é o povo para o qual o Estado foi criado para servir. Estado que é tripartite em suas funções, todas as quais devem respeito às garantias constitucionais

38. No mesmo sentido, vide: GIDI, A. *op. cit.* p. 99; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, HERMES. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. v. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 235; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 117; NEWBERG, H.; CONTE, A. *op. cit.* 1. v. p. 408 e ss; KLONOFF, R. H. *op. cit.* p. 51.

39. Interessante como nesses momentos, aqueles que advogam a já criticada teoria do “poder contra-majoritário” dos magistrados ganha força. Surgem os arautos da “separação” dos poderes. Erigem-se heresias para prevenir possível “ditadura dos juizes”. Tudo está a demonstrar que a razão dualista está longe de ser esquecida no Brasil. Sobre a razão dualista, em outro contexto, é verdade, mas útil à compreensão, vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Orçamentário: Orçamento e Constituição*. Vol. V. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37/45.

do devido processo legal, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, enfim⁴⁰.

Os projetos de Código de Processo Coletivo previam o controle da adequada representação, tal medida demonstra a mudança de paradigma da doutrina brasileira, ainda mais com a previsão de legitimação do próprio indivíduo para o ajuizamento das ações coletivas, em geral⁴¹.

Importa diferenciar o controle da adequada representação, com o que se convencionou chamar no Supremo Tribunal Federal de “pertinência temática”. Essa última trata de requisito de validade da atuação de alguns dos legitimados autônomos, tais como as associações, os partidos políticos, os sindicatos, enfim, todos os quais estão inseridos no bojo do inciso V do art. 5º, da Lei nº. 7347/85 e inciso IV, do artigo 82, do CDC. De acordo com a construção jurisprudencial, para que esses entes sejam considerados representantes “adequados”, devem pleitear somente as matérias que se enquadram no objeto de sua constituição societária. Assim sendo, trata-se de verdadeira condição prévia a cada um desses entes para o exercício da demanda dentro do processo coletivo.

O controle da adequada representação não se esgota na questão da pertinência temática, em verdade pode até ir de encontro a ela. É possível haver verdadeira “impertinência temática” e ainda assim o legitimado ser o mais adequado à defesa vigorosa dos direitos dos demais sujeitos similarmente situados, pois, para ser adequada, diversos fatores, de ordem econômica, social, prática, política, são muito mais importantes que mera disposição num ou noutro sentido no documento de constituição societária⁴². A adequada representação é aferida caso a caso, não se confundindo

40. Segundo Kazuo Watanabe: “Vê-se daí que o ordenamento brasileiro não é infenso ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da ‘representatividade adequada’ (Estados Unidos da América, Código Modelo para Ibero-América, Uruguai e Argentina), pode ser tranqüilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva. Aliás, não é irrelevante lembrar que os princípios gerais do Direito configuram fonte de Direito, nos termos do art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, sendo que a *defining function* do juiz nos processos coletivos é uma de suas principais características” (WATANABE, Kazuo; et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 846).

41. No sentido ampliar o escopo da adequada representação: “se faz necessária, sempre, a identificação da *representatividade adequada* desses entes legitimados para a defesa em juízo dos direitos e interesses difusos. A representatividade adequada a que fazemos referência é uma especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar, consistente na aptidão para defesa escrupulosa e eficiente na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos) (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 117).

42. Newberg, ao comentar o caso Eisen v. Carlsile: “*Emerging from Eisen and other class actions decisions among the circuits, the two factors that are now predominantly recognized as the basic guidelines for the*

com a pertinência temática, a qual pode consubstanciar mero quesito a ser levado em conta pelo magistrado no momento do juízo de admissibilidade.

Tudo está a depender do caso concreto, de acordo com aplicação do princípio da proporcionalidade⁴³. Os critérios para aferição da adequada representação são variados, deles constam: a capacidade financeira, a capacidade técnica, a disponibilidade de tempo, aceitação do grupo à liderança etc. A pertinência temática é apenas um dos critérios, não podendo ser o único. É possível que uma associação, a qual não possui pertinência temática para um determinado litígio, seja considerada uma representante adequada de uma coletividade em razão de outros fatores. A adequada representatividade é requisito de validade dos atos processuais e, se o processo é um ato complexo de formação sucessiva, ela deve ser aferida a cada nova conduta perante o juízo.

3.3.3. Tipicidade – Requisito de validade da adequada representação

No direito americano, um dos requisitos da adequada representação é o da existência de tipicidade. Segundo esse quesito, como já explicado, o Representante deve ser um típico membro do grupo, não podendo ganhar com o processo nada além do

Rule 23 (a)(4) prerequisites are (1) absence of conflict and (2) assurance of vigorous prosecution. Questions concerning the likelihood of whether the litigants are involved in a collusive suit have been properly recognized by most courts as a threshold issue of jurisdiction relating to the presence of a genuine case or controversy, whether an individual or a class suit is involved, rather than as an element of the adequate representation test” (NEWBERG, H.; CONTE, A. *op. cit.* 1. v. p. 409-411). Em português: “Exsurgiu de Eisen, dentre outras *class actions* entre os ‘circuitos’, dois fatores que agora são predominantemente reconhecidos como as diretrizes básicas para os pré-requisitos da *Rule23 (a)(4)* que são (1) ausência de conflito e (2) garantia de acusação vigorosa. As perguntas concernente a possibilidade dos litigantes estarem envolvidos em processo oriundo de colusão entre as partes, foram reconhecidos pela maioria das cortes como pressuposto do exercício da jurisdição, relacionada com a presença de um caso genuíno ou controversia, que pode ser o envolvimento de uma ação individual ou de coletiva, e não um elemento de prova adequada de representação” (Tradução Livre).

43. Trata-se, como bem lembra Gisele Góes, de aplicação necessária do princípio da proporcionalidade, de origem alemã, o qual se subdivide nos sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Nos termos da mestra: “O papel da proporcionalidade é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto, com a meta de distribuição adequada e necessária dos custos, de forma a salvaguardar direitos fundamentais e/ou valores constitucionais colidentes”. Segue a eminente professora, a questionar se o que impõe o princípio da proporcionalidade seria a concordância prática ou se o inverso seria mais correto. Chega-se à seguinte conclusão: “De conformidade com o pensamento de Helenilson Cunha Pontes (...) ‘não é o ‘princípio’ da concordância prática que impõe a proporcionalidade, mas ao contrário, é o princípio da proporcionalidade que exige a concordância prática entre os diferentes valores constitucionalmente consagrados, de modo a limitarem-se o mínimo possível em eventual colisão. A concordância prática entre os valores constitucionais constitui a própria substância do princípio da proporcionalidade em uma de suas dimensões; a exigência de concordância prática é a própria essência da concretização dos valores constitucionais, através do princípio da proporcionalidade. Vale dizer, o ‘princípio’ da concordância prática é formula vazia sem o apelo ao princípio jurídico da proporcionalidade, de modo que aquele é que deriva deste e não o inverso” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004). Vide também: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162-165.

que ganharia um membro ausente em sua ação individual, pleiteando direitos dos membros ausentes e seus⁴⁴.

A tipicidade, portanto, possui pontos de contato com a questão comum e com a adequada representação. Se não houver tipicidade, não haverá questão comum entre o representante e os membros ausentes, da mesma forma, não há adequação da representação, pois o representante pleiteia provimento que não irá ser “co-extensivo” aos demais membros do grupo⁴⁵.

A falta de tipicidade, no direito americano, não causa a invalidade do processo, mas tão somente a invalidade da representação, visto que inadequada. Buscar-se-ia, assim, novo representante. Isto posto, a tipicidade não é requisito das *class action* e por isso, não deveria constar do rol da *Rule 23*.

Essa questão, no direito brasileiro, possui importância diferente da do direito ianque, porque aqui, ainda não é prevista a legitimação individual da pessoa física ou dos membros do grupo para a defesa de outros “similarmente situados”, como regra geral⁴⁶.

A analogia a ser feita quanto à tipicidade resume-se ao entendimento sobre o que seria a “pertinência temática” das associações para a defesa do direito de seus associados, não havendo qualquer espécie de controle de tipicidade quanto aos demais legitimados. Isso porque nem sempre os legitimados previstos em lei são detentores de pretensões subjetivas na questão coletiva, não havendo o teste de tipicidade para estes casos, pois se trata de legitimação institucional, como será adiante examinado.

3.4. Função das hipóteses de cabimento da *Rule 23(b)*⁴⁷ para o entendimento da classificação do art. 81, parágrafo único do CDC

Diante do panorama exposto é possível se questionar acerca da real importância da classificação dos “direitos coletivos *lato sensu*” em “difusos”, “coletivos *stricto*

44. Vide: GIDI, A. *op. cit.* p. 88; KLONOFF, R. H. *op. cit.* p. 44-46; NEWBERG, H.; CONTE, A. *op. cit.* 1. v. p. 316-317.

45. Segundo Gidi: “Como é intuitivo, a existência de questão comum é condição necessária para haver tipicidade da lide do autor. Não é possível haver tipicidade da lide do representante sem a existência de questões comuns que unam os membros do grupo em si”. Continua o citado autor: “Na cultura jurídica americana, um representante atípico é um representante inadequado e um representante inadequado é um não-representante. Todavia, a tipicidade em si, muito embora necessária, não é suficiente para garantir a adequação: é necessário que, além de possuir os mesmos interesses do grupo, o representante possa e queira defendê-los vigorosamente em juízo” (GIDI, A. *op. cit.* p. 137-139).

46. Bem pensadas as coisas, na Ação Popular, a demonstração de capacidade eleitoral é um teste de tipicidade. O que importa é ampliar as possibilidades dos legitimados individuais no que tange as ações coletivas e, deste modo, tornar mais relevante esse controle de origem americana.

47. “*Rule 23(b)* Tipos de *class actions*. Uma *class action* pode ser mantida se a *Rule 23(a)* for satisfeita e também se: (1) processar ações separadas a favor ou contra membros individuais da classe criar um risco de: (A) inconsistentes ou variáveis decisões com relação aos membros individuais da classe que poderiam

sensu” e “individuais homogêneos” em comparação com as hipóteses de cabimento da *Rule 23(b)*. Seria a adequação do pedido a um desses casos fator de fundamental relevância ao processo coletivo, a ponto de caracterizá-los como “pressupostos processuais”? A resposta deve ser definitivamente pela negativa⁴⁸.

Buscando uma comparação entre a classificação brasileira e as hipóteses de cabimento da *Rule 23(b)*, encontram-se semelhanças inepugnáveis, que ensejam obrigatório exame acerca dos pontos de contato entre ambos os ordenamentos de processo coletivo.

No processo americano após exame dos pré-requisitos do item (a) da *Rule 23*, o magistrado deve examinar as hipóteses de cabimento da *Rule 23(b)*. Este último dispositivo trata da técnica procedimental que melhor se apresente à efetivação do direito pleiteado em Juízo. No direito brasileiro, a visão não deve ser diferente. Com as devidas distinções estabelecidas no item precedente quanto aos “pressupostos

estabelecer padrões incompatíveis de conduta para o grupo que se opõe a classe; ou (B) decisões com respeito aos membros individuais da classe que, como uma questão prática, consubstanciaria disposição dos interesses de outros membros que não estariam alinhados com as decisões individuais ou impediriam ou prejudicariam substancialmente a capacidade de proteger os interesses desses membros; (2) o grupo opositor à classe agiu ou se recusou a agir nos termos que se aplicam geralmente à classe, de modo que o alívio final, mandamental ou declaratório, correspondente é apropriado à classe como um todo; ou (3) a corte determina que as questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe predominam sobre outras questões que afetam somente membros individuais, e que uma ação de classe é superior a outros métodos disponíveis claramente e eficientemente extinguindo a lide. As questões pertinentes a estes resultados inclui: (A) os interesses dos membros de classe em controlar individualmente a acusação ou defesa de ações separadas; (B) a extensão e natureza de qualquer litígio concernente a controvérsia já iniciada a favor ou contra membros da classe; (C) o desejo, ou a falta deste, de concentrar o litígio das reivindicações em um fórum particular; e (D) as possíveis dificuldades em administrar uma *class action*” (Tradução Livre do texto da Rule 23 americana de 1966).

48. Neste item, busca-se criticar a visão esboçada pela seguinte concepção doutrinária: “Sendo distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (=difusos e coletivos *stricto sensu*, ambos transindividuais) e os direitos individuais homogêneos, devem ser necessariamente distintos os mecanismos para a respectiva tutela jurisdicional. O direito positivo vigente permite estabelecer a seguinte genérica discriminação: a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa constituem instrumentos típicos para a tutela dos direitos transindividuais (=coletivos *lato sensu*); e a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo são instrumentos típicos para a tutela de direitos individuais” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 34 O autor esboça mesmo entendimento em seu Livro *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2. ed. rev e atual São Paulo: RT, 2007). Essas assertivas estão fundamentalmente erradas, pois não se pode diferenciar o que seria “direitos transindividuais” ou “direitos meramente individuais” pela ótica do direito material, vez que a transindividualidade só se opera uma vez consubstanciado o direito individual, portanto, a diferenciação não seria ontológica, mas sim circunstancial, no “caso a caso”. Já se disse que os direitos coletivos são qualificações dos diversos direitos individuais, representando existência de vínculo entre os vários sujeitos de direitos comumente situados em sua relação jurídica. Não se pode adotar a concepção do autor quanto a divisão restrita das ações para a defesa de direitos “coletivos” e ação para direitos “individuais homogêneos”. Tal solução é anti-econômica e pouco lógica.

processuais” específicos da tutela coletiva, uma vez finalizado o exame de admissibilidade, deve o magistrado adequar sua atuação conforme o rol exemplificativo de técnicas procedimentais, previstas no artigo 81, parágrafo único do CDC.

Segundo esse dispositivo da Lei nº. 8.078/90, existindo diversas pessoas ligadas por uma questão de fato ou de direito comum ao grupo, a depender dos critérios de “determinabilidade” dos sujeitos envolvidos e “indivisibilidade” do objeto pleiteado, deverá o magistrado adequar sua atuação no processo para as técnicas previstas no artigo 81. Evidentemente, o artigo 81, parágrafo único, portanto, trata de rol meramente exemplificativo de soluções técnicas, como não poderia deixar de ser. Todos os incisos do mencionado dispositivo fazem alusão à necessária observação da numerosidade e da questão comum, sendo a “determinabilidade” ou “divisibilidade” do provimento invocado os critérios diferenciadores entre as técnicas previstas. Pode haver outros critérios que irão influenciar nas decisões sobre as técnicas a serem tomadas. O importante é atentar ao contraditório nesses casos, ensejando participação popular quanto aos rumos do provimento judicial.

Quanto ao critério da “determinabilidade” dos sujeitos envolvidos, em análise aos pontos oferecidos pelo art. 81 do CDC, se for pleiteada tutela coletiva, para a qual não seja necessário identificar o sujeito de direito lesionado⁴⁹ para fins de efetivação da norma jurídica individualizada, torna-se despicando que, após a fase de certificação, advenha nova fase processual para liquidação e execução da pretensão de cada um dos membros do grupo. Portanto, deverá ser adotada a solução técnica prevista no artigo 81, parágrafo único, incisos I e II do CDC, dispositivos que tratam dos indevidamente denominados “direitos difusos e coletivos *stricto sensu*”. No entanto, se, para a tutela do direito coletivo for necessária a devida identificação dos sujeitos contemplados na sentença em procedimento de liquidação para posterior fase de efetivação dos direitos certificados, então deverá ser adotada a solução técnica prevista no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, denominada impropriamente de “direitos individuais homogêneos”, a qual se reporta às técnicas dos artigos 91 a 100 do diploma consumerista.

Os dispositivos nos incisos do parágrafo único do artigo 81, do CDC, ainda trazem a questão da “divisibilidade” do provimento invocado. Não se quer que o bem seja indivisível nos moldes do artigo 258 do Código Civil, mas sim que a solução a ser dada para um caso, deva ser a de todos os demais por razões de isonomia constitucional e em respeito ao conceito do direito enquanto “integridade”, tão citado por Dworkin⁵⁰. Destarte, a possibilidade de cisão do direito não deve ser interpretada

49. Não se trata de sujeito indeterminado, mas sim “indeterminável para fins de tutela” como já criticado. Nesses casos a completa determinação dos sujeitos envolvidos é questão secundária a efetivação do direito certificado no provimento jurisdicional. Sujeitos de direitos sempre existem, porém para a tutela jurisdicional, tal determinação é elemento cognitivo desnecessário.

50. Por todos, vide: DWORKIN. Ronald. *Law's Empire*. Massachusetts: Harvard Press, 1986.

como condição prévia ao direito material como se percebe, não se tratando de questão diretamente relevante ao juízo de admissibilidade. Tudo está a recair na necessidade de demonstração da superioridade da técnica coletiva sobre a individual.

Em suma, os “direitos difusos”, “coletivos *stricto sensu*” e “individuais homogêneos” não podem ser classificados a partir do ponto de vista dos direitos materiais como fez crer o legislador do Código Consumerista, mas pela concepção que compreende, neles, as próprias técnicas processuais a serem utilizadas a partir das condições em que se encontrar o processo coletivo. Destarte, inexistem direitos materialmente “difusos”, ou “coletivos *stricto sensu*”, ou até mesmo “individuais homogêneos”, mas sim “soluções técnicas” a serem utilizadas a depender do caso concreto.

Uma breve explicação é necessária. De acordo com a doutrina tradicional, as hipóteses previstas no art. 81, parágrafo único, do CDC são diretamente relacionadas com as hipóteses de cabimento previstas na *Rule23(b)*⁵¹, no entanto, a chegar a tal conclusão, a doutrina majoritária incorre em grave incoerência interna. Isso porque essa corrente continua a ver, nos “direitos difusos”, “coletivos *stricto sensu*” e “individuais homogêneos”, como uma pretenciosa classificação de direito material, ao passo que as hipóteses de cabimento da *Rule23(b)* nada mais são que “soluções técnicas” para o caso concreto. Assim, de acordo com o raciocínio da corrente a qual se critica, a classificação do CDC, que trata de direitos materiais, estaria sendo comparada à da *Rule23(b)* que trata de “soluções técnicas” (!). Tenta-se comparar o incomparável. Tal relação entre os dois sistemas só pode ser feita se a visão que recai sobre a classificação tradicional do direito brasileiro passar a ser entendida também como “mero rol exemplificativo de técnicas processuais”, do mesmo modo como são as hipóteses da *Rule23(b)*. É isso que aqui se propõe.

O legislador, ao pensar no Código do Consumidor, confundiu as disposições da *Rule 23* original (de 1938), com as disposições advindas da reforma de 1966⁵². Tentou-se condensar os dois entendimentos no que resultou em construção brasileira que não é o que pretende ser e, por conta disso, pouco estipula. O poder de o magistrado decidir acerca das técnicas processuais adequadas e necessárias à efetivação do direito no processo coletivo é encontrado nos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor e não no seu artigo 81. Este último é meramente exemplificativo.

-
51. Essa conclusão é forte em Pedro Lenza. Para este eminente professor, as *mandatory class actions*, previstas na *Rule23(b)(1)* e *(2)*, para as quais inexistente direito ao *opt out*, são “equivalentes” aos “direitos difusos” e “coletivos *stricto sensu*” do CDC, ao passo que, as *non-mandatory class actions*, previstas na *Rule23(b)(3)*, que admitem o *opt out*, são análogas aos “direitos individuais homogêneos”. Vide: LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 230 e ss.
52. Para panorama histórico, vide: GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007. Para uma base doutrinária estrangeira, ver: NEWBERG, Herbert; CONTE, Alba. *Newberg on Class Actions*. Vol. 1 e 2. 4. ed. Minnesota: Thomson West, 2008; KLONOFF, Robert. H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. Minnesota: West Thomson, 2007.

A título de exemplo, os “direitos difusos”, segundo dicção do art. 81, parágrafo único do CDC, são os de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas. Um dos maiores exemplos de “direito difuso” é o direito ao meio ambiente, segundo lição clássica. Todavia surge a seguinte questão: poderia haver direito ao meio ambiente que não se caracterizasse como difuso? Ou melhor, poderia haver direito ao meio ambiente em que os titulares são em pequeno número e, deste modo, plenamente identificáveis? Exemplos de sujeitos de direito plenamente individualizados e determinados, *in casu*, não são difíceis de encontrar, como as questões envolvendo o meio ambiente de trabalho, nas quais se busca a tutela inibitória para cessar o ato ilícito de uma determinada micro-empresa com relação a 20 empregados afetados pela insalubridade. Qual seria a classificação dessa situação? Seria de direitos difusos ou de coletivos *stricto sensu* tendo em vista a espécie de ligação entre as pessoas envolvidas na situação?

Pode-se complicar ainda mais. E se da insalubridade decorre dano e esse é fator homogêneo a todos os trabalhadores envolvidos na situação, seria o caso de direitos individuais homogêneos? Ocorreriam todos os “tipos” de “direitos coletivos” ao mesmo tempo? Haveria diferença entre o direito ao ressarcimento pelo meio ambiente inadequado ao exercício do labor, considerado individual homogêneo, e o próprio direito ao meio ambiente sadio, considerado difuso ou coletivo *stricto sensu*? Obviamente que não se trata de questão de fundo, mas, como dito, de técnicas diferentes para a solução da lide⁵³.

Se uma classificação pretende distinguir as diversas naturezas dos direitos coletivos *lato sensu*, como pode essa classificação ser idônea se ao mesmo direito, a depender da ocasião, e muitas vezes, a depender do ângulo no qual se percebe o mesmo fenômeno, na mesma oportunidade, podem ser oferecidas diversas formas de classificação? No exemplo do meio ambiente de trabalho acima, o direito ao meio ambiente é “transindividual” ou “individual homogêneo”? Esses questionamentos demonstram como o artigo 81, do CDC, não dispõe sobre direitos materiais, mas sim sobre as técnicas úteis à efetivação do direito.

Para se dizer de outra forma, a diferença entre os direitos “individuais” e “coletivos” não é, de modo algum, afeta ao “ser” do direito material, mas sim à situação de fato em que se insere o direito em questão, a qual exige para garantia de melhor e mais efetiva tutela jurisdicional, isto é, para a garantia do *day in court* adequado e, desta forma, da atuação política dentro do processo, a técnica processual coletiva.

4. CONCLUSÃO

Por derradeiro, este artigo pretende ser útil à reflexão. De modo algum foi quisto exaurir o tema. Tudo está a indicar, ainda mais pelas recentes e temerosas notícias

53. No mesmo sentido: SARLET, I. W. *op. cit.* p. 62.

que vêm de Brasília⁵⁴, que muitas águas vão rolar antes que possamos efetivamente deixar a questão do processo coletivo de lado.

Não se pretende a subserviente aplicação de ordenamento estrangeiro no Brasil. Muito pelo contrário! Simplesmente não se pode negar a influência de anos de estudo da tutela coletiva nos países de *common law* pelos competentes juristas que lá estão. Tudo o que foi escrito está aberto à crítica e essa faz parte da escolha política (verdadeira *pathos*) perante o meio acadêmico.

As conclusões a que se chega é a de que o juízo de admissibilidade no Brasil é pouco estudado. Tal fato se dá pela banalização do que hoje se entende por instrumentalidade processual. Já dizia Aristóteles que à justiça é imprescindível encontrar o “justo meio”, portanto, tanto a exacerbação do culto à forma deve ser repudiada quanto o total desprezo à regulação formalista deve ser abolida. Tal se dá com o correto entendimento dos valores jurídicos em tensão, expressos no processo judicial, sendo a atividade politicamente dirigida essencial ao correto, e democrático, desate dos “nós valorativos”.

O juízo de admissibilidade é a porta de entrada ao Judiciário. Não se pode apreender a real dimensão do acesso à justiça sem que se faça acurada pesquisa acerca deste tema.

54. Aqui está notícia veiculada no CONJUR de 02 de fevereiro de 2009: **Mecanismo processual** – Em uma reunião feita na semana passada, o Ministério da Justiça rejeitou definitivamente a proposta de criação, no Brasil, de um mecanismo processual semelhante à “class action” americana dentro da minirreforma do Judiciário, a ser encaminhada ao Congresso Nacional nos próximos meses. Segundo o entendimento defendido no Ministério, o país ainda não está preparado para um instrumento desse tipo, que provocaria uma enxurrada de ações de indenização milionárias, criando problemas para a Justiça e ameaçando grandes empresas. No modelo da proposta brasileira de “class action”, inspirada no sistema existente nos Estados Unidos, uma pessoa física pode acionar individualmente uma empresa e a sentença dada na ação é válida para todas as demais na mesma situação — o instrumento é muito usado por pequenos investidores e em disputas ambientais e de consumo. As informações são do **Valor Econômico**. (<http://www.conjur.com.br/2009-fev-02/noticias-justica-direito-jornais-segunda-feira>).

CAPÍTULO XXXV

**NOTAS ACERCA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

*Robson Renault Godinho**

Sumário • 1. Introdução – 2. Capacidade postulatória e pressupostos processuais – 3. A capacidade postulatória do Ministério Público para suas atividades finalísticas – 4. A capacidade postulatória do Ministério Público para a defesa de suas prerrogativas – 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O singular perfil reservado ao Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro provoca algumas perplexidades que comumente ensejam uma reação restritiva da doutrina e da jurisprudência¹, como no caso da capacidade postulatória. A situação jurídica processual que autoriza a prática de atos processuais é quase sempre automaticamente vinculada ao exercício da advocacia e vislumbra-se certa dificuldade em trabalhar com essa categoria como conceito pertencente à teoria geral do processo² e cujos contornos são delineados pelo direito positivo. Esses dados apontam que o tema deste trabalho se enquadra no que já foi denominado de “emergência jurídica”³, já que estamos diante de uma realidade que não pode ser vista em retrospectiva e muito menos com antolhos que apontam apenas para uma visão tradicional dos atos postulacionais.

Para o desenvolvimento deste texto, é fundamental ter em mente que a conformação constitucional do Ministério Público o consagra como uma instituição destinada à realização de direitos e como um canal de amplo acesso à justiça.⁴ Por meio

* Promotor de Justiça – RJ. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil – PUC/SP.

1. Isso acontece, por exemplo, na atuação do Ministério Público como substituto processual (cf., de nossa autoria, *O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).
2. Cf., o estudo em que se parte da Teoria Geral do Direito, de autoria de GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos: *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Recife: Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), março de 2008, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor.
3. Idem, capítulo 2, item 4.1, valendo-se de conceito de Edgar Morin.
4. Sobre o Ministério Público e o acesso à justiça há, entre outros, três interessantes trabalhos: MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. CAVALCANTI,

do Ministério Público, direitos que não seriam tutelados ou que o seriam de maneira precária – e tutelar direitos precariamente é, em última análise, o mesmo que não os tutelar – passaram a contar com uma possibilidade efetiva de realização.

Conjugando a estrutura constitucional do Ministério Público com a teoria sobre o acesso à justiça desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵, veremos que a Instituição possui instrumentos para a realização das célebres “três ondas” renovatórias do processo: a) a “primeira onda” consiste na assistência jurídica aos hipossuficientes e, apesar de o Ministério Público evidentemente não se confundir com a Defensoria Pública, é inegável que a defesa de direitos indisponíveis de crianças, adolescentes, portadores de deficiência e idosos, por exemplo, pode ser incluída nessa categoria, já que indubitavelmente a atuação da Instituição se dá, por definição, em prol de pessoas socialmente desassistidas⁶. Tanto isso é verdade que, onde não há assistência judiciária plenamente instalada, o Ministério Público subsiste como o único canal de acesso à justiça dos hipossuficientes, mesmo sendo discutível a existência de legitimidade de sua atuação, como, por exemplo, na hipótese de execução civil de sentença penal condenatória⁷; 2) na “segunda onda”, que

Rosângela Batista. *Cidadania e Acesso à Justiça – Promotorias de Justiça da Comunidade*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1999. Esta última obra examina uma interessante iniciativa do Ministério Público do Estado do Paraná e demonstra, a partir de pesquisas de campo, que a atuação do Ministério Público efetivamente amplia o acesso à justiça. Na mesma linha, examinando experiência semelhante do Ministério Público do Estado do Pará: DEBERT, Guita Grin. *O Ministério Público no Pará. Justiça e Cidadania no Brasil*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 2000.

5. Cf. *Acesso à Justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, *passim*.
6. Desenvolvemos o tema em nosso livro *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
7. “Recurso especial - ação civil ‘ex delicto’ - Ajuizamento pelo Ministério Público - Alegada revogação do art. 68 do CPP pela Constituição Federal - Divergência jurisprudencial configurada - Legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação - Matéria pacificada no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, denota-se que o precedente colacionado, julgado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, à evidência diverge do entendimento esposado no v. decisum recorrido. Com efeito, enquanto a Corte de origem entendeu que o artigo 68 do CPP não foi revogado pela Constituição Federal, o julgado apontado como paradigma concluiu pela revogação. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 01.07.2003, pacificou o entendimento segundo o qual, “apesar da Constituição Federal de 1988 ter afastado, dentre as atribuições funcionais do Ministério Público, a defesa dos hipossuficientes, incumbindo-a às Defensorias Públicas (art. 134), o Supremo Tribunal Federal consignou pela inconstitucionalidade progressiva do CPP, art. 68, concluindo que ‘enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista’ (RE nº 135.328-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01/08/94)” (EREsp n. 232.279/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 04.08.2003). Dessa forma, como não foi implementada Defensoria Pública no Estado de São Paulo, o Ministério Público tem legitimidade para, naquela Unidade da Federação, promover ação civil por danos decorrentes de crime, como substituto processual dos necessitados. Recurso especial não provido” (REsp 475.010/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ 02.02.2004 p. 313). “Ação de indenização ex delicto. Substituição processual. Defensoria Pública. Insuficiência dos serviços prestados à comunidade. Ministério Público. Legitimidade extraordinária. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à legitimação extraordinária do Ministério Público para promover, como substituto processual, a ação de

cuida da realização de direitos transindividuais, a presença do Ministério Público praticamente se confunde com seu conceito moderno, ao menos no direito pátrio. Realmente, chega a ser automático relacionar o Ministério Público com a defesa dos direitos transindividuais, dada a preeminência e a eficiência de sua atuação nessa seara; 3) a “terceira onda”, que visa à ampliação de possibilidades de acesso à justiça, encontra lugar precisamente na atuação extrajudicial do Ministério Público, seja no atendimento ao público, seja na formação de títulos executivos.

A tutela dos direitos pode ser efetivada extrajudicialmente, como na celebração de termos de ajustamento de conduta, por exemplo, mas não há dúvidas de que a tutela jurisdicional dos direitos assume especial preponderância em nossa realidade, onde prevalece o que foi denominado de “cultura da sentença”⁸, de modo que nos ocuparemos exclusivamente do exame de um aspecto relacionado à atuação do Ministério Público como legitimado ativo para a tutela dos direitos por meio do processo jurisdicional⁹.

É necessário estabelecer, pois, um recorte temático para o desenvolvimento deste trabalho: embora todas as formas de atuação do Ministério Público se-

indenização ex delicto em favor do necessitado quando, embora existente no Estado, os serviços da Defensoria Pública não se mostram suficientes para a efetiva defesa da vítima carente. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 509.967/GO, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ 20.03.2006 p. 276).

8. Expressão utilizada por Kazuo Watanabe: Cultura da sentença e cultura da pacificação. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes (coord.). São Paulo: DPJ, 2005.
9. O Ministério Público também pode tutelar direitos judicialmente mesmo quando funciona como órgão interveniente (*custos legis*), mas sua atuação como parte autora inequivocamente é o meio por excelência para a tutela jurisdicional dos direitos, já que de maneira direta, por iniciativa própria, identifica uma lesão ou ameaça de lesão a direitos e, autorizado constitucionalmente, vale-se dos instrumentos processuais possíveis para protegê-los de forma adequada. Em razão do perfil constitucional que indica uma Instituição mais ativa, a intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis* vem sendo fortemente questionada, dando origem ao que se convencionou denominar de *racionalização da intervenção no processo civil*. Busca-se evitar que a função do membro do Ministério Público se resuma ao que foi denominado de “parecerismo”, entendido como o “fenômeno pelo qual os promotores de justiça passam a elaborar pareceres cada vez mais em tudo semelhantes a sentenças judiciais, atendendo a todos requisitos formais de uma sentença e esquecendo-se, por vezes, da própria finalidade com que intervinham no feito” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995, p. 44). Não há dúvidas de que a intervenção como *custos legis* deve ser redimensionada, mas nos parece que também há uma resistência injustificada a esse tipo de atuação, já que, inclusive por meio dela, é possível a tutela de direitos. Notou bem esse aspecto Ronaldo Porto Macedo Júnior, ao considerar que “importa frisar que o ajuste institucional do Ministério Público, visando adaptá-lo ao novo perfil constitucional não implica, necessariamente, na eliminação da atuação processual como ‘custos legis’; importa, isto sim, na mudança da forma de atuação e eleição de prioridades institucionais” (ob. cit., p. 46). Outro problema que nos parece decorrer dessa onda de “racionalização” do Ministério Público no processo civil é o esvaziamento de atribuições sem a necessária reestruturação dos órgãos de execução. O simples redimensionamento das áreas de atuação sem uma criteriosa reengenharia estrutural causará desvios trágicos na atuação institucional, com o aparecimento de verdadeiros “spas de execução” ou “órgãos de omissão”.

jam relevantes¹⁰, cuidaremos de sua atuação como órgão agente no processo, mais especificamente sobre a capacidade de a instituição estar presente em juízo de forma válida, atendendo ao pressuposto processual da capacidade postulatória. Trata-se de tema que possui inegável importância prática, cujo tratamento, porém, é negligenciado pela doutrina¹¹, acarretando algumas perplexidades que atingem diretamente o acesso à justiça, como veremos nos itens seguintes.

Como é supérflua toda previsão de uma finalidade sem que sejam disponibilizados os meios aptos para sua consecução, procuraremos demonstrar que o reconhecimento da capacidade postulatória do Ministério Público é fundamental para o exercício de suas finalidades institucionais.

2. CAPACIDADE POSTULATÓRIA E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência de um juízo de admissibilidade da demanda, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que mereçam ter seus direitos tutelados, isto é, que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação *concretamente exercida* é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de requisitos e condições impostos pelo ordenamento.

Em nosso sistema processual, o mérito do processo só será examinado se os requisitos de validade do processo (ou pressupostos processuais¹²) e as condições para o legítimo exercício do direito de ação estiverem satisfeitos. Como resume Barbosa Moreira, “*é na esperança de compor a lide que a máquina judiciária se movimenta. [...] Entretanto, por intuitivas razões, não permite a lei que se julgue o mérito senão quando o processo se revista de características suscetíveis de assegurar, tanto quanto possível, a regularidade e a utilidade do julgamento. [...] O ordenamento quer que o litígio seja composto, mas não quer que isso aconteça seja lá como for, a qualquer preço, sob quaisquer circunstâncias. Daí a formulação de certos requisi-*

10. Tratamos amplamente da atuação do Ministério Público em trabalho anterior, a que pedimos licença para nos remeter: *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

11. A capacidade postulatória foi objeto de denso estudo na já referida dissertação de mestrado de GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Recife: Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), 2008.

12. Sobre os pressupostos ou requisitos processuais, merecem leitura os seguintes trabalhos, em que constam diversas outras fontes bibliográficas: DIDIER JR, Fredie.: *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. CARVALHO, José Orlando Rocha de: *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. MARINONI. Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

tos, sem os quais não se torna praticável a prolação da sentença definitiva: segundo esquema tradicionalmente adotado entre nós, esses requisitos distribuem-se em duas categorias, a dos pressupostos processuais e das condições da ação”.¹³ Em suma, rejeitadas as preliminares, o juiz fica obrigado a se pronunciar sobre o mérito; acolhidas as preliminares, impede-se a apreciação do mérito, proferindo-se o que foi denominado de sentença terminativa ou processual típica.

Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade arbitrárias, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça¹⁴. A existência dessa espécie de filtro não é livre nem soberana, havendo outras circunstâncias que devem ser ponderadas, sobretudo a missão primordial do processo, que é a tutela de direitos¹⁵. Isso porque o processo não é auto-suficiente e não possui vocação para solista. A tutela jurisdicional é a sua finalidade e a sua gênese. Por essa razão, o juízo de admissibilidade não é estático nem mecânico, merecendo criteriosa e razoável apreciação para que não se torne um artifício para a frustração da função do processo.

Realmente, o fato de haver um plano de admissibilidade não pode servir de artifício para que o mérito seja ignorado. A finalidade do processo é a resolução da crise de direito material e não a procura de uma fuga técnica para evitar o enfrentamento do mérito. A admissibilidade da tutela jurisdicional serve para evitar o processo inviável e não para inviabilizar a tutela do direito material. Entretanto, há situações em que o processo, como se fosse um objeto incômodo, é extinto precipitadamente, sem um adequado exame da situação concreta. Esse comportamento pode decorrer de

-
13. Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. *Direito Aplicado II (pareceres)*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 372.
14. Tratamos desse tema no volume anterior desta coletânea, cujas idéias são aqui reforçadas: Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional. In: Fredie Didier Jr.; Eduardo Ferreira Jordão (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, v. , p. 871-904.
15. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embarquem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional: “*Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga ‘la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles’, si proscribire aquellas decisiones de inadmisión que ‘por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican’*” (apud PÉREZ, Jesús González. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3ª ed. Madri: Civitas, 2001, pp. 74/75).

vários fatores, como o despreparo técnico, a desatenção, a concentração na produção estatística da vara judicial¹⁶ - cuja preocupação com a produtividade cinge-se à quantidade de sentenças sem se preocupar com a qualidade da prestação jurisdicional -, a busca de artifício para o não enfrentamento do mérito e o comodismo¹⁷, frustrando a finalidade do processo e negando o acesso à tutela jurisdicional.

O juízo de admissibilidade, repita-se, não é um artilho para se inviabilizar a tutela jurisdicional, mas, sim, um instrumento técnico que interrompe um processo inviável em si mesmo.

Se algum requisito de admissibilidade faltante não impedir o prosseguimento prático do processo, seja porque a causa já esteja pronta para o julgamento, não tendo havido o controle da preliminar no tempo devido, seja porque inexistiu prejuízo para o interessado, ultrapassa-se o plano da admissibilidade, devendo prevalecer o plano do mérito, inexistindo utilidade na extinção serôdia do processo por inadmissibilidade. Vê-se, assim, que o plano da admissibilidade não é um fim em si mesmo.

Entre esses requisitos de admissibilidade encontra-se justamente a capacidade postulatória, que pode ser conceituada como autorização normativa para atuar em juízo¹⁸. Ou seja, além da capacidade processual, que pressupõe a capacidade de ser parte, há um outro requisito subjetivo de validade do processo que é a capacidade técnica ou a aptidão para postular ou responder em juízo.

Uma noção importante que às vezes é desconsiderada e provoca alguns equívocos é a inexistência de monopólio ontológico da capacidade postulatória. Esse

-
16. Uma advertência se faz necessária nesse particular: os dados estatísticos são fundamentais para o estudo de qualquer ciência e toda iniciativa desse jaez deve ser celebrada e incentivada, especialmente porque o campo jurídico não é muito amigo de dados objetivos (a propósito dessa carência de dados objetivos em estudos jurídicos, merece ser destacado o recente trabalho de Moniz de Aragão - que, com Barbosa Moreira, sempre alerta para a necessidade de um estudo com base em dados objetivos: Estatística judiciária. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 110, abril/junho de 2003). Entretanto, há uma faceta presente no estabelecimento de controle estatístico que nos preocupa seriamente e toca de perto o objeto deste trabalho, que é uma espécie de pressão perversa que pode ser impingida aos magistrados, aproximando-se a salutar iniciativa de uma espécie de ditadura numérica. A partir do momento em que se exige uma certa prolação de sentenças por mês de um juiz, por exemplo, apenas com os olhos voltados para um programa de “quantidade total”, sem preocupações qualitativas, efeitos danosos podem ser produzidos, como o descaso com a instrução do processo pela pressa em produzir sentenças e, inclusive, evitando-se a “difícil” tarefa de se julgar o mérito, buscando artifícios formais para tornar inadmissível a tutela jurisdicional.
17. Bem notou esse aspecto Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão judicial adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do nosso desenvolvimento, ou então a parte insiste em levar às últimas conseqüências as exigências formais do processo*” (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”, disponível no sítio www.tex.pro.br e publicado na *Revista de Processo* nº 137, RT, julho de 2006).
18. A capacidade postulatória foi objeto de denso estudo em recente dissertação de mestrado: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Recife: UNICAP, março de 2008, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor.

pressuposto processual não é um instituto pré-normativo, que antecede qualquer construção legislativa ou doutrinária, como se fosse um dado na natureza que deve ser aceito inapelavelmente. Ao revés, trata-se de um requisito de admissibilidade artificial - como, aliás, todos os demais -, que é imposto por razões de políticas legislativas, não sendo ocioso relembrar que historicamente a capacidade postulatória era outorgada a todos os cidadãos, encontrando-se resquícios dessa época inclusive nos dias de hoje (*habeas corpus*, por exemplo)¹⁹.

É fundamental termos presente a idéia de que a capacidade postulatória é outorgada normativamente, não havendo espaço para se pensar em monopólio profissional nesse particular, sem embargo do que dispõe a lei 8906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), cujo artigo 1º extrapola a dimensão normativa inserta no artigo 133 da Constituição da República²⁰.

Não há, portanto, privatividade ou exclusividade abstrata da capacidade postulatória: o *jus postulandi* é sempre conferido pelo ordenamento jurídico.

Exatamente em razão disso, no *habeas corpus*²¹, em algumas postulações perante juizados especiais²², entre outras situações, a capacidade postulatória é conferida

19. Cf. SILVA, Fernando Antonio Souza e. *O Direito de Litigar sem Advogado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 25/39. MADEIRA, Hélcio Maciel França. *História da Advocacia*. São Paulo: RT, 2002.

20. Sobre o tema, inclusive com discussões acerca da reserva de mercado provocada pelo monopólio dos advogados, bem como com o necessário enfoque constitucional da matéria, vale conferir o denso, original e fundamentado estudo de Fernando Antonio Souza e Silva citado na nota anterior. Confira-se também a já citada dissertação de Roberto P. Campos Gouveia Filho.

21. No *habeas corpus*, dá-se, ainda, o que pode ser denominado de “capacidade postulatória por arrastamento”, na medida em que, no caso de interposição de recurso contra decisão que denega a ordem, continua a ser dispensada a presença de advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, conforme ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que pode ser ilustrado com a transcrição de ementa de recente julgamento, em que são citados outros precedentes: “Recurso - Habeas corpus - Dispensa da capacidade postulatória. Versando o processo sobre a ação constitucional de habeas corpus, tem-se a possibilidade de acompanhamento pelo leigo, que pode interpor recurso, sem a exigência de a peça mostrar-se subscrita por profissional da advocacia. Precedentes: Habeas Corpus nº 73.455-3/DF, Segunda Turma, relator ministro Francisco Rezek, Diário da Justiça de 7 de março de 1997, e Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 60.421-8/ES, Segunda Turma, relator ministro Moreira Alves, Revista Trimestral de Jurisprudência 108/117-20. O enfoque é linear, alcançando o recurso interposto contra decisão de turma recursal de juizado especial proferida por força de habeas corpus” (HC 84716 / MG – Rel. Min. Marco Aurélio - DJ 26.11.2004, p. 00025).

22. “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Juizados Especiais Federais. Lei 10.259/2001, Art. 10. Dispensabilidade de advogado nas causas cíveis. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. Aplicação subsidiária da lei 9.099/1995. Interpretação conforme a Constituição. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza

diretamente aos interessados, dispensando-se a atuação de advogados. Note-se que se dispensa a presença de advogados e não a capacidade postulatória, que continua a ser exigida e que é conferida diretamente ao interessado²³.

Mostra-se relevante assinalar que o Supremo Tribunal Federal entende que a capacidade postulatória no controle abstrato de normas, no que se refere às autoridades e entidades indicadas no artigo 103, I a VII, da Constituição da República, decorre da própria legitimidade²⁴. Os legitimados detêm, portanto, capacidade postulatória para o ajuizamento da ação, o que decorre diretamente da conformação constitucional da autorização para a propositura da ação.

Como salientamos no início desse tópico, a capacidade postulatória, assim como os demais requisitos de admissibilidade, não é um fim em si mesma e, inexistindo prejuízo para a parte, que é a quem esse pressuposto visa a proteger²⁵, não se deve inviabilizar o processo apenas em razão da ausência desse requisito.

3. A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SUAS ATIVIDADES FINALÍSTICAS

Do exposto no item anterior decorre uma conclusão que poderia ser considerada intuitiva e desprovida de maiores controvérsias: o Ministério Público, por meio de seus membros, possui plena capacidade postulatória para o exercício de suas funções por expressa autorização constitucional, podendo-se afirmar que a legitimidade para agir e a capacidade postulatória estão contidas na fixação constitucional das atribuições do Ministério Público.

Com efeito, a partir do momento em que o artigo 127 da Constituição da República – que consideramos ser a fonte de toda a legitimidade para agir da Instituição

criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal". (ADI 3.168-DF, Relator Min. Joaquim Barbosa, publicado no Informativo nº 474 - 1º a 03 de agosto de 2007. Vale conferir, ainda, o julgamento da ADI 1127-DF, cuja notícia se encontra no Informativo nº 427, de 15 a 19 de maio de 2006).

23. Sobre o ponto: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142, nota 87. Ainda, do mesmo autor, *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 7ª ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 203.
24. Cf., na literatura mais recente: MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 90. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007, p. 1049.
25. Cf., amplamente sobre o tema: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 192/211. Aplicando essa noção especificamente sobre o tema da capacidade postulatória: GOUVEIA FILHO, ob. cit., pp. 147/148.

– confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis e sociais, automaticamente lhe confere capacidade postulatória.

Ofenderia a Constituição e o bom senso entender que a outorga de legitimidade a um órgão estatal de inegável saber técnico necessitaria de intermediação de uma outra entidade para poder postular em juízo. Realmente, imaginávamos que sequer se cogitaria que, para ajuizar uma ação coletiva ou uma ação para a defesa de direito individual indisponível, necessitasse o Ministério Público dos préstimos de serviço de advocacia.

Entretanto, entre as diversas tentativas amesquinhar a atuação do Ministério Público, cabe mencionar uma nova objeção que foi exposta por Adriano Perácio de Paula.²⁶ Segundo esse autor, atuando como parte em ação cível, o Ministério Público sempre deverá estar representado por advogado, em razão de a Constituição só lhe haver conferido capacidade postulatória em matéria penal, vedando-lhe o exercício da advocacia. Faltaria ao Ministério Público, portanto, sempre de acordo com o referido autor, capacidade postulatória para ajuizar qualquer ação cível, incluindo as ações coletivas, devendo contratar advogado.

Esse posicionamento é flagrantemente insubsistente, parecendo até ser fruto de uma má-vontade com a atuação do Ministério Público, antes de se constituir em uma consistente posição acadêmica. No mínimo o autor confunde a privatividade para o ajuizamento da ação penal pública com a legitimidade do Ministério Público para ações cíveis, que é sempre concorrente. Felizmente, não temos conhecimento de qualquer adesão a esse entendimento. Até mesmo quem se dedicou ao tema com um enfoque restritivo à atuação do Ministério Público, nem sequer cogitou questionar sua capacidade postulatória para atuar como autor no processo civil²⁷. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em parecer encomendado pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirma expressamente que a capacidade postulatória “é inerente à própria instituição. Pretender exigir-se que para a propositura da Ação Civil Pública o Ministério Público deve comparecer em juízo representado por um advogado é, data vênua, um exagero. Seria amesquinhá-lo. Seria reduzi-lo a um mero órgão administrativo do Estado (...)”²⁸.

26. Sobre a Lei 8429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. *Improbidade Administrativa*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001. Cf., ainda, do mesmo autor: Do *jus postulandi* e da atuação do Ministério Público no processo civil. *Revista de Informação legislativa*, nº 146, abril/junho de 2000, pp. 309/320 (também disponível eletronicamente: www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_146/r146-23.pdf).

27. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O exercício do *ius postulandi* pelo advogado e pelo membro do Ministério Público no processo civil. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 64. Brasília: Conselho Federal da OAB, janeiro/junho de 1997.

28. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses particulares em ações civis públicas. *Revista de Processo*, nº 80, São Paulo:RT, outubro/dezembro de 1995, p. 174.

O Superior Tribunal de Justiça já teve que se dedicar a essa questão e a refutou devidamente: *“Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ato de improbidade. Capacidade postulatória. Artigo 25, IV, “b”, da lei 8.625/93. Legitimatío ad causam do Parquet. Arts. 127 e 129 da CF/88. Patrimônio público. Dever de proteção. 1. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, caput). 2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, legitimatío ad processum e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. É que essa capacidade equivale a do advogado que atua em causa própria. Revelar-se-ia contraditío in terminis que o Ministério Público legitimado para a causa e exercente de função essencial à jurisdição pela sua aptidão técnica fosse instado a contratar advogado na sua atuação pro populo de custos legis. 3. A ratio essendi da capacidade postulatória vem expressa no art. 36 do CPC, verbis: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”. [...] 7. Sob esse enfoque, adota-se a fundamentação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 163231/SP, para externar que a Constituição Federal confere ao Ministério Público capacidade postulatória para a propositura da ação de improbidade, nos seguintes termos: Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do Parquet para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). [...] 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. [...] 11. É cediço na doutrina pátria que “o bacharel em direito regularmente inscrito no quadro de advogados da OAB tem capacidade postulatória (EOAB 8º, 1º e ss). Também a possui o membro do MP, tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar a ação penal e a ACP (CF 129, III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82, I; ECA 210 I).” (Nelson Nery Júnior In “Código de Processo*

*Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, página 429). 12. Recurso especial desprovido”.*²⁹.

Para afastar essa idéia da falta de capacidade postulatória, bastaria mencionar o disposto no art. 81 do Código de Processo Civil, lembrando, uma vez mais, que a outorga da capacidade postulatória não é monopólio do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Não nos parece consistente imaginar que, para o ajuizamento de ações rescisórias, ações de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça ou do Procurador-Geral da república, incidentes de conflito de competência e interposição de recursos, necessite o Ministério Público dos serviços de advocacia pelo simples fato de não de tratar de matéria penal. Apenas para ilustrarmos esse parágrafo, lembrem-se ainda de outras leis federais que, ao tratarem da legitimidade do Ministério Público, automaticamente conferem capacidade postulatória: a lei 8625/93, que em seu artigo 10, I, prevê que o Procurador-Geral de Justiça representa a o Ministério Público judicialmente e em seu artigo 25 descreve as funções de ajuizamento de ações judiciais; a lei complementar 75/93, artigo 6º, que também prevê a representação judicial da instituição; o artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 74 do Estatuto do Idoso, entre outros dispositivos infraconstitucionais que poderiam ser lembrados, apenas para afastar a pueril noção de que a capacidade postulatória encontra origem única no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A própria Constituição confere capacidade postulatória ao Ministério Público para o ajuizamento de ações para qual é legitimado, como podemos ver nos seguintes dispositivos: art. 127, ao incumbir-lhe a *defesa* dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando incluída a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais; art. 129, III, em que se lê que cabe ao Ministério Público *promover* a Ação Civil Pública, devendo ser notado que no inciso primeiro do mesmo artigo utiliza-se o mesmo verbo para a ação penal; a vedação do exercício da advocacia evidentemente não significa que o Ministério Público não possa ajuizar ações de sua atribuição, devendo haver compatibilização das normas constitucionais. A razão dessa vedação é histórica e nada tem a ver com a nova configuração da tutela jurisdicional coletiva.

De nada adiantaria conferir legitimidade ao Ministério Público e, ao mesmo tempo, não lhe conceder capacidade postulatória, que, nesse caso específico, decorre da própria legitimação para agir, estando *in re ipsa*. Negar capacidade postulatória ao Ministério Público é interpretar o sistema de forma primitiva e rasteira, em nada contribuindo para um sério e denso debate sobre as reais dificuldades envolvendo a atuação da instituição como órgão agente.

Tratemos de uma outra questão mais séria e relevante, embora tenha recebido o mesmo tratamento equivocado.

29. REsp 749.988/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 275 - destacamos.

Em decisão monocrática, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha reconheceu a capacidade postulatória do Ministério Público em ações cíveis, como não poderia deixar de ser, mas decidiu que a Instituição não pode ajuizar ação de interesse institucional sem a participação de advogado: “[...]Trata-se de Ação Cautelar, com pedido de medida liminar, ajuizada neste Supremo Tribunal pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 10 de novembro de 2006, com fundamento nos arts. 21, IV e V, e 304 do RISTF, ‘com o intuito de obter efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 1.0000.05.422943-0/000 ajuizado contra o acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.’ O caso 2. A instituição autora, ‘Ministério Público do Estado de Minas Gerais’, narra que a Requerida, Associação Brasileira de Criadores de Zebu de Uberaba, impetrou mandado de segurança contra ato do 5º Promotor de Justiça da Comarca de Uberaba - MG, para o qual o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberaba se declarou incompetente, remetendo os autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmou a competência do juízo de primeira instância, devolvendo os autos para o prosseguimento do feito. Não obstante aquela decisão, **o Ministério Público mineiro interpôs recurso extraordinário contra o acórdão prolatado, o qual foi admitido. Devolvido a este Supremo Tribunal em seu efeito legal próprio - o devolutivo - avia a presente Ação o Ministério Público estadual requerendo seja emprestado também efeito suspensivo. [...]** Trata-se da irregularidade da representação processual para a propositura. Tem-se, na inicial apresentada, assinatura não de advogados constituídos, na forma constitucional e legalmente determinada para o processamento das ações, mas dos eminentes Procuradores de Justiça, Dra. Elaine Martins Parise (**Procuradora-Geral Adjunta Jurídica**) e Dr. Renato Franco de Almeida (**Promotor de Justiça e Assessor Especial do Ministério Público Estadual**). **Nem é matéria sujeita a controvérsia que a representação processual é exclusiva de advogados no Brasil, ressalvadas as hipóteses em que se tenha ação penal ou civil conferida, no sistema jurídico, à legitimidade ativa do Ministério Público** (arts. 129, incs. I, III, IV e V combinado com 133, todos da Constituição da República). De se observar, por igual, a proibição constitucional da advocacia por membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, inc. II, alínea b, da Constituição do Brasil, além de ser imperativo dar cumprimento à legislação processual civil (arts. 7º a 13, do Código de Processo Civil). **Não é possível admitir-se que os Procuradores de Justiça, membros da nobre carreira do Ministério Público, e terminante e taxativamente proibidos de advogar, exerçam, como pretendido no presente caso, desempenhar função que lhes é, expressa, literal e exemplarmente, vedada por norma constitucional.** Procurador de Justiça ou Promotor Advogado não é, e por isso mesmo não pode exercer a representação judicial. **O que se tem, no caso presente, é uma ação judicial - ação cautelar - na qual se buscam prerrogativas alegadas ou pretendidas pelo Ministério Público. Não se tem, em qualquer norma jurídica vigente no País, autorização legal para que se afaste da vedação constitucional da advocacia o membro do Ministério**

Público. Não compete a ele distinguir-se de qualquer cidadão ou entidade de direito público ou particular, que, ao buscar os seus direitos, tem de se valer de advogado para fazer-se representar perante o Juiz competente. É o que se estampa nos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.906/93, denominado 'Estatuto da Advocacia' [...]. E tudo quanto posto na Constituição da República, ao atribuir a exclusividade da advocacia aos profissionais específicos - excluídos os membros do Ministério Público - é para se poder fazer a exigência a esses profissionais da qualificação que lhe é necessária e de que se ressente uma postulação quando apresentada por quem não tenha a necessária qualificação técnica, em que pese possa ser o não advogado dotado das melhores condições intelectuais jurídicas para outros desempenhos, como, tem-se por certo, ocorre no caso presente. Ademais, qualquer problema ou dificuldade que se apresente pelo advogado submete o profissional às exigências éticas perante a instituição específica, que é a Ordem dos Advogados do Brasil. Igual não poderia ser o deslinde se se permitisse o desempenho daquela atividade específica e constitucionalmente afirmada a outrem que não, exclusivamente, ao advogado. Inegável, portanto, a irregularidade processual havida na espécie, que estaria a merecer a aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil, se os outros óbices não estivessem a impedir o prosseguimento da presente ação. Ausência dos requisitos referentes à plausibilidade do direito 8. Não se pode atestar, na espécie, a alegada fumaça do bom direito, porque carentes os autos dos elementos necessários para a sua comprovação, conforme acima exposto [...]”³⁰.

Parece-nos que essa decisão não é a mais adequada, ao menos por dois motivos: 1) se o Ministério Público ajuizou recurso extraordinário no caso, sua capacidade postulatória foi reconhecida exatamente por se tratar de questão institucional - reconhecimento da competência originária para o julgamento de mandado de segurança contra ato de seu membro -, o que faz com que uma ação conexa necessariamente deva ser admitida (conexão por sucessividade), não sendo razoável reconhecer a capacidade postulatória para a interposição do recurso e negá-la para o ajuizamento de ação cautelar que visava a conferir efeito suspensivo a esse mesmo recurso; 2) tratando-se questão vinculada a suas prerrogativas, possui o Ministério Público interesse institucional que lhe outorga capacidade postulatória, o que será examinado no próximo item.

Deve ser remarcado que o entendimento esposado pela referida Ministra é equivocado e pode significar lamentável limitação à atuação do Ministério Público. Se existe capacidade postulatória para a interposição do recurso, forçosamente também existirá para quaisquer medidas que lhe sejam conexas.

30. AC 1450/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 22/11/2006, p. 00048 – destacamos. A decisão não foi objeto de recurso e transitou em julgado em 11/12/2006.

O reconhecimento da necessidade de intermediação de um advogado nessa situação subverte o raciocínio processual e homenageia uma reserva de mercado incompatível com uma ordem constitucional dedicada ao amplo acesso à justiça, como se vê em trecho doutrinário de autoria da própria Ministra: *“Também não se pode descurar sobre a questão relativa ao imperativo da presença de advogado que o sistema jurídico nacional tem adotado. De verdade, não é sempre que a presença é imprescindível, sequer necessária. Em algumas ocasiões somente constitui embaraços, às vezes dispêndios a mais, ao exercício do direito à jurisdição. Se não se admite – e é certo que não – que aquele que necessita e deseja um advogado para atuar em sua defesa deixe de tê-lo e o tenha às expensas do Estado, quando impossibilitado se encontra de contratar o de sua preferência e escolha, é exato ainda que nem sempre se deveria impor a presença do patrono, quando puder e quiser dispensá-lo o titular do direito discutido. Isto impede, em uma ou outra ocasião, o exercício direto pelo titular do direito, em casos em que a presença do representante judicial seria perfeita e tranqüilamente dispensável, sem qualquer ônus para o Estado-juiz, para as partes ou para a sociedade. Esta presença, que muitas vezes – diria mesmo na maioria delas – é um direito inarredável do cidadão, pode constituir, quando levada a extremos opostos, um óbice para o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição, que é dever do Estado providenciar e prover”*³¹.

Outro ponto que merece atenção é a impossibilidade de o Ministério Público Estadual promover sustentação oral perante Tribunais Superiores, quando em julgamento recurso interposto por um de seus membros. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça anulou julgamento em que tal fato aconteceu, entendendo, inclusive, que o prejuízo à parte contrária era presumido³², como se vê na ementa seguir

-
31. O direito constitucional à jurisdição. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (org). São Paulo: Saraiva, 1993, p. 37, *apud* SILVA, Fernando Antonio de Souza e. Ob. cit., p. 3, nota 5.
32. O que é ainda mais curioso quando se tem em mente que é pacífica a jurisprudência no sentido de que a falta de intervenção do Ministério Público só gera nulidade se for *demonstrado* o prejuízo: *“Processual civil. Habilitação de crédito em falência. Órgão do Ministério Público atuando como fiscal da lei, que, apesar de intimado, não apresenta manifestação. Ausência de prejuízo. Nulidade da sentença não verificada. 1. A atenção do Ministério Público, no caso dos autos, dirige-se de modo direto aos interesses sociais ou individuais indisponíveis (Constituição Federal, art. 127), como um todo, sendo, por isso, considerado fiscal da lei. Dessa forma, instado a se manifestar acerca do caso concreto, não lhe cabe acolher a manifestação de uma delas, sem sequer verificar se seus fundamentos são plausíveis ou existentes, limitando-se a aguardar nova vista dos autos. Oportunidade para manifestação desperdiçada. 2. Em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, não se deve declarar a nulidade do ato processual se este não causa prejuízo a alguém, ou seja, pas de nullité sans grief. Nesse contexto, deve o processo ser interpretado como instrumento de realização da justiça, tendente à pacificação dos conflitos sociais, cabendo, no caso, perquirir acerca do sentido teleológico do que dispõe o art. 82 do CPC, no tocante à atuação do Ministério Público enquanto custos legis. Recurso não conhecido”* (REsp 165.989/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 25/11/2008, DJe 15/12/2008). *“Processual civil. Ação de indenização. Interesse de menor. Intervenção do Ministério Público. Ausência de prejuízo. CPC, arts. 82, I, 84 e 246. 1. Esta Corte já se posicionou na linha da necessidade de demonstração de prejuízo, para que seja acolhida a nulidade por falta de intimação do Ministério Público, em razão da existência de*

transcrita: “*Embargos de divergência. Ministério público estadual. Atuação perante o superior tribunal de justiça. Sustentação oral. Vedação. Nulidade. 1. Consoante disposto na Lei Complementar 73, de 1993, somente o Ministério Público Federal, por meio dos Subprocuradores-Gerais da República, tem legitimidade para atuar nas causas de competência do Superior Tribunal de Justiça, nesta atuação compreendida, inclusive, a sustentação oral. 2. Uma vez permitida a participação de membro do Ministério Público Estadual em julgamento de recurso especial, sustentando oralmente, o julgamento deve ser anulado para que outro se faça sem aquela participação, sendo o prejuízo presumido. 3. Embargos de divergência conhecidos em parte e, nesta extensão, providos*”³³. Não se discute que, na condição de *custos legis*, somente o Ministério Público Federal atua perante aquela Corte, mas no caso em julgamento o Ministério Público Estadual estava na condição de postulante, não havendo razão para se lhe negar capacidade postulatória para o ato e muito menos para se falar em falta de legitimidade de quem, afinal, teve seu recurso admitido e desejava participar efetivamente do contraditório, olvidando-se os Ministros da importante distinção entre postular ao Tribunal e atuar no Tribunal³⁴.

4. A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS

O Ministério Público possui legitimidade não só para o exercício de suas atividades finalísticas, mas também para a defesa de suas prerrogativas, que também é um modo de, preservando-se os meios, garantir a consecução daquelas³⁵.

interesse de incapaz 2. Embargos de declaração rejeitados” (EDcl no REsp 449.407/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008).

33. EREsp 445.664/AC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 21/05/2008, DJe 30/10/2008.
34. “*Recurso ordinário de mandado de segurança. Legitimidade para impetração do mandamus. Promotor ee Justiça. Lei n. 8.625/92. O Promotor de Justiça possui legitimidade para impetrar mandado de segurança perante os Tribunais locais. Distinção entre postular ao Tribunal (art. 32, inciso I da LONMP) e postular no Tribunal (art. 31 da LONMP). Precedentes. Recurso cabível e provido para apreciação*” (RMS 5376/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/11/1997, DJ 15/12/1997 p. 66460 - destacamos). O problema da sustentação oral também é encontrado nos Tribunais Estaduais e, para tornar o tema mais complexo, envolve um mesmo Ministério Público, na medida em que os Promotores de Justiça não podem sustentar oralmente perante os Tribunais no julgamento dos recursos por eles interpostos, em razão de o Procurador de Justiça atuar como representante da Instituição. A situação aparentemente ficaria bem resolvida por se tratar estritamente da mesma Instituição, mas a independência funcional e a distância entre os Promotores e Procuradores não raro causam sérias divergências e os recursos não recebem um adequado reforço argumentativo. Trata-se de tema que merece de inegável relevância teórica e prática e que merece maior reflexão.
35. “*Defendendo a intangibilidade de suas prerrogativas, o Ministério Público, em última ratio, defende a própria sociedade, da qual é legítimo representante. O Ministério Público, indubitavelmente, pode ser parte em uma demanda destinada a conferir efetividade aos direitos que lhe foram constitucionalmente assegurados e que estejam estritamente vinculados à sua subsistência institucional*” (GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições regime jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169).

Caso haja violação de uma de suas prerrogativas ou de seus princípios, cabe ao próprio Ministério Público, por meio de seu Procurador-Geral, o ajuizamento de ações que visem a tutelar a própria Instituição.

O fato de o Ministério Público não possuir personalidade jurídica em nada interfere nesse particular, já que é inegável a presença de sua personalidade judiciária e, principalmente, é indiscutível que se trata de órgão com esfera subjetiva e patrimônio jurídico próprios³⁶, o que o torna *sujeito de direito*³⁷. Por ser uma Instituição “concebida como estrutura organizacional dotada de individualidade própria”³⁸, o Ministério Público possui autonomia que lhe confere direitos e obrigações, decorrendo daí a capacidade postulatória em caso de ameaça ou violação de sua esfera jurídica³⁹.

Por essa razão, moderna doutrina preconiza que “a teoria dos sujeitos de direito precisa ser repensada, pois não se justifica, pelo exame do direito positivo, que não se reconheça capacidade jurídica a entes a que o ordenamento jurídico atribui aptidão para ter direitos e contrair obrigações, embora não lhes tenha sido atribuída personalidade jurídica”, não escapando ao autor a possibilidade de haver processos envolvendo órgãos estatais de uma mesma pessoa jurídica e até de um órgão contra em face dessa mesma pessoa jurídica⁴⁰.

Assim, pode o Ministério Público ajuizar ação visando, por exemplo, à salvaguarda do princípio da independência funcional, da autonomia administrativa ou do poder de requisição, como, aliás, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça: “*Processual civil. Mandado de segurança requerido pelo Ministério Público objetivando liberar informações existentes em órgãos do Ministério da Aeronáutica. Inexistência de*

-
36. Em texto clássico, escrito há mais de meio século, Victor Nunes Leal, tratou da personalidade judiciária das câmaras municipais, de onde colhem-se trechos interessantes para ilustrar esse trabalho: “*Parece-nos, data venia, que é impossível negar certos direitos das câmaras municipais, reconhecidos em texto expresso das constituições estaduais e das chamadas leis orgânicas dos municípios. Não resta dúvida que a câmara de vereadores é apenas um órgão do município, incumbido da função deliberativa na esfera local. Sendo, entretanto, um órgão independente do prefeito no nosso regime de divisão de poderes (que projeta suas conseqüências na própria esfera municipal), sua competência privativa envolve, necessariamente, direitos, que não pertencem individualmente aos vereadores, mas a toda a corporação de que fazem parte. Se o prefeito, por exemplo, viola esses direitos, não se pode conceber que não haja no ordenamento jurídico positivo do país um processo pelo qual a câmara dos vereadores possa reivindicar suas prerrogativas*”. (Personalidade judiciária das câmaras municipais. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 430). Em outro parágrafo, ao tratar da autonomia como fundamento da personalidade judiciária, afirmou que não se pode tratar essa autonomia como “*competência não garantida*”, sob pena de se configurar um “*conceito vazio, autêntica mistificação constitucional*” (ob. cit., p. 431).
37. Cf., capítulo 2 da referida dissertação de GOUVEIA FILHO.
38. GARCIA, Emerson. Ob. cit., p. 171.
39. Sobre a legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo passivo, e a correlata presença dos pressupostos processuais, vale conferir: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Contestação. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado, devendo a demanda que impugna recomendações do Ministério Público para que municípios se abstenham de prática de nepotismo ser proposta em face do Ministério Público. *Revista de Processo*, nº 149, RT, julho de 2007, pp. 328/332.
40. DIDER JR. *Pressupostos...*, cit., pp. 117 e 120.

motivação que afete a segurança do Estado. Prevalência do interesse público relevante. Deferimento da segurança. A competência do Ministério Público no concernente a requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, a disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas. Em sendo a ação penal pública de iniciativa exclusiva do Ministério Público, e se a Constituição lhe confere o poder de expedir notificações e de requisitar informações e documentos (Constituição Federal, arts. 127 e 129), resulta, daí, que as suas atividades se revestem de interesse público relevante - oponível a qualquer outro - que deve ser cuidado com previdência, eis que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. A ocultação e o não fornecimento de informações e documentos é conduta impeditiva da ação ministerial e, conseqüentemente, da justiça, se erigindo em abuso de poder. Os documentos e informações requisitadas (e em poder do Ministério da Aeronáutica) não serão, desde logo, acolhidos como verdadeiros e incontestáveis, mas, submetidos ao crivo da autoridade judiciária e do Ministério Público; deste, para auxiliar e, ate, impulsionar as diligências subseqüentes e do Judiciário para que as submeta, em tempo oportuno, ao contraditório, em que se assegurara aos indiciados ou acusados a mais ampla defesa. Nada importa que as conclusões dos órgãos da Aeronáutica sejam diametralmente opostas as do Ministério Público ou do Judiciário. A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1525), como também a ação do Ministério Público independe do juízo de valor que, na esfera administrativa, a autoridade Aeronáutica atribuir aos fatos, não ficando, por isso mesmo, adstrito, quer as conclusões do relatório preliminar, quer as do relatório final. A publicidade dos atos administrativos e demais atividades estatais decorre de preceito constitucional (art. 5, XXXIII), que só ressalva a hipótese em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 'O novo estatuto brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o como direitos e garantias fundamentais' (STF). Já existindo inquérito instaurado em torno do fato, com o acompanhamento do Parquet, torna-se evidente o interesse público na últimação dessas investigações cujo fito é o de desvendar a existência de possíveis crimes. O sigilo, in casu, não pode ser oponível à ação do Ministério Público, visto como o inquérito policial está se desenvolvendo sob absoluta reserva (CPC, art. 20), inexistindo temor sob possíveis desvirtuamentos das informações e documentos requisitados. É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção. Segurança concedida. Decisão unânime"⁴¹.

41. MS 5.370/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 12.11.1997, DJ 15.12.1997, p. 66185.

O Supremo Tribunal Federal também possui um julgado relevante, em que, embora a questão da capacidade postulatória esteja implícita e decorra automaticamente da conclusão a que chegou o Tribunal, o tema da personalidade judiciária e a existência de esfera jurídica que exige proteção autônoma pela Instituição, mormente suas prerrogativas, receberam tratamento cristalino: *“Mandado de segurança: legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da República que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do Ministério Público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência. 1. A legitimidade ad causam no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em “subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. 2. A jurisprudência - com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) - tem reconhecido a capacidade ou “personalidade judiciária” de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas. 3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente - porque instrumento essencial de sua atuação - e não se pode dissolver na personalidade jurídica do Estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os Tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais. 4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos”⁴².*

Outro exemplo que pode ser trazido à colação é o ajuizamento de ação perante o Supremo Tribunal Federal visando a impugnar ato emanado do Conselho Nacional do Ministério Público que exorbite seu balizamento constitucional e interfira indevidamente na autonomia dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Com efeito, no caso de o Colegiado violar a autonomia funcional e administrativa do Ministério

42. MS 21239/DF - DJ 23/04/1993, p. 06920 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Público, o que está longe de ser uma lucubração abstrata⁴³, a impugnação do ato perante o Supremo tribunal Federal deve ser feita diretamente pela Instituição por meio de seu Procurador-Geral, sem a necessidade de intermediação por advogado. Não há nenhum motivo razoável que retire do Ministério Público a capacidade postulatória em situações desse jaez.

A defesa de suas prerrogativas é garantida constitucionalmente ao Ministério Público, não sendo razoável que se valha de advogado para postular em juízo⁴⁴.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A capacidade para ser parte é uma noção absoluta, não comportando gradações. Isso não significa, contudo, que o ente terá, também, legitimidade para a causa e capacidade postulatória.

No que se refere ao Ministério Público, é inequívoca sua capacidade para ser parte, restando verificar se nas hipóteses concretas estará presente sua legitimidade para agir e, inexoravelmente, sua capacidade postulatória.

Essa afirmação, a nosso ver, não comporta contraposição séria quando se refere à defesa de direitos individuais indisponíveis, sociais e às prerrogativas institucionais. Entretanto, por ser o Ministério Público um ente dotado de autonomia administrativa, há uma gama de direitos e obrigações atrelados à Instituição que são dissociados tanto de suas atividades finalísticas quanto de suas prerrogativas. Embora todos os negócios jurídicos firmados pelo Ministério Público só se justifiquem em razão de sua essência e sirvam, em última análise, para oferecer estrutura para o desenvolvimento de suas funções, há situações em que o tema a ser levado em juízo somente reflexamente se vincule a suas atividades finalísticas ou às suas prerrogativas, como em contratos de locação ou de compra e venda. A complexidade administrativa de que é dotado o Ministério Público realmente provocará algumas perplexidades quando houver conflitos judiciais envolvendo negócios jurídicos por ele protagonizados, já que, embora desprovido de personalidade jurídica, a Instituição tornou-se protagonista de relações jurídicas como ente autônomo e administrativo, podendo, inclusive, figurar no pólo passivo de ações ou afirmar que seu patrimônio jurídico próprio foi violado por terceiros etc.. Somente em hipótese desse jaez, desvinculadas da atuação constitucional do Ministério Público, parece-nos ser possível discutir a presença da capacidade postulatória.

43. Cf., com a costumeira precisão, GARCIA, Emerson. Ob. cit., pp. 139/148.

44. *“À luz da sistemática vigente, que incluiu o Ministério Público dentre as funções essenciais à Justiça e lhe assegurou plena autonomia existencial, não vislumbramos qualquer razão lógica para que a Instituição recorra a outra função essencial, in casu, à advocacia, pública ou privada, para postular em juízo”* (GARCIA, Emerson. Ob. cit., p. 172).

Contudo, para os fins deste trabalho, especialmente preocupado com a atuação do Ministério Público como instrumento da realização dos direitos individuais indisponíveis e sociais, é necessário estabelecer que a capacidade postulatória da Instituição para suas atividades essenciais e estruturais decorre da legitimidade outorgada constitucionalmente.

Em suma, a capacidade postulatória é um dado normativo que não se confunde com monopólio profissional e, no que se refere ao Ministério Público, estará presente sempre que a Instituição estiver no exercício de suas atividades finalísticas ou na defesa de suas prerrogativas.

CAPÍTULO XXXVI

**A VERDADE COMO OBJETIVO
DO DEVIDO PROCESSO LEGAL¹**

*Soraya Gasparetto Lunardi**
*Dimitri Dimoulis***

Sumário • 1. Introdução – 2. A certeza do julgador e sua irrelevância filosófica – 3. Teses (necessárias e controvertidas) sobre a formação do conhecimento – 4. Limitações do processo probatório e o problema filosófico da verdade – 5. A verdade como pressuposto da atividade probatória – 6. Regras de prova independentes da verdade – 7. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Processo significa progresso, transcurso, desenvolvimento, e, principalmente uma seqüência que obedece a regras preestabelecidas. Em perspectiva jurídica, o processo objetiva implementar as previsões das normas de sanção em caso de desrespeito aos imperativos das normas de conduta. Isso ocorre de maneira direta quando há violação ou ameaça de violação de regra estatal (ilícitos penais, administrativos, inconstitucionalidade etc.) ou indiretamente, em caso de descumprimento de obrigação contratual assumida de acordo com normas estatais.

O processo judicial constitui ordem ou seqüência de atos previstos em normas vigentes (principalmente nas leis e códigos processuais), no intuito de garantir racionalidade e previsibilidade e oferecendo garantias de participação dos envolvidos no processo.² Via de regra, o processo tem natureza dialética, sendo facultado a cada uma das partes demonstrar e fundamentar suas alegações e pretensões.

Pergunta-se se há possibilidade de estabelecer as finalidades gerais do processo judicial. De maneira quase tautológica podemos dizer que o processo objetiva indicar

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutora em “Direito e Economia” pela Universidade Politécnica de Atenas. Coordenadora do curso de Mestrado em Direito da Unimar (Marília, SP). Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Docente da Instituição Toledo de Ensino (Bauru, SP).

** Doutor e pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor de Graduação e Mestrado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV). Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

1. Esse artigo retoma e, em certos pontos amplia, reflexões publicadas em Lunardi/Dimoulis, 2007.
2. Sobre as possíveis definições de “processo” cf. Lunardi, 2007.

a forma de aplicação do direito que deve ser seguida em caso de controvérsias ou incertezas. A doutrina se refere a esse elemento quando estabelece como objetivo do processo a composição da lide pela sentença, pacificando os conflitos.³ O Estado preserva sua ordem mediante uma decisão impositiva que encerra juridicamente a controvérsia. Entretanto, grande parte da doutrina não se satisfaz com esse posicionamento.

Conforme opinião doutrinária predominante, o processo aspira encontrar a verdade e fazer justiça: oferecer a solução justa ao caso concreto (*Einzelfallgerechtigkeit*), mediante a adequada concretização de previsões abstratas e contribuindo ao estabelecimento de uma “ordem jurídica justa”.⁴ Se a justiça é o fim do processo,⁵ o estabelecimento da verdade acerca dos fatos é o pressuposto para atingir a solução justa (ao lado da interpretação correta e adequada das normas vigentes). Nessa ótica, a verdade constitui uma finalidade instrumental ou intermediária que permite alcançar a justiça como propósito “final” da atividade processual.⁶

Em nossa opinião, apresentar a justiça como finalidade do processo é indício de um peculiar atraso no pensamento processualista. Se atribuímos ao termo “justiça” um sentido intra-sistemático (é justo aquilo que estabelece o direito em vigor, logo será justa a decisão que seguir o direito que pode se encontrar na literalidade dos textos normativos ou em outros elementos, tais como os princípios implícitos ou os precedentes jurisprudenciais), temos uma afirmação circular. Se o direito proíbe levar em consideração um meio de prova e se o julgador efetivamente desconsiderar esse meio, sua decisão será justa porque está de acordo com o direito vigente que é sempre justo. Quem afirma isso simplesmente *duplica* o conceito de direito para legitimá-lo com o emprego do termo “justo”.

Se, ao contrário, atribuímos ao termo “justiça” um significado independente do direito positivo (justiça material; justiça procedimental; combinação de ambas conforme critérios que independem do conteúdo das normas válidas), esbarramos na notória e irredutível discordância das concepções sobre o justo. Séculos de reflexão sobre a desmistificação das ideologias jurídicas e sociais deixaram claro que a justiça, por mais que esteja presente nos debates especializados e nas representações populares como sentimento, sonho ou até mesmo reivindicação antropologicamente arraigada,⁷ não pode ser definida de maneira objetiva.⁸

3. Cintra et al., 2005, p. 25-27.

4. Taruffo, 2002, p. 288-290. Entre a recente doutrina nacional cf. Cintra et al., 2005, p. 35; Montero, 1997, p. 29; Barros, 2002, p. 21-22; Marinoni, 2006, p. 34, 38; Amaral, 2007, p. 138.

5. “Fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*”; “o juiz deve pautar-se pelo critério de justiça”. Cintra et al., 2005, p. 27, 37. Os autores afirmam repetidamente a existência do imperativo de justiça, mas não definem seu conceito nem os critérios que permitem distinguir entre o justo e o injusto.

6. Segundo a doutrina a verdade seria um “elemento” ou uma “premissa” que permitiria tomar uma decisão justa (Barros, 2002, p. 22; Badaró, 2003, p. 25-26).

7. Derrida, 2007.

8. Kelsen, 2001.

Devemos, assim, abandonar a referência à justiça que constitui um complemento ideológico do funcionamento dos mecanismos estatais. Permanece como eventual finalidade geral dos processos judiciais a constatação da verdade sobre determinadas situações. Constatar o que realmente ocorreu é o pressuposto para construir a premissa maior do silogismo jurídico de maneira adequada. Sem a reconstrução fiel do efetivamente ocorrido não podemos decidir corretamente quais são as normas aplicáveis.

Nessa ótica, o processo judicial objetiva encontrar a verdade dos fatos (verificou-se certa conduta de um destinatário das normas?) como condição necessária para a aplicação correta do direito vigente. Essas afirmações sobre a finalidade do processo serão objeto de análise no presente estudo.

2. A CERTEZA DO JULGADOR E SUA IRRELEVÂNCIA FILOSÓFICA

A relação problemática entre a verdade e o resultado do processo se expressa em trabalhos de processualistas com a observação de que o processo (pelo menos algumas formas de processo) não busca a verdade, mas só oferece uma avaliação objetiva do material trazido a conhecimento do juiz pela iniciativa das partes. Tal como o título de campeão se atribui ao melhor entre os competidores não indagando se há pessoas com maior capacidade ou habilidade que não se apresentaram ao campeonato, o processo proclama a verdade com base nos elementos de informação apresentados pelos interessados sem se preocupar com a “verdadeira verdade”.⁹ Essa ficção leva o nome de verdade processual.

Tal abordagem não pode ser aceita, pois o julgador, mesmo no processo civil, deve determinar as provas necessárias à instrução do processo conforme o art. 130¹⁰ do CPC, não vigorando, em âmbito probatório, de maneira geral o princípio dispositivo.¹¹

Atualmente a doutrina considera que o processo deve buscar a verdade real (material, substancial), sendo problemáticos os casos nos quais se constata discrepância entre os acontecimentos reais e sua reconstrução no processo.¹² Acrescenta-se que a verdade real não deve ser buscada a todo custo e, notadamente, não justifica o emprego de meios de investigação (e prova) que contrariem imperativos legais. Temos aqui uma limitação que, na visão da doutrina, não invalida a afirmação inicial, segundo a qual o processo objetiva encontrar a verdade “una e indivisível”.¹³

9. Apresentação e crítica dessa abordagem em Gomes, 2007, p. 231-233.

10. Art. 130. “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

11. Sobre o significado desse princípio e sua incidência no processo, cf. Cintra et al., 2005, p. 65-68; Silva e Gomes, 2006, p. 47-49; Montero, 1997, p. 129-131; Badaró, 2003, p. 63-125.

12. Cf., por exemplo, Avolio, 2003, p. 38-39.

13. Barros, 2002, p. 18.

O processo busca a verdade real com os meios e as limitações juridicamente impostas. Esse resultado é denominado, por alguns, de “verdade processual” não para sustentar seu caráter artificial ou ficcional, mas para indicar as limitações estruturais-jurídicas impostas na busca da verdade, e deixar claro que o julgador baseia sua decisão nos elementos de prova que se encontram nos autos.¹⁴

Temos aqui uma teoria sobre a verdade processual que não abandona a pretensão de alcançar a verdade, mas reconhece as limitações legais e as imperfeições humanas que afetam o processo probatório. Isso se exprime com o emprego dos termos “verossimilhança”, “aparência de verdade”¹⁵ ou “verdade provável”.¹⁶

Pergunta-se, porém, quais são as formas que permitiriam ao julgador realizar essa busca da verdade (ou de sua aparência). A doutrina afirma que a avaliação dos elementos de prova recolhidos durante o processo permite ao “espírito” do julgador persuadir-se da verdade em relação à situação jurídica controvertida. O julgador recebe e analisa as provas produzidas, avalia a veracidade e o poder informativo de cada uma e, graças ao raciocínio, tem acesso à verdade sobre situações por ele desconhecidas. Isso ocorre quando ele pode concluir: “*Estou certo que ocorreu X*”.¹⁷ Essa última afirmação é equivalente à afirmação “*Está provado que ocorreu X*”.

3. TESES (NECESSÁRIAS E CONTROVERTIDAS) SOBRE A FORMAÇÃO DO CONHECIMENTO

Disso resulta que a prova depende da convicção do julgador sobre a verdade (ou inverdade) de determinadas alegações: “a certeza do juiz é a verdade do processo”.¹⁸ Ora, afirmar a possibilidade de formação de tal crença sobre a verdade no espírito do julgador impõe assumir uma série de teses sobre a formação do convencimento.¹⁹

- a) Há uma verdade objetiva que o julgador tenta conhecer (mesmo quando não consegue encontrá-la no caso concreto).²⁰
- b) O julgador pode conhecer essa verdade graças ao emprego de meios racionais, formando um convencimento ou juízo sobre a correspondência de uma alegação e da realidade objetiva (convencimento ou persuasão

14. Referências doutrinárias em Barros, 2002, p. 18-22; Gomes, 2007, p. 238-239. Outros autores rejeitam utilidade do conceito de verdade processual e sugerem que a dicotomia seja “sepultada” (Badaró, 2003, p. 36; referências bibliográficas em: Beltrán, 2002, p. 71-72).

15. Posicionamento aceito pela doutrina nacional com referência a Calamandrei e Taruffo: Silva e Gomes, 2006, p. 57; Wambier e Medina, 2003, p. 190-191; Leonardo, 2004, p. 24, 274-277; Zaneti Jr., 2004, p. 127.

16. Zaneti Jr., 2004, p. 132.

17. Santos, 1952, p. 326.

18. Badaró, 2003, p. 26.

19. Cf. a lista, parcialmente diferente, das teses da teoria racionalista sobre a prova em Twining, 1994, p. 73.

20. Referências bibliográficas em Badaró, 2003, p. 24-31.

racional) com base na teoria da verdade como correspondência entre fato e representação.²¹

- c) Critério para tanto é a afirmação do próprio julgador (“*eu* estou certo que ocorreu X”). Por essa razão, o subjetivismo é *constitutivo* do debate sobre a verdade no direito, com base na teoria da correspondência entre a realidade e o Eu (“espírito”) que afirma ter certeza.²²

Aqui surgem problemas de duas ordens.

Em primeiro lugar, essas afirmações não são aceitas por todos. Há correntes de pensamento céticas que não acreditam na existência de uma verdade independente da decisão do observador e consideram que essa decisão não se determina pela “verdade”, mas exprime uma vontade relacionada a preferências pessoais e pressões oriundas do meio social.

Em segundo lugar, é possível rejeitar as afirmações acima expostas mesmo sem assumir um posicionamento cético sobre a verdade. Basta dizer que, em âmbito jurídico, a possível verdade sempre será enunciada pelo julgador conforme seu juízo, sendo impossível garantir que isso seja verdadeiro (ou predizer que seja falso). Dito de outra maneira, ainda que se considere existente e constatável a verdade objetiva (A “de verdade” quitou a sua dívida), o fato de o direito vigente confiar a decisão sobre a verdade a uma pessoa (ou um grupo de pessoas) sem conhecimento direto dos fatos, torna totalmente subjetiva a verdade jurídica. O pagamento só será levado em consideração se essa pessoa (ou grupo de pessoas) decidir dessa forma e vice-versa, sendo qual for a verdade “verdadeira”.

Essa postura é adotada pelos partidários do realismo jurídico que adotam o ceticismo sobre os fatos, mas também por pensadores que tacitamente se aproximam do realismo jurídico como Hans Kelsen.²³ A argumentação se baseia na diferenciação entre duas esferas: a dos fatos e a do processo. Ainda que na esfera dos fatos algo tenha acontecido “de verdade”, isso não influencia diretamente a reconstrução da realidade (construção da premissa menor do silogismo jurídico), já que na segunda esfera as pessoas investidas do respectivo poder legal decidirão o que ocorreu. Essa decisão sempre será verdadeira em âmbito legal, pois não pode ser legalmente contestada (a não ser no âmbito de uma ulterior reconstrução em instância superior, para a qual vale exatamente o mesmo voluntarismo-decisionismo da autoridade competente). Nessa perspectiva, a afirmação “está provado que ocorreu X” é sinônima da afirmação “o juiz decidiu que ocorreu X”.²⁴ Não interessa o que se diz mas *quem* diz.

21. Malatesta, 1960, p. 59.

22. Malatesta, 1960, p. 59.

23. Referências bibliográficas em Beltrán, 2001, p. 75-77, 83; cf. Dimoulis, 2006, p. 220-224, 234-238.

24. Cf. Beltrán, 2001, p. 83.

Temos aqui uma concepção “fictícia” ou “circular” da verdade no processo²⁵ que torna inúteis as referências à verdade: se tudo aquilo que o aplicador decidir será *per definitionem* verdade, não faz sentido indagar o que é verdade e como se constata! Veremos que essa abordagem é incompleta. Mas mesmo assim indica a impossibilidade teórica de vincular a produção da verdade a certezas (ou convicções) subjetivas do julgador.²⁶

4. LIMITAÇÕES DO PROCESSO PROBATÓRIO E O PROBLEMA FILOSÓFICO DA VERDADE

Existe uma verdade que possa valer de forma objetiva ou, pelo menos, intersubjetiva? Essa pergunta está no centro de infinitas controvérsias filosóficas.²⁷ No campo jurídico, o problema da verdade apresenta várias dimensões.²⁸ Aqui interessa a pergunta:

É possível qualificar como verdadeira uma alegação sobre fatos que são relevantes para a construção da premissa maior do silogismo. Podemos dizer: “(Não) É verdade que A teve a conduta X”?

A maioria dos processualistas observa que a busca da verdade muitas vezes permanece incompleta e a certeza sobre a obtenção da verdade nunca pode ser absoluta.²⁹ Em razão disso, há referências à “limitação epistêmica”³⁰ imposta na verdade judicial. Por um lado, há risco de erro na avaliação das provas; por outro lado, encontramos as limitações cognitivas do juiz que decide de acordo com o material probatório ao qual teve acesso.³¹ Em última instância a relatividade da verdade é reconduzida às limitações da própria “condição humana” que torna a verdade absoluta “inatingível”.³²

Em termos teóricos, esses autores sustentam que há uma relação *teleológica* entre prova e verdade: a verdade seria a finalidade da atividade probatória. Mas isso não exclui que seja considerado como provado, em determinado caso, aquilo que não é verdadeiro (ou, inversamente, que não seja considerado provado aquilo que é verdadeiro).³³

25. Taruffo, 1992, p. 48-49.

26. Cf. Beltrán, 2002, p. 72-77.

27. Para a problematização do conceito de verdade cf. Blackburn e Simmons (orgs.), 1999; Kirkham (org.), 2001; Schmitt (org.), 2004; Nancy, 1983, p. 89-112; Rorty, 2005, p. 3-109; Balibar, 1994; Davidson, 1984; Costa, 2002, p. 337-413.

28. Cf. Neumann, 2004, p. 8-9; Pintore, 1996, p. 1-4.

29. Abellán, 2001, p. 99-102; Barros, 2002, p. 36; Badaró, 2003, p. 30-36; Zaneti Jr., 2004, p. 127.

30. Moreso e Vilajosana, 2004, p. 180-183.

31. “Ideal seria que em todo processo aflorasse naturalmente a verdade plena dos fatos. Mas como isto é impossível de ser concretizado (...). O Estado-Juiz contenta-se com a verdade projetada pelas partes” (Barros, 2002, p. 31).

32. Amaral, 2007, p. 134.

33. Beltrán, 2002, p. 62, 77-82.

Em nossa opinião, o problema vai além de limitações, imperfeições, equívocos e problemas contextuais. Devemos perguntar se é possível definir, de maneira satisfatória, o que é a verdade. Essa indagação antecede o problema prático da capacidade e dos meios que possui cada julgador em sua busca da verdade.

Saber se A efetuou o pagamento pressupõe que alguém se pronuncie a respeito. Na qualidade de testemunha, B declara:

“(É verdade que) A pagou”.

Provavelmente, a testemunha C, indicada pela parte oposta, dirá:

“(É verdade que) A não pagou”.

A verdade como resultado do processo depende da decisão do julgador D:

“B diz a verdade quando afirma que (é verdade que) A pagou”.

Mas D pode também rejeitar a afirmação de B e admitir a de C, ou optar por uma combinação de ambas (ou por uma terceira). Mesmo se houver concordância entre todas as testemunhas e o julgador, nada impede que E, juiz de segundo grau, admita uma outra verdade, em uma contínua remissão a opiniões na qual a validade de uma afirmação depende da posterior.

No processo judicial, a discussão só termina com meios não dialógicos. Trata-se de decisões autoritárias, impostas graças ao poder de quem as adota e não em virtude de suas intrínsecas virtudes. Visto em perspectiva dinâmica, o sistema jurídico é composto de sucessivas decisões dos órgãos competentes. Certas ou equivocadas, essas decisões resolvem uma controvérsia ou dúvida de maneira impositiva.

Isso ocorre com as decisões judiciais dotadas de força de coisa julgada que, mediante um argumento de autoridade (poder), oferecem respostas definitivas. Os juristas indicam essa característica potencial das decisões judiciais com referência à verdade: *res iudicata pro veritate accipitur*.³⁴ Ora, considerar que uma decisão é verdadeira pela única razão de não ser mais passível de recurso, constitui uma ficção autoritária: tudo aquilo que os poderosos decidem, em particular aquilo que o mais poderoso (o julgador da última instância) decide, não é somente vinculante, mas também verdadeiro!

Do ponto de vista interno do processo, o julgador não busca a verdade, como alguém busca um objeto no escuro. Sua tarefa é resolver o conflito entre as várias narrações sobre a verdade, apresentadas pelos participantes do processo. Mesmo havendo concordância entre as partes, cabe ao julgador avaliar e aceitar ou não esse acordo. Nesse sentido, o julgador não deve descobrir algo. Sua tarefa consiste em

34. Ulpiano, Digesto, 1, 5, 25. Fonte: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>.

arbitrar qual é a narrativa (ou a combinação parcial de narrativas) que corresponde à verdade.³⁵

As afirmações das testemunhas B e C e dos julgadores D e E sobre a verdade possuem a mesma estrutura: “X é verdade”. O único privilégio da decisão de E é que, nesse exemplo, tem o poder da última palavra. Mas isso não o faz nem mais nem menos próximo à verdade, já que o privilégio de poder não aumenta a capacidade cognitiva. Para saber se A pagou dependemos das afirmações de B, C, D e E. Assim sendo, sempre será verdade aquilo que o orador do momento considerar como tal, aceitando um argumento de autoridade (“estou certo!”) que nenhuma teoria da verdade considera válido.

Para saber se é “realmente” verdade que A pagou, independentemente da afirmação de quem possui poder para tanto, deveríamos possuir um critério *não subjetivo* sobre a verdade. Em tal hipótese, o observador poderia afirmar: “é verdade que A pagou e isso vale independentemente da opinião de B, C, D, E, porque, aplicando o verdadeiro critério de verdade, comprovou-se que A pagou”.

Mas como saber se o nosso critério de verdade é verdadeiro? Para tanto, seria necessário pressupor um outro critério de verdade: “O critério de verdade n. 1 é verdadeiro porque satisfaz as exigências do critério de verdade n. 2, que, por sua vez, é verdadeiro porque satisfaz as exigências do critério de verdade n. 3...”.

A controvérsia sobre a existência ou não de critério de verdade só pode ser resolvida se for encontrado um critério (de verdade) indicando qual das duas posições é a verdadeira: “(não) é verdade que existe um critério de verdade”; “(não) faz sentido falar em verdade”. Mas para encontrar esse critério devemos ter resolvido a controvérsia que o critério pretende resolver. Estamos aqui diante da necessidade de pressupor o critério da verdade sem poder comprová-lo.³⁶ Essa é a objeção *cética* contra a existência de uma verdade independente das alegações de determinado sujeito.

5. A VERDADE COMO PRESSUPOSTO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

O ponto crucial e não suscetível de demonstração satisfatória é que a verdade *existe* como correspondência entre uma alegação e um acontecimento. Esse é o frágil pressuposto da atividade probatória. Aceitando esse pressuposto, podemos dizer que o juiz, como sujeito racional, avalia as provas para se convencer sobre a veracidade ou não de certa alegação. Os elementos da prova são apresentados como potências, como eventuais e *possíveis* vetores de uma verdade,³⁷ cabendo ao julgador avaliar seu potencial de indicar uma verdade que “existe”, conforme nossa não demonstrada e talvez indemonstrável suposição.

35. Taruffo, 2002, p. 287.

36. Nancy, 1983, p. 93-94.

37. Dinamarco, 2004, p. 101.

Dentro do modelo adotado, haveria tal garantia se o juiz pudesse *deduzir* com rigor lógico e de maneira irrefutável uma conclusão a partir de certas premissas. Mas no mundo jurídico os casos que permitem obter um convencimento de maneira dedutiva são excepcionais. O julgador está quase sempre diante de premissas que não permitem deduzir uma conclusão de maneira segura. Só possui indícios, mais ou menos fortes e aptos a estabelecer probabilidades que corroboram certas hipóteses de maneira *indutiva*.

As afirmações concordantes de dez testemunhas oculares oferecem ao julgador uma base decisória bem mais sólida do que o testemunho de uma única pessoa. Mas, mesmo se houvesse milhares de testemunhas concordantes, isso não ofereceria ao julgador uma certeza dedutiva; só aumentaria as probabilidades de verdade.³⁸

Isso impõe recorrer a suposições:

“Se for verdade que A não pagou, então A está em mora”.

“As provas reunidas levam a crer que A não pagou; *supondo* que essas provas correspondam à verdade, então A está em mora”.

Nunca o aplicador poderá saber com certeza dedutiva se A efetuou o pagamento. Ainda que sobre certos fatos haja possibilidade de dedução (exemplo: é impossível que A tenha percorrido de automóvel uma distância de 100 km em 10 minutos), seu valor probatório se relativiza no âmbito do processo. Essa certeza dedutiva só será relevante se A efetivamente se encontrava em determinado lugar em determinado momento, algo que só se constata indutivamente mediante indícios extraídos de testemunhos, documentos e outros meios de prova.

O mesmo vale para as provas ditas científicas e reverenciadas por parte da doutrina a ponto de servirem como argumento para relativizar a coisa julgada fora das hipóteses legalmente previstas. A certeza que decorre de um exame de DNA se aproxima a 100%, mas não autoriza uma dedução sobre a filiação. Só será processualmente relevante se o julgador admitir (melhor dizendo: supor), que o exame foi corretamente realizado e que o material genético examinado pertencia efetivamente à pessoa interessada e não foi trocado, de maneira acidental ou intencional. As duas fundamentais são:

- a. “Se o exame foi corretamente realizado, então a pessoa que forneceu o material genético examinado é o pai”.
- b. “Se o material genético pertence ao réu A, então A é o pai”.

É o julgador que admitirá ou não essas suposições com uma reflexão que não apresenta o menor traço de automatismo e de certeza científica sobre a paternidade.

38. Sobre a diferença entre prova indutiva e dedutiva cf. Moreso e Vilajosana, 2004, p. 181.

Com efeito, admitir que o exame de DNA por si só é suficiente para a comprovação da filiação significa que seria dispensável o processo judicial. Ou seja, seria suficiente a realização do exame para modificar a filiação nos documentos de identidade daquele que a pretende e comprove. Mas isso não é admitido por nenhum ordenamento jurídico, mostrando, justamente, a insuficiência das denominadas provas “científicas”. Podemos, assim, concluir, que o convencimento judicial sobre esses pontos se baseia em indícios e suposições e não em certezas dedutivas, apesar da cientificidade de determinado meio de prova.³⁹

Essas observações indicam que a abordagem dos autores céticos, partidários da concepção circular sobre a verdade não deve ser plenamente aceita. O ceticismo pode ser correto como constatação (pessimista) daquilo que efetivamente ocorre. E seguramente se baseia em reflexões teóricas sobre a impossibilidade de oferecer respostas à pergunta sobre a feição da verdade. Mas isso não justifica a (in)decisão do aplicador.

Quando o julgador examina se A realizou o pagamento, avaliando os testemunhos de B e C, deve *necessariamente* considerar que a verdade existe e que ele possui critérios para constatá-la. Para tanto, deve aceitar as teses apresentadas no item 3 sobre a formação do conhecimento.

Se o julgador considerar que é impossível saber se A pagou, pois é impossível distinguir entre alegações verdadeiras e falsas, surge um dilema: deverá negar-se a decidir, cometendo denegação de justiça, ou deverá declarar que a decisão será tomada conforme preferências pessoais ou sociais. Em ambos os casos, temos o abandono de elementos estruturantes do ofício do julgador.

Por mais que a verdade seja uma ficção ou um engano ideológico, o aplicador *deve* acreditar no caráter verdadeiro daquilo que decide, adotando, para tanto, uma visão trivial sobre a verdade. Trata-se da visão que seguimos na vida cotidiana quando acreditamos nas palavras de alguém ou dizemos que essa pessoa mente. Essa é a teoria da correspondência entre o fato e a sua representação que se caracteriza por uma “ingenuidade consciente”.⁴⁰

O julgador pode também recorrer a teorias mais complexas sobre a verdade, como as probabilísticas ou as intersubjetivas. Mas sempre deverá possuir uma *teoria sobre a verdade*. A busca do verdadeiro mediante aplicação de critérios que permitem atribuir esse predicado funciona como “necessária idéia reguladora” do exercício da jurisdição,⁴¹ sob pena de o julgador estar impossibilitado de exercer sua

39. Cf. Wambier e Medina, 2003, p. 188-192, criticando a “suposta infalibilidade do exame de DNA” com indicação de decisões do STJ nesse sentido.

40. Neumann, 2004, p. 16.

41. Neumann, 2004, p. 39-63.

função. Somente nesse sentido, que é, ao mesmo tempo, fictício e real, procede a afirmação de que “não é possível abrir mão da busca da verdade”.⁴²

Explicando melhor. Não há dúvida de que é equivocada a visão de muitos processualistas de que o juiz simplesmente “descobre” fatos preexistentes e com base nesses constrói o silogismo.⁴³ O trabalho do julgador é sempre *construtivo*, isto é, criativo-constitutivo da “verdade” dos fatos assim como do sentido dos textos normativos. Mas o julgador não pode admitir isso, sob pena de confessar que a sua decisão é condicionada por preferências subjetivas.⁴⁴ Juridicamente, deve procurar a verdade preexistente com os métodos, condicionamentos e limitações impostas pelo direito probatório positivo. Podemos até lamentar essa espécie de “mentira vital” (*livsløgne*, segundo o termo de Ibsen) que estrutura o processo judicial. Mas não há como evitá-la.

Em paralelo, a verdade como finalidade da atuação processual verifica-se no discurso das partes. As controvérsias sobre as provas durante o processo e os eventuais recursos se baseiam em avaliações sobre o “conteúdo de verdade” (*Wahrheitsgehalt*) da decisão. Mesmo se o inconformismo for motivado pelo interesse pessoal da parte, isso será necessariamente “traduzido” em termos de verdade de certa premissa do silogismo jurídico.

Finalmente, as referências à verdade são constantes nos códigos processuais. No CPC encontramos 22 referências aos termos “verdade” e “verdadeiro” e, no CPP, os mesmos termos encontram-se citados 16 vezes. Independentemente do significado do termo em cada caso é evidente que o direito processual apresenta a verdade como finalidade central.

6. REGRAS DE PROVA INDEPENDENTES DA VERDADE

De acordo com o sistema de *convencimento racional à luz dos autos*, o julgador deve basear sua convicção nas provas produzidas, realizando ponderações sobre a qualidade e o valor probatório de cada uma. A convicção está na consciência do julgador e deve ser explicitada na fundamentação da sentença de acordo com regras de lógica e máximas de experiência.⁴⁵ É o sistema adotado no Brasil conforme determina a Constituição Federal em seu art. 93, inc. IX, assim como os artigos 131 e 458, II do CPC, 157 e 381, III do CPP, 832 *caput* da CLT.

Muitos doutrinadores apresentam esse sistema probatório como o mais adequado e equilibrado, porque evita tanto as ficções e imposições do sistema de provas

42. Badaró, 2003, p. 24.

43. Cf. a crítica de Zaneti Jr., 2004, p. 151-157 a essa visão tradicional simplista, expressa no Brasil, entre outros, por Dinamarco.

44. Cf. Amaral, 2007, p. 132.

45. Santos, 1952, p. 332-333; Silva e Gomes, 2006, p. 306.

legais como os riscos de arbitrariedade do sistema do livre convencimento. É, contudo, necessário entender o significado jurídico e o valor lógico do convencimento racional e motivado. Para tanto, devemos perguntar quais são os *limites* da liberdade do julgador, encontrando os seguintes elementos.

- a. O dever de motivação-justificação-fundamentação do convencimento não constitui peculiaridade de determinado sistema probatório. Decorre do dever geral dos julgadores de fundamentar suas decisões, em razão da submissão ao direito legislado. Independentemente do sistema probatório não são admitidas, em um Estado de Direito, decisões judiciais não motivadas.
- b. A liberdade do julgador torna desnecessária a referência às espécies ou meios de prova admitidos. A doutrina investe tempo e energia na classificação das provas de acordo com critérios tais como a forma, o objeto ou o sujeito.⁴⁶ Essas classificações carecem de interesse no âmbito de uma teoria sobre a formação do convencimento do julgador⁴⁷ a partir do momento em que esse último não somente avalia livremente as provas, mas pode também levar em consideração provas “atípicas” ou “inominadas”.⁴⁸

Os teóricos do espaço anglo-saxônico descrevem essa situação afirmando que existe uma (única) *regra de inclusão* (*principle of inclusion*) em âmbito probatório: “a prova é admissível e deve ser admitida se for suficientemente relevante para comprovar os fatos discutidos pelas partes e se pode ajudar um tribunal racional que decide sobre os fatos a tomar uma decisão”.⁴⁹ No direito brasileiro encontraremos formulações claras do princípio da inclusão nos artigos 332 do CPC e 155 do CPP.

Além das limitações decorrentes das regras de exclusão que comentaremos logo em seguida, a liberdade do julgador em admitir certos meios de prova encontra seu limite no dever de fundamentação racional. Mas, como dissemos, essa é uma obrigação genérica que não indica os meios e critérios utilizados para a tomada de decisão.

- c. Um componente crucial do sistema probatório é o controle da motivação apresentada pelo julgador. A motivação da sentença esclarece às partes os motivos da decisão e oferece elementos para fundamentar eventuais recursos.⁵⁰ Isso permite que um tribunal hierarquicamente superior examine a motivação da sentença, podendo modificar suas conseqüências jurídicas. Essa é a mais relevante *limitação institucional* da liberdade do julgador e

46. Uma reconstrução dessas classificações encontra-se em Taruffo, 1992, p. 425-441; cf. Montero, 1997, p. 173-237; Silva e Gomes, 2006, p. 296-298; Buchili, 2007.

47. Tais classificações são certamente úteis do ponto de vista da técnica processual, para estabelecer prazos e formas da produção de cada uma delas. Mas não ensinam nada sobre os limites probatórios.

48. Cf. por exemplo Buchili, 2007, p. 62-67.

49. McNamara, 1992, p. 293.

50. Santos, 1952, p. 372.

constitui um considerável meio de pressão para que a motivação seja condizente com padrões consolidados em certa cultura jurídica.

- d. As características de cada sistema de avaliação de provas tornam-se claras mediante a análise dos *limites negativos* impostos por um ordenamento jurídico em relação às provas. Encontramos aqui o tema que a doutrina analisa como “limite normativo” ou “limitação processual” que se impõe à atividade de construção da premissa menor do silogismo jurídico.⁵¹

É fundamental saber que em algumas situações as questões de fato não podem ser apreciadas pelo juiz sem que tenha havido provocação do interessado por limitação legal (art. 128 e 460 do CPC); outras questões de fato se submetem à preclusão não podendo ser analisadas após a perda do momento processual oportuno (art. 300 e 517)⁵². Há também casos de vedação de certo tipo de prova (exclusão da prova testemunhal em contratos acima de certo valor - art. 401 CPC) ou de limitação de sua admissibilidade (proibição do testemunho de profissionais vinculados por dever de sigilo - art. 207 CPP).⁵³

Diante disso, afirmar, por exemplo, que o testemunho constitui um meio de prova permitido é desnecessário, pois isso decorre da regra de inclusão e vale para todos os possíveis meios de prova. Só interessa saber em quais casos o testemunho (ou qualquer outra espécie de prova) não se admite (por mais que seja verdadeiro e crucial). Para tanto, é necessário pesquisar e formular as *regras de exclusão* de certas provas (*rules of exclusion*)⁵⁴ que concretizam, ainda que negativamente, a regra de inclusão: “a prova é admissível pela corte a não ser que alguma regra exclua sua admissibilidade”.⁵⁵

No direito brasileiro, a mais genérica e relevante regra de exclusão se encontra na vedação constitucional de utilizar provas obtidas por meios ilícitos, conforme o art. 5º, LVI da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Objetivo dessa norma é preservar os direitos fundamentais contra eventuais intervenções estatais que, no intuito de recolher provas relevantes, invadiriam a esfera de autodeterminação dos indivíduos.

51. Os termos são utilizados, respectivamente por Moreso e Vilajosana, 2004, p. 179-180 e Beltrán, 2002, p. 63-68; cf. as referências em Avolio, 2003, p. 40-41.

52. Hipóteses de limitação destacadas por Didier Jr., 2005, p. 62.

53. O art. 212 CC estabelece limitativamente os meios de prova do fato jurídico. Essa norma, apesar de mais recente e específica não derroga o art. 322 CPC, pois a derrogação de uma norma por outra, mais recente, deve ser explícita (art. 9º da Lei Complementar n. 95 de 1998). Apesar disso, o art. 212 CC prevalece em virtude do próprio 322 CPC que se refere a “provas legais”. As provas excluídas pelo art. 212 CC não podem ser consideradas “legais” (no sentido de lícitas). Assim sendo, e apesar de contrário entendimento da doutrina (Leonardo, 2004, p. 210; Venosa, 2007, p. 562), temos aqui a formulação de mais uma regra de exclusão.

54. McNamara, 1992, p. 293-314.

55. Loughlin e Gerlis, 2004, p. 474.

O termo “meios ilícitos” não indica somente os meios probatórios expressamente proibidos em lei, mas qualquer espécie de prova em desacordo com disposições vigentes. Em particular, é vedado utilizar como meio probatório um elemento de informação obtido de maneira que desrespeita normas constitucionais, por exemplo, uma confissão obtida mediante emprego ou ameaça de tortura (art. 5º, III e XLIII da CF).

Quando o aplicador do direito detém uma prova que considera verdadeira, mas não pode utilizá-la porque foi obtida de maneira que contraria previsões legais, o resultado do processo só será verdadeiro se o juiz infringir a vedação probatória. Caso contrário, teremos uma decisão que contraria a verdade.

Isso ocorre quando o resultado do processo depende de prova ilícita. Tal hipótese não é rara.⁵⁶ Basta pensar em gravações e filmagens clandestinas ou nos casos em que a verdadeira fonte do material probatório é a confissão de um suspeito que ofereceu elementos de prova irrefutáveis, mas “viciados” em sua origem. Ora, se o juiz deve absolver o réu que indicou o lugar em que tinha escondido as jóias furtadas se essa confissão foi obtida mediante tortura, é um contra-senso denominar de “verdade” o resultado do processo.

De maneira semelhante, a presunção *in dubio pro reo*,⁵⁷ a imposição de provas legais (art. 334 CPC), a (limitada) incidência do poder dispositivo das partes e as diferentes configurações do ônus da prova em cada sistema processual (processo civil, penal, constitucional, coletivo etc.)⁵⁸ indicam que *o processo judicial não busca sempre a verdade*. Pode perseguir, dependendo do momento processual e do tema em debate, variadas finalidades, tais como a segurança (pessoal e jurídica), a preservação da liberdade individual, o respeito à privacidade, a tutela dos direitos patrimoniais em seu aspecto negativo (princípio dispositivo) ou a celeridade processual.

Essa diversificação das finalidades encontra-se positivada mediante as referidas regras de exclusão probatória assim como de outras normas que impõem a distância entre o resultado do processo e a verdade, tendo como resultado “blindar” a esfera do sujeito ou do ‘objeto’ investigado”.⁵⁹

Nesta perspectiva, a verdade aparece como uma entre as possíveis e eventuais finalidades do processo. Encontra-se ao lado da segurança jurídica, da celeridade, da diminuição do custo do processo, do respeito à soberania de Estados estrangeiros, do respeito à intimidade à propriedade e muitos outros direitos fundamentais.

56. Ainda que essa hipótese fosse extremamente rara não deixaria de caracterizar estruturalmente o processo probatório vigente que não persegue sempre a verdade.

57. Badaró, 2003, p. 280-301.

58. Para uma comparação entre a concepção estática do ônus da prova no processo civil e a concepção dinâmica no processo coletivo, cf. Didier Jr. E Zaneti Jr., 2007, p. 301-305.

59. Amaral, 2007, p. 135.

A verdade só deve ser buscada no processo judicial nos casos e nas hipóteses que a legislação estabelecer. Insistir em apresentar a busca da verdade como finalidade central e quase universal do processo para, em seguida, afirmar que o resultado do processo é justo porque é verdadeiro, constitui uma tentativa ideológica de legitimar a atividade dos julgadores, absolutizando um objetivo parcial e limitado da atividade processual.

7. CONCLUSÃO

As precedentes análises permitem formular as seguintes conclusões.

Primeiro, a justiça e a verdade não são finalidades do processo judicial. Isso é devido à *impossibilidade* de fixar conteúdos e critérios da justiça de maneira minimamente consensual e de estabelecer critérios de verdade de maneira não circular.

Segundo, tanto a justiça como a verdade povoam os estudos do direito processual enquanto construções ideológicas que objetivam legitimar o sistema de justiça estatal.

Terceiro, quando a legislação vigente impõe ao julgador reunir e avaliar o material probatório em busca da verdade, a existência de critérios de verdade torna-se uma necessária ficção que o julgador deve admitir sob pena de estar impossibilitado de exercer sua função.

Quarto, o estudo do direito positivo indica que em muitos casos, a busca da verdade deixa de ser objetivo do processo, em vista da necessidade de preservar valores e direitos fundamentais que o legislador considera mais importantes.

Permanece, como dissemos no início desse trabalho, como finalidade geral (e bastante vaga) do processo a de pôr um fim às controvérsias e às dúvidas sobre a aplicação do direito, dando uma resposta definitiva (e imposta mediante a ameaça de exercício de força física) que possa pacificar a sociedade.⁶⁰

Podemos assim *desconstruir*⁶¹ o conceito tradicional de processo judicial, definido mediante suas finalidades ideológicas e qualificá-lo como instrumento de legitimação mediante procedimento, no sentido de série ordenada de atos conforme previsão legal. Sua finalidade seria a imposição de uma decisão apresentada como aplicação de normas vigentes no intuito de assegurar o poder social e permitir sua reprodução.⁶²

60. Cf. a apresentação em Taruffo, 1992, p. 8-35, seguida da crítica do autor (p. 36-66).

61. A desconstrução é o modo pelo qual trazemos à luz contradições ocultas em nossas crenças e conceitos comuns. Sobre a desconstrução no direito, cf. Andronico, 2002 com amplas referências à contribuição conceitual fundamental de Jacques Derrida.

62. Uma importante proposta de desconstrução das idéias tradicionais sobre as finalidades e as formas de funcionamento do processo judicial encontra-se em um dos primeiros estudos de Niklas Luhmann (1927-1988). Publicada em 1969, a obra *Legitimation durch Verfahren* (Legitimação pelo procedimento), crítica

BIBLIOGRAFIA

- ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la racionalidad de la prueba judicial. In TRIOLO, Lucia (org.). *Prassi giuridica e controllo di razionalità*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 97-114.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação. In KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 129-152.
- ANDRONICO, Alberto. *La desconstruzione come método, Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*. Milano: Giuffrè, 2002.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torcuato. *Provas ilícitas*. São Paulo: RT, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BALIBAR, Étienne. *Lieux et noms de la vérité*. Paris: L'Aube, 1994.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer i. “Está probado que p”. In TRIOLO, Lucia (org.). *Prassi giuridica e controllo di razionalità*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 73-96.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer i. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Pons, 2002.
- BLACKBURN, Simon; SIMMONS, Keith. *Truth*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. Meios e fontes de prova no processo de conhecimento. In KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51-68.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DAVIDSON, Donald. *Inquiries into truth and interpretation*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições de ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. V. 4. Salvador: Juspodvum, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, São Paulo: Malheiros, 2004.
- GOMES, Roberto de Almeida Borges. O princípio da verdade real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988. In SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Juspodium, 2007, p. 229-250.

a tese segundo a qual a busca da verdade, da “verdadeira justiça” ou da aplicação correta do direito no caso concreto constituiriam finalidades do processo.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KIRKHAM, Richard L. *Theories of Truth. A Critical Introduction*. London: A Bradford Book, 2001.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. London: Cavendish Publishing, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UnB, 1980.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto. Processo. In DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 302-303.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? *Seqüência*, n. 55, 2007, p. 175-194.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1960.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- McNAMARA, Philip. The canons of evidence. Rules of exclusion or rules of use? In TWINING, William; STEIN, Alex (orgs.). *Evidence and Proof*. New York: New York University Press, 1992, p. 291-314.
- MONTERO, Regina Garcimartín. *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Cedecs, 1997.
- MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Pons, 2004.
- NANCY, Jean-Luc. *L'impératif catégorique*. Paris: Flammarion, 1983.
- NEUMANN, Ulfrid. *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*. Torino: Giappichelli, 1996.
- RORTY, Richard. *Verdade e Progresso*. Barueri: Manole, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. I. São Paulo: Limonad, 1952.
- SCHMITT, Frederick (org.). *Theories of Truth*. Oxford: 2004.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, Michele. *Sui confini*. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.
- TWINING, William. *Rethinking evidence*. Exploratory Essays. Evaston: Northwestern University Press, 1994.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. V. 1. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. Hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

ZANETI Jr., Hermes. O problema da verdade no processo civil. In MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI Jr. Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 115-164.

CAPÍTULO XXXVII

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O INSTITUTO
DA PRECLUSÃO: A *SUPPRESSIO* PROCESSUAL¹**

*Talita Romeu**

Sumário • 1. Introdução – 2. O princípio da boa-fé objetiva – 3. A vedação ao *venire contra factum proprium* – 4. A *suppressio* (*verwirkung*) e a *surrectio* (*erwirkung*) – 5. A aplicação do princípio da boa-fé ao processo civil – 6. O princípio da boa-fé, o contraditório e a cooperação entre os sujeitos processuais – 7. A preclusão como técnica para realização do princípio da boa-fé no processo civil – 8. A *suppressio* processual – 9. A *suppressio* do juízo de admissibilidade do processo – 10. Conclusão – 11. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé objetiva representa verdadeira regra de conduta, materializada num padrão de comportamento que imprime eticidade às relações jurídicas. Sua adoção no âmbito do Direito Processual Civil conduz à revalorização dos princípios da cooperação e da lealdade processual, inerentes à efetiva realização do contraditório, impondo aos sujeitos do processo o dever de atuar conforme os ditames da boa-fé e da proteção da confiança.

A boa-fé objetiva destaca-se como fonte limitadora de direitos, obstando o exercício de condutas desleais e incoerentes, independentemente da intenção do sujeito atuante. Por meio da vedação ao *venire contra factum proprium*, o princípio da boa-fé proíbe os comportamentos contraditórios violadores da confiança minimamente necessária às relações jurídicas. A *suppressio* (*VERwirkung*) é uma subespécie desta modalidade de *exercício inadmissível de direitos*, que reprime a prática de uma situação jurídica ativa por contrariar a inércia anterior do seu titular, verificada durante

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

1. O presente artigo é produto da pesquisa empreendida junto ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal da Bahia, sob orientação do Prof. Dr. Fredie Didier Jr., vinculado ao grupo de pesquisa “Teoria Contemporânea da Relação Jurídica Processual”. Ressalta-se, ainda, que este estudo foi inspirado em palestra proferida pelo mencionado professor durante o “Seminário Internacional sobre a Teoria do Processo e a sua Interdisciplinaridade”, realizado em setembro de 2007, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Atualmente, o tema abordado é objeto de sua investigação científica no estágio de pós-doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal.

lapso temporal suficiente para gerar uma previsão de confiança na contraparte, de que não mais seria exercitada.

Quando a parte ou o juiz adota comportamento contraditório ao que havia externado em momento anterior, age de forma desleal, frustrando a legítima expectativa suscitada nos demais atores do processo. Sob a ótica da boa-fé objetiva, em respeito à lealdade processual, não se pode admitir que a conduta inicial de um sujeito seja por ele contrariada, rompendo a previsão de confiança despertada nos outros, de que não mais realizaria determinada situação jurídica processual ativa.

O princípio da boa-fé está intimamente relacionado com o instituto da preclusão, destacadamente a preclusão lógica, que consiste na perda de um poder processual devido à incompatibilidade existente entre o seu exercício e a postura assumida pelo titular durante a marcha processual. O presente artigo propõe a análise da relação existente entre a boa-fé objetiva e a preclusão para investigar a possibilidade de aplicação da *suppressio* ao processo civil, do que resultaria a extinção de situações jurídicas processuais em razão da inércia do agente, por ter gerado expectativas legítimas de que não viria a exercê-las, ensejando uma preclusão lógica com fundamento na cláusula geral da boa-fé.

2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

No ordenamento jurídico brasileiro, expressiva parcela das disposições referentes à boa-fé reporta-se a estados de ciência ou de ignorância da pessoa. Esta concepção corresponde à boa-fé subjetiva, que não traduz um princípio, mas um estado de fato psicológico, em razão do qual o indivíduo acredita ser titular de um direito ou ignora determinada realidade, como a lesão à esfera jurídica alheia². Conforme sintetiza JUDITH MARTINS-COSTA:

A boa-fé subjetiva traduz a idéia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas de usucapião.³

Outros preceitos, contudo, referem-se à boa-fé como um elemento exterior ao sujeito, como algo que se lhe impõe⁴. Trata-se do *princípio da boa-fé objetiva*, que se revela como regra de conduta, como padrão de comportamento leal, honesto e de

2. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79. Como exemplos de previsão da boa-fé subjetiva no ordenamento jurídico pátrio, o autor cita os arts. 1.201, 1.214, 1.219 e 1.561, todos do Código Civil.
3. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. II, p. 33.
4. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 23-24.

colaboração, traduzindo um modelo de eticização das relações jurídicas⁵. A incidência deste princípio parte de uma análise externa ao agente, eis que o seu foco se situa na proteção da confiança suscitada na contraparte pelo comportamento do indivíduo atuante.

Desse modo, ainda que um sujeito ignore ser indevida determinada conduta (*boa-fé subjetiva*), ao praticá-la, poderá estar agindo em desacordo com o padrão de comportamento correto que se espera numa dada relação jurídica, de modo a frustrar as expectativas legítimas geradas por seu próprio atuar (*boa-fé objetiva*). Para uma perfeita compreensão do tema, a definição apresentada por JUDITH MARTINS-COSTA:

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.⁶

A boa-fé objetiva incide nas relações jurídicas em que o comportamento do exercente reúne elementos suficientes para criar uma previsão de confiança nos demais sujeitos, impedindo que sejam frustradas as expectativas legítimas por ele suscitadas, independentemente de sua intenção⁷. Portanto, a aplicação do princípio da boa-fé leva em consideração as circunstâncias objetivas do caso concreto, aferindo qual deva ser o comportamento confiável e leal segundo os padrões culturais de cada época e lugar. Esta análise, importa esclarecer, não se confunde com um juízo de equidade, tampouco com o respeito aos bons costumes⁸.

Segundo NELSON ROSENVALD, o princípio da boa-fé introduz certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações jurídicas, propiciando a consideração de valores demandados pela consciência social, ainda que não estejam positivados no ordenamento jurídico⁹. Sob esta perspectiva, pautada na solidariedade social, imprime-se novo colorido ao tráfego jurídico, transcendendo-se os vínculos formais existentes entre os sujeitos de direito, com a criação de deveres e a

5. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. "O princípio da boa-fé objetiva". *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

6. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

7. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 80-83.

8. Segundo diferencia NELSON ROSENVALD, "a equidade ignora regras técnicas e instrumentais, pois apela a 'sentimentos jurídicos', tratando-se de um princípio que permite ao aplicador da norma a possibilidade de abrandar o seu rigor, aproximando o direito à idéia de justiça". Para o autor, "os bons costumes remetem a algo exterior ao direito e limitativo à autonomia privada, já que, ao contrário da boa-fé, ele não prescreve comportamentos, mas proscreeve condutas ofensivas à moral média". (*Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 82)

9. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 83.

conseqüente limitação de poderes, ambas decorrentes da boa-fé objetiva. Acerca do fundamento desta cláusula geral, complementa o autor:

De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em uma última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante.¹⁰

Destarte, o princípio da boa-fé se destaca como orientador da colaboração intersubjetiva, proporcionando terreno fértil para a concretização da confiança, que é pressuposto da ordem jurídica e amparo da convivência social¹¹. Ressalta-se que a idéia de colaboração nada tem de ingênua quanto à atuação cooperativa dos sujeitos de direito – sobretudo se eles forem titulares de interesses contrapostos –, pois a preocupação com o *alter* revela-se como um componente ético das relações jurídicas, tornando-os responsáveis pelas expectativas legítimas suscitadas por seus próprios atos, independentemente da realização de uma conduta “juridicamente vinculante”.

O princípio da boa-fé objetiva consiste numa cláusula geral, da qual se pode extrair a solução do caso concreto em função do comportamento dos sujeitos de uma dada relação jurídica. Efetivamente, o apelo às cláusulas gerais permite ao aplicador do Direito “descer do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto”¹². Por meio destes conceitos flexíveis, pode-se chegar à tutela jurídica adequada a cada situação, pois eles revelam a diversidade material que lhes é subjacente, permitindo, portanto, uma maior aproximação do aplicador do Direito às circunstâncias concretas¹³. Assim, o mencionado princípio encontrou na atividade judicante um campo fértil para atuar, contribuindo para a quebra de velhos paradigmas positivistas, porquanto a boa-fé objetiva se apresentava ao magistrado como uma saída para os conflitos cuja solução não emergia satisfatoriamente da literalidade da lei e/ou do contrato.

Como vetor de proteção à lealdade e à confiança nas relações jurídicas, o princípio da boa-fé se revela como fonte criadora de deveres e limitadora de direitos, ora exigindo uma postura ativa do sujeito, ora restringindo sua esfera de atuação jurídica¹⁴. Para o desenvolvimento do tema proposto, interessa-nos a boa-fé objetiva

10. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 81.

11. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 29.

12. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 8.

13. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 9-10.

14. MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 33.

enquanto fonte limitadora de direitos – ou melhor, de situações jurídicas ativas, como os poderes processuais –, invocando-se a Teoria dos Atos Próprios para explicar a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), bem como a inadmissibilidade do exercício tardio de uma situação jurídica devido à legítima expectativa gerada pela não-atuação do seu titular (*suppressio*).

3. A VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

A proteção da boa-fé objetiva nas relações jurídicas proíbe o comportamento contraditório e desleal, não admitindo que a conduta anterior de um sujeito, que despertou confiança e justa expectativa, seja contrariada em prejuízo da contraparte. Trata-se da vedação ao *venire contra factum proprium*, traduzido como “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”¹⁵.

A vedação ao *venire contra factum proprium* encontra fundamento na tutela da confiança, decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva, que guarda o sentido de um dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes. A solidariedade social – valor consagrado no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 – também ampara a proibição de comportamento contraditório, porquanto traz a lume a importância do respeito aos interesses alheios, sentido ao qual é reconduzida a proteção da confiança¹⁶.

Como base legal da vedação ao *venire contra factum proprium*, MENEZES CORDEIRO identifica a *boa fé* enunciada no artigo 334 do Código Civil português¹⁷, cujo texto normativo é bastante similar ao do artigo 187 do diploma substantivo brasileiro¹⁸. Segundo justifica o autor, as idéias de credibilidade, normalidade e equilíbrio, que orientam a proibição de comportamento contraditório, sempre estiveram associadas ao princípio da boa-fé, desde a remota *bona fides romana*¹⁹.

Enquanto expressão da boa-fé objetiva, a proibição de *venire contra factum proprium* dirige-se aos comportamentos contraditórios que violem a confiança minimamente necessária às relações jurídicas, consistindo numa vedação genérica à deslealdade. Esta derivação do princípio da boa-fé é explicada pela Teoria dos Atos Próprios, que objetiva tutelar a previsão de confiança gerada pela própria conduta,

15. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 742.

16. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 475.

17. “Art. 334.º É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

18. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

19. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 760.

quando se cria, no *alter* ou em terceiros, a expectativa legítima de manutenção do comportamento assumido pelo titular de uma situação jurídica²⁰.

O *venire contra factum proprium* pressupõe dois comportamentos praticados pelo mesmo sujeito, lícitos em si e diferidos no tempo, de maneira que o primeiro – o *factum proprium* – é contrariado pelo segundo²¹. Desenvolvendo o conceito, expõe CRISTIANO CHAVES DE FARIAS:

Pois bem, a vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação de incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que *ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa*.²²

Desse modo, o *venire contra factum proprium* revela-se quando um sujeito, de forma que não vincule especificamente a sua conduta, manifesta a intenção de praticar determinado ato ou de abster-se em relação ao seu exercício, contrariando, em seguida, tal comportamento²³. É interessante observar que o recurso à boa-fé decorre exatamente desta ausência de vinculação, pois, do contrário, bastaria recorrer-se ao cumprimento obrigacional, porquanto o comportamento contraditório consistiria em verdadeiro inadimplemento. Assim, a vedação ao *venire contra factum proprium* acaba se destacando nas relações decorrentes de atos jurídicos inexistentes ou inválidos, ou seja, a contradição é reprimida apenas com fundamento na expectativa legítima criada na contraparte, o que mitiga eventuais argumentações relativas à inexistência ou à invalidade dos atos contrariados pelo sujeito²⁴. Sob tal perspectiva, esclarece o professor português:

Por outro lado, afasta-se, também, à partida, a hipótese de o *factum proprium*, por integrar os postulados da autonomia privada, surgir como acto jurídico que vincule o autor em termos de o segundo comportamento representar uma violação desse dever específico; accionar-se-iam, então, os pressupostos da chamada responsabilidade obrigacional e não os do exercício inadmissível de posições jurídicas.²⁵

O *factum proprium*, inicialmente, não configura uma conduta “juridicamente vinculante”, pois somente passa a condicionar o comportamento do exercente em

20. MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 110.

21. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 745.

22. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*, op. cit., p. 475.

23. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 747.

24. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 749. Em sentido contrário, JUDITH MARTINS-COSTA, para quem não se pode invocar a proibição de comportamento contraditório se o *factum proprium* for uma conduta inválida. (“A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 120)

25. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 746.

razão da confiança que ele possa suscitar na contraparte²⁶. O que se exige deste comportamento inicial é a potencialidade fática e objetiva de transcender a esfera do seu titular, criando expectativas legítimas nos outros sujeitos quanto à sua conservação. Esta repercussão, embora não reconhecida formalmente pelo direito positivo, passa a ter relevância jurídica à medida que se fazem presentes os pressupostos para incidir a proteção da confiança, pela proibição de comportamento contraditório²⁷.

Se o direito positivo estabelece a vinculação do sujeito a determinada conduta, como a realização de um negócio jurídico válido, a proteção da confiança apresenta-se como um dado irrelevante para reprimir eventual comportamento contraditório, pois sua sanção já está inserida no próprio ordenamento jurídico, no âmbito da responsabilidade civil. Em muitos casos, é verdade que os vínculos previstos no ordenamento jurídico resultam da preocupação legislativa com a tutela da confiança, mas ela já se encontra presumida nas situações positivadas, tornando-se desnecessária a aplicação do princípio de vedação ao *venire contra factum proprium* para proteger as expectativas da contraparte²⁸. Com precisão, arremata ANDERSON SCHREIBER:

Não se pode, portanto, afirmar que o *factum proprium* deva ser juridicamente relevante; ao contrário, na maior parte dos casos, ele é absolutamente desconsiderado pelo direito positivo, e é exatamente isto que torna necessária a invocação da confiança. Eis, aliás, o que há de mais sedutor no *nemo potest venire contra factum proprium*, e o que consiste na sua mais nobre função, qual seja, a de correção das injustiças provocadas pelo formalismo excessivo do sistema jurídico positivo.²⁹

Contudo, a vedação ao *venire contra factum proprium* não pretende, genericamente, estabelecer vínculos definitivos entre as pessoas e os comportamentos que elas assumem, eis que o conteúdo desta modalidade de exercício inadmissível de direitos é definido em função da proteção da confiança. O que se quer, em verdade, é imputar ao sujeito a previsão de confiança suscitada por sua conduta, sendo o fator relevante para a incidência do instituto a aquisição de uma situação jurídica pela contraparte, não a mera repressão ao comportamento contraditório do titular do direito³⁰, razão por que “nem toda conduta contraditória constitui requisito suficiente para a invocação do princípio, nem há um dever de coerência absoluta que possa ser apreciado *in abstracto*”³¹.

26. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 127.

27. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 131.

28. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 126-128.

29. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 129-130.

30. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 756.

31. MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 120.

A resistência à proibição de *venire contra factum proprium* decorreu desta concepção equivocada, que conduzia a “coerência” para o foco da discussão, como o valor a ser tutelado pelo princípio. Ocorre que, ao lado das normas que vedavam o comportamento contraditório, também estavam positivadas hipóteses em que ele era permitido, sendo mesmo razoável e legítima a sua admissão³². Por tal razão, considerava-se um contra-senso içar ao status de princípio a vedação ao *venire contra factum proprium*, já que os ordenamentos jurídicos permitiam, expressamente, a existência de condutas incoerentes. Finalmente, o impasse foi solucionado por ERWIN RIEZLER, que buscou a essência da proibição de comportamento contraditório na proteção da confiança, situando seu fundamento normativo na cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no §242 do BGB alemão³³.

Portanto, a contradição aos próprios atos apenas representa um meio através do qual se atenta contra a confiança. O objetivo da vedação ao *venire contra factum proprium* não é a manutenção da coerência em si, mas a repressão da quebra de expectativas legítimas despertadas no *alter*. Ausente a previsão de confiança motivada no outro pelo comportamento inicial do exercente, não há razão para incidir a proibição de comportamento contraditório³⁴. Como explica ANDERSON SCHREIBER, “a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, *por meio* da incoerência”³⁵.

A concretização da confiança ampara-se na ocorrência de um fato gerador de expectativas legítimas na contraparte, que adere a tal previsão, havendo um investimento de suas atividades em conformidade com o comportamento do exercente. Desse modo, o retorno das partes ao estado anterior, em razão do comportamento contraditório do titular da posição jurídica, provocaria uma situação de grande iniqüidade para o confiante, sendo esta a justificação para a proibição de *venire contra factum proprium*³⁶. Neste aspecto, imprescindível a transcrição das palavras de MENEZES CORDEIRO:

A proibição de *venire contra factum proprium* representa um modo de exprimir a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa a manutenção do *status* gerado pela primeira actuação, que o Direito não reconheceu, mas antes a protecção

32. Como exemplos destas previsões normativas, os arts. 428, IV, 438, 791 e 1.969, todos do Código Civil brasileiro. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 72-74)

33. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 74-76.

34. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 90.

35. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 95.

36. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 758-759.

da pessoa que teve por boa, com justificação, a actuação em causa. O *factum proprium* impõe-se não como expressão da regra *pacta sunt servanda*, mas por exprimir, na sua continuidade, um factor acautelado pela concretização da boa fé.³⁷

À luz do princípio da boa-fé, a contradição ao ato próprio independe da intenção do sujeito, pois a ilicitude de sua conduta emerge de circunstâncias objetivas, partindo da repercussão provocada na esfera jurídica alheia³⁸. Observe-se que o comportamento contraditório apenas é vedado em razão da proteção da confiança, porque a ilicitude somente se configura quando podem ser frustradas as expectativas legítimas suscitadas pela posição inicialmente assumida pelo exercente.

Por outro lado, caso esta ilicitude fosse contemplada pelo direito positivo, sua sanção decorreria do próprio sistema, não havendo espaço para se invocar a proteção da confiança, assim como ocorre quando o *factum proprium* já é previsto como uma conduta juridicamente vinculante³⁹, conforme ressaltamos acima. Por isso, o princípio que veda o *venire contra factum proprium* apresenta “caráter residual”, haja vista que não incidirá quando o comportamento contraditório for expressamente reprimido pelo ordenamento jurídico⁴⁰.

Para a aplicação do princípio da proibição de comportamento contraditório, ANDERSON SCHREIBER destaca quatro pressupostos, quais sejam: a) o *factum proprium*; b) a legítima confiança da contraparte quanto à manutenção deste comportamento; c) a conduta posterior, contraditória ao sentido objetivo do *factum proprium*; d) a existência de dano, ainda que potencial, decorrente desta contradição⁴¹.

Como destacamos alhures, a análise do comportamento do exercente é estritamente objetiva, seja quanto à criação de expectativas legítimas na contraparte, seja em relação à sua posterior contradição, tornado-se irrelevante a verificação de culpa⁴². Todavia, embora a situação de confiança gerada seja integrada de forma objetiva – em função do que se apresente razoável para atrair a adesão de uma pessoa

37. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 769-770.

38. Dessa forma, a culpa deixa de ser elemento do ato ilícito, o que marca a diferença entre o exercício irregular de situações jurídicas e a antiga figura do abuso de direito, influenciada pela concepção voluntarista de ilicitude. (MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 124-125)

39. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 137-139.

40. MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 121.

41. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 124.

42. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 761. No mesmo sentido, JUDITH MARTINS-COSTA, para quem “a inadmissibilidade do *venire* é produzida objetivamente, prescindindo do grau de consciência ou conhecimento que tenha tido o agente ao atuar, pois a proteção é a quem confiou, fundadamente, na primeira conduta, caracterizadora do *factum proprium*”. (“A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 120)

normal –, é indispensável que a contraparte adira, subjetivamente, à esfera de auto-representação do titular da situação jurídica, sem o que não poderíamos cogitar a existência de dano. Nota-se, pois, a confluência de elementos objetivos (quanto ao exercente) e subjetivos (quanto ao confiante) para incidir a proteção da confiança por meio da proibição de comportamento contraditório⁴³.

O princípio de vedação ao *venire contra factum proprium* pode gerar conseqüências diversas, seja para impedir a ocorrência do comportamento contraditório, seja para reparar eventuais danos decorrentes da quebra da confiança⁴⁴. Contudo, o efeito preventivo destaca-se como o mais importante, situando o *venire contra factum proprium* entre as modalidades de exercício inadmissível de posição jurídica⁴⁵. Para o presente trabalho, este aspecto da aplicação do instituto também apresenta grande relevo, uma vez que se pretende sustentar a inadmissibilidade de condutas desleais e contrárias à boa-fé objetiva pelos sujeitos da relação jurídica processual.

4. A *SUPPRESSIO* (*VERWIRKUNG*) E A *SURRECTIO* (*ERWIRKUNG*)

A *suppressio*, tradução latina da *VERwirkung* alemã, consiste na perda de uma situação jurídica em razão da inércia do seu titular, cujo comportamento omissivo tenha suscitado na contraparte a legítima expectativa de que não mais a exerceria. Segundo a doutrina de MENEZES CORDEIRO, “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”⁴⁶. Em síntese, trata-se da “supressão de situações jurídicas específicas pelo decurso do tempo”⁴⁷, fundada no princípio da boa-fé objetiva, “cujo efeito geral consiste na paralisação do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza”⁴⁸.

A expressão *VERwirkung* foi consagrada pela jurisprudência alemã, após a Primeira Guerra Mundial, para designar o exercício inadmissível de direitos em razão do seu retardamento desleal, que ensejava graves desequilíbrios entre as partes da relação jurídica contratual. O instituto surgiu como um contrapeso ao direito de correção monetária, que substituiu o princípio do nominalismo por ocasião da grande desvalorização do marco alemão no período pós-guerra. Através da *suppressio*,

43. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 759.

44. JUDITH MARTINS-COSTA adverte quanto à importância da distinção entre o ato ilícito e o fato danoso, de modo que o dever de indenizar apenas surge com o advento do segundo, não sendo, portanto, a única conseqüência que se extrai da ilicitude. (“A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 126)

45. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 155.

46. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 797.

47. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*, op. cit., p. 476.

48. MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 115.

buscava-se proteger o devedor do exercício abusivo do direito de valorização pelos credores, cuja omissão na cobrança da dívida, por longo período, tornava exorbitante o montante devido em razão do alto índice inflacionário da época⁴⁹.

No início de sua consagração jurisprudencial, a *suppressio* encontrou forte resistência doutrinária, embasada na suposta insegurança jurídica que poderia advir de sua utilização. Nesse contexto, foi sugerido seu enquadramento como forma de renúncia tácita ao direito não exercitado, criando-se uma ficção jurídica com base na inatividade do titular. Todavia, não poderia a *suppressio* ser qualificada como renúncia, haja vista que sua aplicação resulta da análise objetiva de condutas, na qual não se afere a manifestação de vontade do titular do direito, fator essencial à configuração daquele instituto⁵⁰.

Com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a *suppressio* foi reconduzida ao princípio da boa-fé, como derivação da vedação ao *venire contra factum proprium*. Conforme explica MENEZES CORDEIRO, “o titular do direito, abstendo-se do exercício durante certo lapso de tempo, criaria, na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria actuado; quando, supervenientemente, viesse agir, entraria em contradição”⁵¹.

O *venire contra factum proprium* revela-se na ocorrência de comportamentos contraditórios, com a quebra da confiança suscitada pela conduta inicial do exercente. Na *suppressio*, a mesma realidade se exprime, destacando-se o decurso do tempo como componente do *factum proprium*, pois as expectativas despertadas na contraparte são pautadas na continuidade do comportamento inativo do sujeito, do não exercício de uma faculdade que ele possui⁵². Considerando-se que a proibição de comportamento contraditório se funda na proteção da confiança gerada na outra parte – e não na vinculação voluntária do sujeito ao seu comportamento inicial –, o não exercício de um direito pode desempenhar o papel de *factum proprium*⁵³. Desse modo, a *suppressio* deve ser reconhecida como uma subespécie da vedação ao *venire contra factum proprium*, na medida em que reprime a contradição à inatividade do titular de uma situação jurídica⁵⁴.

49. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 801-802; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 178-179.

50. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 806-807; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 180.

51. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 807-809.

52. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 813.

53. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 813.

54. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 183.

A *suppressio* pauta-se no decurso do tempo sem o exercício de um direito, bem como em indícios objetivos de que este não mais seria exercitado por seu titular, sendo irrelevante a verificação de culpa ou de qualquer outro aspecto subjetivo quanto à sua inação⁵⁵. Apenas o elemento temporal não é suficiente para configurar a *suppressio*, pois é necessário que o comportamento de uma das partes tenha gerado na outra a impressão de que não mais faria valer uma posição jurídica, de modo que o seu exercício tardio enseje uma desvantagem iníqua para o *alter*. Em síntese, na *suppressio*, o decurso do tempo é integrado pela conduta omissiva do titular do direito – que se comporta como se não o tivesse ou como se não quisesse exercitá-lo –, pela confiança gerada na contraparte e pelo desequilíbrio advindo do seu exercício superveniente⁵⁶.

O verdadeiro fundamento da *suppressio* se encontra na tutela da confiança, porquanto a deslealdade reprimida não emerge do retardamento em si, mas da frustração das expectativas da contraparte, a qual acreditava que determinada posição jurídica não seria mais exercitada, tendo pautado suas atividades nesta previsão⁵⁷. Conforme lição de MENEZES CORDEIRO, “a realidade social da *suppressio*, que o Direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-representação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não-exercício, rompe, de súbito, o estado gerado”⁵⁸. Portanto, a essência do fenômeno não está na punição daquele que atuou em contradição com o seu comportamento anterior, mas em resguardar as expectativas legítimas dos demais sujeitos, suscitadas pelo não exercício do direito por seu titular.

Se o objetivo da *suppressio* fosse, meramente, reprimir condutas contraditórias, o único parâmetro para sua aplicação seria o comportamento do exercente, de modo que o decurso do tempo receberia um tratamento generalizado, beneficiando não só os sujeitos confiantes. Entretanto, como o seu escopo é a proteção da confiança, outros aspectos devem ser analisados, tais como o conhecimento da contraparte acerca da existência do direito não exercido, a inatividade enquanto fonte de expectativas legítimas e a repercussão que elas tenham alcançado na esfera do sujeito confiante. Em função destes fatores, o lapso temporal poderá implicar ou não a ocorrência da *suppressio*, com o surgimento de posição jurídica ativa para a contraparte, levando à extinção do direito tardiamente exercido pelo titular⁵⁹.

A *surrectio* (*Erwirkung*), por sua vez, constitui a própria vantagem adquirida pela contraparte com a consumação da *suppressio*. Em sentido próprio ou estrito,

55. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 810-811.

56. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 810-811.

57. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 180.

58. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 813.

59. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 815.

consiste na aquisição de uma permissão específica, de um direito subjetivo; em sentido amplo, trata-se de uma permissão genérica de atuação, da liberação dos limites antes impostos pela situação jurídica suprimida com base na boa-fé⁶⁰. Dessa forma, o titular-exercente tem o seu direito limitado, ou mesmo extinto, devido à incompatibilidade com o surgimento de novo direito na esfera jurídica do confiante⁶¹. Portanto, se a aplicação da boa-fé objetiva dá-se em função da proteção da confiança, assegurando a aquisição de posições jurídicas pela contraparte, a *suppressio* apenas representa a face oposta da *surrectio*, que é o verdadeiro corolário do princípio da boa-fé. Com precisão, discorre MENEZES CORDEIRO:

O fenômeno da *suppressio*, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas, em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo, sob pena de contrariar a boa fé, corresponde a uma forma invertida de apresentar a realidade. A *suppressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo.⁶²

De modo geral, as normas que fixam prazo para o exercício de posições jurídicas ativas promovem a adequação do Direito à efetividade social, pela influência do tempo nas relações jurídicas. Assim, como complemento ao direito positivo, orientadas pelo princípio da boa-fé objetiva, atuam a *suppressio*, extinguindo os direitos que já não correspondam à efetividade social, e a *surrectio*, criando direitos que já eram dotados de efetividade apesar de não reconhecidos juridicamente. Trata-se, destarte, do influxo da efetividade social sobre as regulações jurídicas⁶³.

Todavia, a regra é que a discrepância entre regulação jurídica e efetividade social seja resolvida em favor da primeira. Quanto ao influxo do tempo nas relações jurídicas, efetivamente, não se pode aceitar uma inversão de valores, no sentido de proibir o exercício de um direito concedido pela própria ordem jurídica. Por isso, doutrina e jurisprudência consideram a *suppressio* e a *surrectio* como figuras de utilização excepcional, pois os valores que regem sua atuação, apenas em situações especiais, são capazes de afastar aqueles subjacentes à constituição de um direito com base no ordenamento jurídico⁶⁴.

60. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 821.

61. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 826.

62. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 824.

63. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 816.

64. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 818-819. Em outra passagem, afirma o autor português: “No que toca ao seu relacionamento com outros remédios jurídicos, a *suppressio* é, por fim, apontada como saída extraordinária, insusceptível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução. Tem, pois, natureza subsidiária.” (op. cit., p. 812)

A incidência da *suppressio*, traduzida pela proibição de comportamento contraditório a um *factum proprium* omissivo, encontra óbice nos sistemas que regulam estreitamente os efeitos do tempo nas relações jurídicas, o que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de institutos como a prescrição e a decadência⁶⁵. Nesse contexto, é importante questionar a possibilidade, no caso concreto, de ponderação entre os prazos positivados para a atuação de um direito e a aplicação da *suppressio*, enquanto vedação ao seu exercício tardio, com fundamento no princípio da boa-fé: seria razoável sustentar o surgimento de expectativa legítima baseada na omissão do titular de um direito cujo exercício esteja submetido a prazo fixado em lei?

De início, ressalta-se que a discussão não abrange somente aspectos relativos ao decurso do tempo, o que poderia causar perplexidade diante da ponderação de valores proposta. Na verdade, o que distingue a *suppressio* de institutos como a prescrição e a decadência é a sua finalidade, que não se limita a punir a inércia do titular do direito, mas objetiva resguardar a confiança gerada na contraparte por sua inatividade. Não se trata, pois, da substituição de prazo legal por lapso temporal variável conforme o caso concreto, à revelia da segurança jurídica. O princípio da boa-fé apenas entra em cena quando, ao decurso do tempo, sejam somados indícios objetivos de que uma posição jurídica não seria mais praticada por seu titular, de modo que o exercício superveniente frustre a justa confiança gerada no *alter*⁶⁶.

Portanto, é perfeitamente concebível a coexistência harmônica entre a *suppressio* e a previsão legal de prazos para o exercício de posições jurídicas, como os prazos de prescrição e decadência⁶⁷. No caso concreto, haverá uma ponderação entre a *segurança jurídica*, valor que justifica a existência dos prazos legais, e a *proteção da confiança*, na qual a *suppressio* encontra seu fundamento⁶⁸. Conforme arremata ANDERSON SCHREIBER, “pode-se dizer mesmo que a principal função da *Verwirkung*, nos ordenamentos que a admitem, é justamente a temperância do rigor dos prazos legais, em geral longos porque integrantes de codificações promulgadas ou concebidas em épocas de menor dinamismo e celeridade”⁶⁹.

65. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 183.

66. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 185.

67. Observe-se que as condutas que podem implicar suspensão ou interrupção de prazos prescricionais ou decadenciais também irão interferir na consumação da *suppressio*, pois refletem a intenção do sujeito no sentido de exercitar os direitos que titulariza. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 812)

68. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*, op. cit., p. 478.

69. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 183.

Acompanhando a difusão do princípio da boa-fé objetiva, a *suppressio* foi estendida a outros ramos do Direito, mas continua controvertida sua utilização em paralelo às formas tradicionais de repercussão do tempo nas relações jurídicas⁷⁰. Em particular, o presente estudo busca examinar a possibilidade de aplicação da *suppressio* ao processo civil, determinando a preclusão de poderes processuais em razão do seu não exercício, por lapso temporal que suscite nos demais sujeitos processuais a justa expectativa de que não mais seriam exercitados.

5. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ AO PROCESSO CIVIL

Embora o desenvolvimento da boa-fé objetiva nos remeta ao campo das obrigações e dos contratos, a aplicação deste princípio não está adstrita ao direito privado, destacando-se, também, na análise da relação jurídica processual. É interessante sublinhar a idéia de que a própria obrigação se desenvolve como um processo, polarizado por seu adimplemento, que é o fim que orienta a dinâmica desta relação e, sobretudo, o comportamento dos sujeitos de direito⁷¹.

Nesse contexto, a relação obrigacional passou a ser informada por valores que imprimem a essência de um *devido processo legal* às relações privadas, ressaltando-se a necessidade de cooperação e lealdade entre os sujeitos da obrigação, o que propiciou terreno fértil para o desenvolvimento da boa-fé objetiva. Assim, a idéia de obrigação como processo nos é interessante, pois o campo em que se destaca a incidência da boa-fé objetiva – o Direito das Obrigações – é considerado sob a ótica de uma relação processual, facilitando a transposição deste princípio para o âmbito do Direito Processual Civil.

O emprego da boa-fé subjetiva no processo civil não é capaz de impedir o exercício inadmissível de posições jurídicas pelos sujeitos processuais, porque a inobservância do padrão de comportamento imposto somente se torna relevante se verificada a intenção do exercente, o que propicia amplo espaço para a prática de atos desleais⁷². Desse modo, a consagração da boa-fé objetiva representa a superação da concepção subjetivista de relação jurídica processual, possibilitando a vedação de condutas desleais sem qualquer consideração relativa à má-fé ou ao dolo do sujeito atuante, de modo que a boa-fé processual evoluiu de uma análise subjetiva e voluntarista para a proteção objetiva da confiança⁷³.

70. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 802.

71. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*, op. cit., p. 48. Nesse sentido, amplamente CLOVIS V. DO COUTO E SILVA: “A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.” (*A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 8)

72. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169.

73. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 78.

A cláusula do devido processo legal, contida no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, constitui uma norma-síntese, de onde podem ser extraídos todos os demais princípios e garantias processuais, que, a rigor, não precisariam estar explícitos no texto constitucional. É nesta cláusula geral, pois, que o princípio da boa-fé objetiva encontra fundamento para incidir na relação jurídica processual, apresentando-se como um padrão de conduta leal e de colaboração a ser seguido pelos sujeitos do processo.

Conquanto a ética processual não tenha sido expressamente prevista pela Carta Política, a consideração do contraditório como fonte de deveres processuais – que também deriva do princípio do devido processo legal – determina o alicerce constitucional para a aplicação da boa-fé objetiva à esfera do processo civil⁷⁴. Dessa forma, a conduta dos atores processuais deve estar pautada nos padrões de ética, correção e lealdade, aferidos em seu contexto histórico-social, podendo-se mesmo falar em um *dever geral de comportamento conforme a boa-fé objetiva*.

O princípio do devido processo legal propõe a realização de um processo civil *de meios e de resultados*, estabelecendo garantias relativas ao procedimento e ao exercício de posições jurídicas pelos sujeitos processuais, com o objetivo de viabilizar a efetividade das decisões judiciais e, em última instância, do direito material tutelado⁷⁵. Processo devido, portanto, é o processo concretizador, que se revela como instrumento de efetivação de direitos e legitimador da atividade jurisdicional, não servindo como um artifício para conduzir as relações de poder subjacentes à relação jurídica processual. Como pondera BRUNELA VIEIRA DE VINCENZI, “a limitação ao exercício de posições jurídicas pelas partes na relação processual contribui para a concretização dos escopos da jurisdição e, também, confirma a garantia do devido processo legal, com a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada e tempestiva”⁷⁶.

Com efeito, a atuação abusiva e desleal que obsta a efetividade da prestação jurisdicional, frequentemente, está apoiada em institutos previstos no próprio ordenamento jurídico, tornando-se mais difícil reprimi-la em razão da aparente licitude de que se revestem tais condutas. Todavia, à luz da boa-fé objetiva, não se pode aceitar que um sujeito surpreenda os demais com alegações que, embora formalmente fundamentadas, sejam contrárias aos princípios de proteção da confiança e de lealdade que devem informar a relação jurídica processual. Sob este prisma, conclui a autora citada:

Num primeiro momento, a boa-fé permite criar a presunção de que há um comportamento leal e cooperativo dos litigantes no processo, o que de certa forma acelera

74. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 67.

75. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 47.

76. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 49.

o procedimento e permite maior eficácia dos provimentos jurisdicionais. Num segundo momento, a regra da boa-fé assume a função de fonte criadora de deveres de cooperação e colaboração, e é regra limitadora do exercício inadmissível de posições jurídicas na relação jurídica processual que tem lugar perante o órgão jurisdicional estatal.⁷⁷

Finalmente, é neste cenário que o princípio da boa-fé, associado ao contraditório e à cooperação entre os sujeitos processuais, ampara-se na cláusula do devido processo legal, imprimindo conteúdo ético ao processo civil, ao reprimir o exercício inadmissível de poderes processuais, representado por comportamentos contraditórios e desleais dos participantes desta relação jurídica.

6. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ, O CONTRADITÓRIO E A COOPERAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS

O princípio da cooperação prestigia o diálogo e o equilíbrio, estabelecendo deveres recíprocos entre os participantes da relação jurídica processual, a fim de que todos colaborem para se alcançar a solução final do litígio⁷⁸. Trata-se de princípio intimamente ligado à boa-fé objetiva e à proteção da confiança, na medida em que se contrapõe a um debate processual obscuro, contrário ao dever de lealdade entre os sujeitos do processo e, por conseguinte, ao devido processo legal. Processo devido é processo sem surpresas, sem “cartas na manga”, informado por uma relação jurídica clara, que proporciona a ampla defesa e a efetiva possibilidade de as partes influenciarem nas decisões judiciais, bem como evita a decretação de nulidades processuais⁷⁹.

A legitimação do poder jurisdicional decorre do procedimento participativo, de modo que os sujeitos que sofrerão as conseqüências dos atos decisórios tenham a possibilidade de influenciar no resultado final do conflito. Esta participação é promovida pelo princípio do contraditório, exercido por meio do binômio *informação-reação*, segundo o qual o sujeito tem o direito de ser cientificado de todos os atos processuais para que a eles possa se opor, evitando o surgimento de situações jurídicas desfavoráveis. Não obstante a sua relevância, esta perspectiva ainda revela uma visão individualista do processo, justificando o contraditório, exclusivamente, com base no interesse dos litigantes⁸⁰.

O princípio do contraditório apresenta-se como um direito fundamental, cuja eficácia não se confunde com a feição individualista dos direitos subjetivos⁸¹. Embora

77. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 24.

78. DIDIER Jr., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 127, p. 76.

79. DIDIER Jr., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, op. cit., p. 77.

80. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 60-61.

81. Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, esclarece JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE: “Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os

represente uma garantia processual – que assegura o *direito de influência* das partes na decisão da lide –, o contraditório é também fonte de deveres para os sujeitos do processo, pois a qualidade da prestação jurisdicional depende de uma atividade cooperativa, o que justifica a preocupação legislativa com a coibição de condutas desleais, como a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça⁸².

ANTONIO DO PASSO CABRAL adverte que “o contraditório não pode ser exercido ilimitadamente”, razão por que o Estado tem “o *direito* de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público –, ao qual está relacionado o *dever* de atuação ética, de colaboração para a decisão final”⁸³. Por outro lado, o princípio do contraditório exige do juiz uma postura mais ativa, que proporcione e conduza um verdadeiro debate entre os sujeitos do processo, também atuando como participante do diálogo judicial⁸⁴.

Segundo anota o autor, o artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil, ao consagrar expressamente o dever de proceder com lealdade e boa-fé, representa uma “cláusula genérica de conduta ética”⁸⁵. Observe-se que o referido dispositivo dirige-se às partes e a “todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”, ou seja, também o magistrado se inclui entre os destinatários desta cláusula geral, deixando de ser mero espectador dos conflitos que lhe são submetidos.

Portanto, ao impor deveres de colaboração para os sujeitos processuais, sobretudo as partes e o magistrado, o contraditório assumiu nova feição, transcendendo a concepção tradicional de que consistiria, apenas, no direito de aduzir argumentos contrapostos em juízo⁸⁶. A relação processual, então, passou a ser considerada sob a ótica da “divisão de trabalho”, buscando-se o seu equilíbrio por meio da cooperação, que implica a participação ativa e leal de todos os atores do processo⁸⁷. Sob este prisma, pondera CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA:

A colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, com o emprego de lógicas mais adequadas à especificidade do fenômeno jurídico e o

preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação da vida social. Por outro lado, a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjectivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de ‘direitos’ aos indivíduos.” (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2001, p. 111)

82. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 62-63.
83. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 62-63.
84. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 64.
85. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 69.
86. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 60.
87. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 27.

frequente emprego de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do Direito, haveria obviamente de se refletir no processo. Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinale-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa.⁸⁸

O padrão de ética e lealdade que se extrai da boa-fé objetiva deve conduzir a atuação de todos os sujeitos do processo, valendo para todos o dever de se comportar conforme a boa-fé e a proteção da confiança. Atualmente, observa-se que os institutos processuais aparecem informados por uma forte carga valorativa, notadamente de cunho constitucional, afastando-se a idéia de um processo civil marcado pelo tecnicismo e pelo formalismo estéril⁸⁹. O princípio da cooperação ganha destaque diante desta concepção de relação processual, em que o contraditório se apresenta como uma manifestação democrática de exercício do poder⁹⁰. Com efeito, o redimensionamento do princípio do contraditório revelou a necessidade de efetiva participação na relação jurídica processual, demonstrando que um processo democrático pressupõe equilíbrio e diálogo entre todos os sujeitos⁹¹.

Nessa perspectiva, fala-se numa maior participação do juiz na relação jurídica processual, como verdadeiro integrante do contraditório, com o surgimento de deveres perante os demais sujeitos do processo⁹². Como ensina FREDIE DIDIER JR., o princípio da cooperação “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras”⁹³. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE arremata:

Para alcançar esse objetivo, não pode o juiz manter-se preso às noções superadas de processo dispositivo e de passividade judicial. Deve ele desenvolver sua atividade de condutor do processo de forma ativa, buscando remover todos os obstáculos

-
88. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”, op. cit., p. 26.
89. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 17.
90. DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29, p. 505. No mesmo sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS: “Esta nova concepção do processo civil, bem afastada da velha ideia liberal duma luta arbitrada pelo juiz, revela bem a importância do princípio da cooperação.” (*Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 168)
91. DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”, op. cit., p. 509.
92. FREDIE DIDIER JR. destaca os deveres de *esclarecimento*, *consulta* e *prevenção* como deveres do magistrado decorrentes do princípio da cooperação (“O princípio da cooperação: uma apresentação”, op. cit., p. 77). No mesmo sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, acrescentando, ainda, o dever de *auxílio* do juiz (*Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: LEX, 1997, p. 65).
93. DIDIER Jr., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, op. cit., p. 76.

que se apresentarem à efetividade do contraditório. Exige-se a imparcialidade do julgador, mas rejeita-se sua indiferença.⁹⁴

O sistema jurídico brasileiro confere amplos poderes ao magistrado, autorizando, inclusive, que a decisão judicial se fundamente em fatos que não tenham sido suscitados pelas partes, conforme dispõem os artigos 131 e 462 do Código de Processo Civil. Todavia, explicitar quais circunstâncias foram consideradas na fundamentação do ato decisório não é o bastante para a realização de um processo devido; os fatos aportados ao processo pelo juiz, ou extraídos dos autos sem terem sido aduzidos pelas partes, devem ser submetidos ao contraditório. A consideração de ofício das questões de fato não podem surpreender os litigantes, aos quais deve-se oportunizar o exercício do poder de influência sobre o órgão julgador, primando-se pela cooperação e pela lealdade entre os sujeitos da relação processual, com a plena efetivação do contraditório e do devido processo legal⁹⁵⁻⁹⁶.

Como lembra JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, os sistemas processuais francês e alemão não permitem que o juiz decida sobre questões de direito sem que elas tenham sido previamente submetidas ao contraditório. No ordenamento jurídico pátrio, não há previsão expressa no mesmo sentido; aliás, é predominante a posição doutrinária que aceita o conhecimento oficioso das chamadas *questões de ordem pública* a qualquer tempo, independentemente da manifestação das partes sobre assunto⁹⁷. Contudo, o autor citado adverte que “o exame de ofício de questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes”⁹⁸.

A aplicação da cláusula da boa-fé objetiva ao processo civil não atende apenas às exigências do princípio do contraditório – contemplado pela realização do poder de influência sobre o resultado final da lide –, mas resguarda a confiança depositada na atividade judicante, sobretudo pelas partes, cujas expectativas não devem ser frustradas pela ocorrência de acontecimentos inesperados durante a marcha processual.

Posto que sejam movimentados para a consecução dos interesses particulares dos litigantes, não se pode olvidar que os mecanismos processuais desempenham

94. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, op. cit., p. 40.

95. DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”, op. cit., p. 508-509. Neste sentido, cf. §139 da ZPO alemã.

96. Trata-se do *dever de consulta*, decorrente do princípio da cooperação, cujo objetivo é evitar a prolação de “decisões surpresa”, ou seja, baseadas em matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, mas que não foram objeto do debate judicial. (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, op. cit., p. 67)

97. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, op. cit., p. 39.

98. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, op. cit., p. 39.

uma função pública, propiciando o restabelecimento da ordem jurídica pelo Estado. Tal perspectiva revela a dimensão social do processo e contrapõe-se ao obsoleto “liberalismo processual”, que lhe imprimia uma feição individualista, decorrente da natureza – em regra, disponível – do objeto litigioso⁹⁹. Com essa mudança de paradigma, todos os sujeitos da relação processual passaram a ser destinatários de deveres éticos, de lealdade e de cooperação, decorrentes do princípio do contraditório e, em última instância, da dimensão substancial do devido processo legal.

7. A PRECLUSÃO COMO TÉCNICA PARA REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO PROCESSO CIVIL

Os atuais contornos e a sistematização da preclusão são atribuídos ao engenho de GIUSEPPE CHIOVENDA, segundo o qual a essência do instituto seria a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual devido ao alcance dos limites prescritos para o seu exercício¹⁰⁰. Partindo dessa noção, é possível analisar a preclusão sob dois aspectos: subjetivamente, representa a perda de poderes pelos atores processuais, decorrente da atuação fora dos limites legalmente previstos; objetivamente, consiste em técnica que garante o avanço da relação jurídica processual, evitando retrocessos a fases já superadas do procedimento¹⁰¹.

Contudo, a preclusão não se fundamenta apenas na promoção da segurança jurídica, da ordem, da celeridade e da efetividade processuais, não se limita ao fim de impulsionar o procedimento, pois também assume escopos ético-políticos, visando à proteção da boa-fé e da lealdade na relação jurídica processual¹⁰². Como escreve ADA PELLEGRINI GRINOVER, o instituto “não está exclusivamente assentado em um fundamento jurídico, mas igualmente *ético*, de modo não apenas a proporcionar uma mais rápida solução do litígio, mas bem ainda de tutela à boa-fé no processo, impedindo o emprego de expedientes que configurem litigância de má-fé”¹⁰³. Igualmente expressivas, as palavras de EGAS MONIZ DIRCEU DE ARAGÃO:

99. CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”, op. cit., p. 68.

100. “Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de ‘preclusão’, extraído de uma expressão das fontes que se empregava, precisamente com o significado que lhe dou, ‘*poena praeclusi*’ do direito comum, ressaltando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena. Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente se acha aplicado pela lei.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 184)

101. THEODORO JR., Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, v. 784, fevereiro de 2001, p. 13.

102. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 1, p. 272.

103. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 235.

Realmente, o fundamento último do princípio de preclusão assenta no da isonomia constitucional (de que deflui o contraditório) e no da lealdade processual, facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto e por isso proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo inigualmente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos (cuja duração já é longa mesmo em países cujo ordenamento processual adota a preclusão e seus corolários).¹⁰⁴

O princípio da boa-fé objetiva está implícito ao sistema de preclusões, haja vista a fixação de limites para a atividade dos atores do processo, vedando-se o exercício de poderes extintos (preclusos), independentemente da intenção do sujeito atuante¹⁰⁵. Desse modo, a preclusão contribui para a condução da relação jurídica processual segundo um padrão de comportamento leal, honesto e de colaboração, pois o procedimento se torna previsível para seus participantes, estando apto a amparar a previsão de confiança e as expectativas legítimas suscitadas em cada sujeito do contraditório.

À luz do princípio da boa-fé, que visa a resguardar a confiança nas relações jurídicas, impõe-se a realização de um procedimento transparente, cujo desenvolvimento não pode ser marcado pela atuação surpreendente dos sujeitos processuais. Nesse passo, não é admissível a prática de condutas desleais no processo, como sói ocorrer quando as partes, estrategicamente, reservam argumentos (questões de mérito ou processuais), inclusive material probatório, para apresentar em fases mais avançadas do procedimento, como verdadeiras “cartas na manga”, transformando a relação jurídica processual num jogo obscuro e traiçoeiro.

Além de prezar pela celeridade do procedimento, o princípio da eventualidade evita a ocorrência de surpresas na relação jurídica processual, pois determina a concentração de todas as alegações num único ato, impedindo que elas sejam reservadas para momento posterior, como uma tática que possa romper a confiança suscitada nos demais sujeitos pelo comportamento do exercente¹⁰⁶. Por isso, é indispensável que os litigantes, desde o início do processo, apresentem suas “armas”, possibilitando uma previsão de como será conduzido o conflito, o que potencializa a realização de acordos, porquanto poderão mensurar as respectivas chances de êxito em função do quanto exposto pelo oponente. A paridade de armas no processo, decorrente dos princípios da isonomia e do contraditório, é garantida, portanto, pela incidência da preclusão, cujo fundamento último tem origem no princípio da boa-fé.

104. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeano Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 150.

105. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 310.

106. Nesse sentido, discorre HEITOR VITOR MENDONÇA SICA: “De fato, um dos fundamentos do princípio da eventualidade, como vimos, é justamente evitar que as partes reservem seus melhores argumentos para momento posterior do processo, impondo que sejam elas francas ao deduzirem seus meios de ataque e defesa, sob pena de não poderem fazê-lo em momento posterior.” (*Preclusão processual civil*, op. cit., p. 310)

A preclusão também é mecanismo que impede o exercício de comportamentos contraditórios no processo, ou seja, consiste em técnica que resguarda a confiança e a boa-fé dos atores processuais, proibindo o *venire contra factum proprium* no âmbito dessa relação jurídica. Segundo afirma FREDIE DIDIER JR. sobre o princípio preclusivo, “deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas; não se tolera a adoção de comportamentos incoerentes e contraditórios”¹⁰⁷. Facilmente, pode-se concluir que a boa-fé é o pilar sobre o qual a noção de preclusão lógica está assentada¹⁰⁸, haja vista que o fato gerador desta modalidade preclusiva é uma conduta logicamente incompatível com outra que se pretende praticar, impedindo-se a contradição aos próprios atos, que rompe a confiança entre os sujeitos do processo e viola o princípio da boa-fé.

Exatamente por encontrar fundamento na boa-fé objetiva, a preclusão não produz apenas efeitos negativos, consubstanciados na perda de poderes processuais, mas também incrementa a situação jurídica dos sujeitos confiantes, em razão da legítima expectativa de que o exercente não mais praticaria determinado ato processual, porque contraditório ao seu comportamento anterior¹⁰⁹. Conforme observado inicialmente, a proibição de condutas incoerentes se justifica na proteção da confiança, garantindo a conservação das situações jurídicas dela originadas. Sob as premissas até aqui firmadas, busca-se sustentar a incidência da preclusão lógica com exclusivo embasamento no princípio da boa-fé objetiva, aplicando-se a *suppressio* ao processo civil, para determinar a perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por lapso temporal que suscite a justa expectativa de que não mais seriam praticados.

8. A *SUPPRESSIO* PROCESSUAL

Ao impor a incidência da preclusão lógica em certas circunstâncias, o legislador pretendeu evitar a prática de comportamentos contraditórios no âmbito da relação jurídica processual, eis que atrasa a marcha do procedimento e ofende a lealdade e a cooperação entre os sujeitos. Conforme observa JUDITH MARTINS-COSTA, “em similitude funcional à *VERwirkung* alemã, nosso Direito opera com a idéia de *preclusão lógica*, que nada mais constitui do que a tradução, no campo do Direito Processual do princípio do *venire contra factum proprium*”¹¹⁰. Acerca do tema, desenvolve FREDIE DIDIER JR.:

107. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, op. cit., p. 271.

108. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 310.

109. Como destaca HUMBERTO THEODORO JR., “ao lado da simples extinção de uma faculdade processual pelo decurso do tempo (aspecto negativo da preclusão) pode perfeitamente ocorrer a idoneidade do mesmo fenômeno para atribuir um direito ou uma expectativa a uma das partes do processo (aspecto positivo da preclusão)”. (“A preclusão no processo civil”, op. cit., p. 18-19)

110. MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”, op. cit., p. 119-120. No mesmo sentido, DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”. *Leituras*

Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação ao *venire contra factum proprium* (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da *boa-fé* objetiva.¹¹¹

Efetivamente, a preclusão lógica consagra a vedação ao *venire contra factum proprium* no sistema jurídico processual. Conforme ressaltamos, a tutela da confiança já está implícita nas normas que proíbem a contradição aos atos próprios, não sendo necessário recorrer ao princípio da boa-fé, quanto aos casos expressamente regulados, para sustentar a ilicitude do comportamento incoerente. Nesse contexto, decorre da lei o óbice às condutas que possam frustrar expectativas legítimas, o qual consiste na extinção de poderes processuais em razão da incompatibilidade com a postura anteriormente adotada pelo exercente.

A preclusão lógica impede o exercício de atos incompatíveis com a conduta inicial do agente, evitando que incorra em *venire contra factum proprium*, de modo que a perda da situação jurídica processual não é efeito do comportamento contraditório, mas obstáculo para a sua realização¹¹². Por isso, afirmamos que apenas haverá ilicitude quando o sujeito insistir em exercer um poder processual precluso, sendo ilícito o ato contraditório, não o seu comportamento anterior, que apenas é o fato gerador da preclusão lógica. Portanto, a ilicitude emerge da incoerência entre as duas condutas, ainda que ambas, isoladamente, não sejam contrárias ao direito.

É cediço que o *venire contra factum proprium* também pode ter como referencial uma conduta omissiva anterior, caso em que incidirá a *suppressio*, extinguindo uma situação jurídica titularizada pelo agente, em razão da confiança por ele suscitada de que não mais a exerceria. Todavia, quanto à disciplina da preclusão lógica, o direito positivo apenas impede a prática de um ato processual por ser incompatível com a *atuação* do indivíduo, não havendo qualquer previsão acerca da contradição a comportamentos omissivos pretéritos.

Embora tal hipótese não tenha sido contemplada no regime de preclusões, ressalta-se que a confiança nas relações jurídicas permanece protegida pelo princípio

Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto. Cristiano Chaves de Farias (coord). Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 201.

111. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 207. Nessa esteira, o autor relaciona os princípios da cooperação e da proibição de comportamento contraditório: “O princípio da cooperação e o princípio que veda o *venire contra factum proprium* relacionam-se na medida em que compõe o conteúdo da cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva na relação jurídica processual. A boa-fé objetiva é norma de conduta que *colore e qualifica* o contraditório. A proibição de comportar-se contrariamente a comportamento anterior é uma de suas nuances.” (op. cit., p. 200)
112. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 207.

da boa-fé, de modo que o exercício tardio de um ato processual, contraditório à prolongada inércia do seu titular, assim como ocorre na esfera civilista, também há que ser repellido no processo civil. Sendo a relação processual informada pela cláusula da boa-fé objetiva, deve-se coibir a prática de condutas abusivas e desleais, que possam frustrar expectativas legítimas produzidas ao longo do procedimento. Com efeito, é inadmissível que um sujeito surpreenda os demais com comportamentos que, mesmo formalmente amparados no direito positivo, contrariem a confiança e a lealdade processual. Sobre o assunto, é precisa a posição de FREDIE DIDIER JR.:

Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se o sujeito em um sentido, cria fundada confiança na contraparte – confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico-social do negócio –, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.¹¹³

A perda de poderes processuais, correspondente ao conceito de preclusão lógica, está embasada na boa-fé, porquanto busca impedir a atuação contraditória e surpreendente dos sujeitos da relação jurídica processual. Assim, a prática de um ato incompatível com a inatividade anterior do exercente, ensejando a quebra da confiança e da lealdade, também pode ser fulminada pela incidência da preclusão, com amparo na cláusula da boa-fé objetiva. Trata-se da aplicação da *suppressio* ao processo civil, extinguindo uma situação jurídica processual ativa devido à ausência de exercício por lapso temporal apto a gerar expectativas legítimas de que não mais seria praticada. Destarte, a *suppressio* processual consiste numa preclusão lógica fundada no princípio da boa-fé, pois o poder que se quer exercer é incompatível com a inação anterior do seu titular, restando impedido por contrariar a confiança suscitada nos demais sujeitos do processo¹¹⁴.

A função corretiva da boa-fé não está adstrita ao exercício irregular de direitos subjetivos, compreendendo qualquer espécie de situação jurídica exercida numa dada relação, tal como os poderes processuais¹¹⁵. Os limites impostos pelo princípio independem da intenção do agente, somente é relevante questionar se o seu comportamento destoa das expectativas legítimas geradas pela postura que assumiu ao

113. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 207.

114. Não obstante, ressalva-se que MENEZES CORDEIRO, cuja obra tomamos como referência para o estudo do princípio da boa-fé, não admite a transposição da *suppressio* para o processo civil: “Mas no Direito português, e dada a existência de toda uma teia rígida de prazos processuais, dobrada por um prazo supletivo geral – art. 153.º CPC – não é de introduzir a idéia de *suppressio* processual: os poderes das partes vão sendo precludidos ao longo do processo e o recurso é sempre via indicada para apreciar irregularidades do tribunal.” (*Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 803, nota 571)

115. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 164.

longo do procedimento, desestabilizando a relação jurídica processual com respaldo em formalismos inúteis¹¹⁶. Segundo BRUNELA VIEIRA DE VINCENZI:

Aplica-se o princípio da boa-fé para limitar o exercício de posições jurídicas de forma abusiva, ou seja, para impedir que o exercício de um direito subjetivo cause prejuízos à sociedade ou a outros sujeitos, amparando-se o agente numa suposta legalidade, ficando, assim, isento de responsabilidade sob a alegação – injusta – de exercício regular de direitos.¹¹⁷

Sob o paradigma da boa-fé objetiva, “resolver em perdas e danos” não é a forma mais adequada para solucionar problemas relacionados à atuação desleal dos atores do processo. Interessa, em verdade, impedir o exercício de comportamentos contraditórios que frustrem a confiança gerada no âmbito da relação jurídica, ainda que amparados em alguma forma legal, pois o processo civil somente cumpre sua função social à medida que pacífica e educa, portanto, não sendo eficazes as medidas exclusivamente repressivas¹¹⁸. Assim, conclui a autora citada:

Por outro lado, com o desenvolver dos tempos e a evolução da ciência do direito e de seus diversos ramos, a idéia de abuso ou uso abusivo de poder ou faculdades jurídicas exige maior repreensão. Simplesmente indenizar, como se estivéssemos tratando de responsabilidade por ato ilícito, já não se sustentará. Mais do que reparar o dano, é preciso impedir que ele ocorra.¹¹⁹

Após longo período de inércia, ainda que o indivíduo não encontre obstáculos formais ao exercício de determinado poder processual, deverá ser privado de praticá-lo se, objetivamente, houver inspirado confiança nos demais sujeitos de que manteria inativa a situação jurídica titularizada. A aplicação da *suppressio* processual sempre deverá ser precedida por um juízo de ponderação diante do caso concreto, entre as formas jurídicas, que buscam imprimir certeza e objetividade ao procedimento, e o princípio da boa-fé objetiva, indispensável para resguardar a lealdade e a cooperação entre os protagonistas dessa relação jurídica, garantindo a realização do devido processo legal.

9. A SUPPRESSIO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO

A proibição de comportamento contraditório é norma que rege o sistema de invalidades processuais¹²⁰. Ao dispor que a decretação de nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa, o Código de Processo Civil positivou a vedação ao *venire contra factum proprium*, impedindo a impugnação aos atos jurídicos defeituosos com fundamento no princípio da boa-fé objetiva.

116. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 167.

117. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 161.

118. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 167.

119. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 166.

120. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 200.

O ordenamento jurídico autoriza que determinadas questões sejam conhecidas de ofício pelo magistrado, em razão de sua relevância para o desenvolvimento válido e regular do processo. Prioriza-se a composição dos conflitos e a pacificação social como resultado da tradicional dicotomia entre a autonomia da vontade privada e os limites estabelecidos pelo Estado em prol do interesse público¹²¹. Desse modo, as chamadas “questões de ordem pública” (condições da ação e pressupostos processuais) receberam disciplina mais rígida no sistema processual, tornando-se senso comum relacioná-las aos vícios que geram a nulidade do procedimento.

O juízo de admissibilidade do processo examina sua validade enquanto ato jurídico complexo, avaliando sua aptidão para alcançar a solução final do litígio. O sistema de invalidades processuais baseia-se na existência de prejuízo, optando pela manutenção do ato viciado quando não prejudicar a parte ou se o mérito da causa puder ser decidido a favor de quem seria beneficiado com a decretação da invalidade (art. 249, CPC). A invalidação (*nulidade* ou *anulabilidade*) é sanção que se aplica ao ato jurídico defeituoso, razão por que não pode incidir automaticamente sobre ele, devendo sempre resultar de um juízo valorativo. Existe, portanto, um itinerário axiológico entre o reconhecimento de um vício e a invalidação do ato processual, que não pode ser conduzido por dogmas, como o interesse público subjacente às questões processuais consideradas indisponíveis¹²².

Costuma-se afirmar que a proibição de comportamento contraditório somente seria aplicada à invalidação de atos jurídicos anuláveis, cujo defeito a parte não pode alegar a qualquer tempo, conforme sugere a norma contida no artigo 175 do Código Civil. Em se tratando de vício reconhecível de ofício pelo juiz, que não se convalida com o decurso do tempo, o *venire contra factum proprium* não estaria vedado, de modo que aquele que deu casa a determinada nulidade poderia suscitá-la. Por exemplo, o próprio autor poderia arguir a incompetência absoluta do juízo que escolheu para ajuizar sua demanda, apenas sendo punido por litigância de má-fé; ao mesmo sujeito, porém, não seria dado propor uma exceção para suscitar a incompetência relativa deste juízo, por ter provocado o vício alegado, que não dá causa à nulidade do ato jurídico processual¹²³. Sobre o assunto, expõe ANDERSON SCHREIBER:

Com relação à anulabilidade, ou nulidade relativa, a doutrina e a jurisprudência não hesitam: a proibição de comportamento contraditório é, em tudo, aplicável. Valem-se, aqui, os autores de uma certa similitude com a ratificação ou confirmação tácita do negócio jurídico. De fato, a maior parte dos ordenamentos jurídicos

121. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 156-157. O autor ressalva que o fato de uma questão poder ser reconhecida de ofício pelo juiz não implica, necessariamente, que se refira a uma matéria de ordem pública. (op. cit., p. 160)

122. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 204.

123. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 201-202.

prevê a impossibilidade de impugnação do negócio anulável por quem lhe tenha dado causa ou por quem lhe tenha cumprido, ciente do vício.¹²⁴

Não obstante, o autor ressalva que a proibição de comportamento contraditório se fundamenta em bases estritamente objetivas, pois visa a resguardar a legítima expectativa gerada na contraparte de que o exercente não buscaria a invalidação do ato defeituoso – sobretudo, por tê-lo praticado ou por ter se conduzido como se o ato impugnado fosse perfeitamente regular –, sendo irrelevante verificar a sua intenção¹²⁵.

Quanto à impugnação de atos jurídicos nulificáveis, porque subjacente suposto interesse público, não seria ilícito o exercício de comportamentos contraditórios. A vedação ao *venire contra factum proprium* estaria limitada, aprioristicamente, às hipóteses em que o defeito gera a anulabilidade do ato jurídico, por representar questão disponível pelos sujeitos do processo. Todavia, esse raciocínio não parece ter acompanhado o desenvolvimento da hermenêutica constitucional, destoando sobremaneira da necessidade de ponderação de interesses conflitantes em cada caso concreto. Trata-se da cristalização de um dogma, segundo o qual a supremacia do interesse público é afirmada independentemente do sopesamento com princípios com os quais possa conflitar¹²⁶.

O juízo de admissibilidade do processo costuma ser amparado na indisponibilidade das questões de ordem pública, dogma que não representa o parâmetro mais adequado para a invalidação dos atos jurídicos processuais. É nesse contexto, pois, que surge a necessidade de ponderação entre os valores tradicionalmente sacralizados e o princípio da boa-fé objetiva, que guarda importante carga axiológica, igualmente abrangida pelo conceito de interesse público. Logo, a segurança jurídica, que justifica o formalismo processual, precisa ser sopesada com a proteção da confiança no processo civil, sendo certo que o conflito entre tais valores não se resolve de maneira abstrata¹²⁷. Nesse sentido, é clara a lição de ANDERSON SCHREIBER:

De fato, também o *nemo potest venire contra factum proprium* expressa um interesse normativo por assim dizer público, cogente, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção à boa-fé objetiva e na concretização dos valores constitucionais

124. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 246-247.

125. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 247.

126. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 202-203.

127. DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 204-205. Nesse sentido, cumpre transcrever as palavras de HUMBERTO ÁVILA: “O que pode ser descrito em abstrato é somente uma espécie de dependência entre as diferentes normas jurídicas e os bens jurídicos por elas protegidos. Uma relação de prevalência só pode ser verificada, entretanto, diante do caso concreto.” (“Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Daniel Sarmiento (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185)

da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. A tese de que o princípio de proibição do comportamento contraditório não se sujeita a ponderações com as regras relativas às nulidades absolutas é, portanto, falha, porque parte da premissa ultrapassada de que ordem pública e autonomia privada são campos apartados.¹²⁸

Seguindo raciocínio semelhante, FREDIE DIDIER JR. arremata:

A proteção da *boa-fé objetiva* também é manifestação do interesse público. A solução mais correta é a aplicação do *princípio da proporcionalidade*, ponderando, em concreto, “o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social”. A supremacia do interesse público deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, *a priori*, que, em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular, deva aquela prevalecer sobre esse.¹²⁹

Finalmente, sobre a aplicação do princípio da boa-fé ao sistema de invalidade dos atos jurídicos, assevera MENEZES CORDEIRO:

Quando, pois, ocorra uma ilegitimidade, não deve aplicar-se, isolado, o artigo que comina a nulidade, mas, em simultâneo, o que manda proceder de boa fé. E se o resultado final não for a nulidade, não há que falar em saídas *contra legem*: houve, tão só uma aplicação integral de todos os preceitos respeitantes ao caso.¹³⁰

O princípio da boa-fé objetiva, manifestado na vedação ao *venire contra factum proprium*, representa um contrapeso ao dogma das questões de ordem pública, pois a invalidação de atos processuais não pode resultar do exercício de condutas incoerentes, frustrando a confiança gerada nos sujeitos quanto à regularidade do procedimento. A proibição de comportamento contraditório não se limita aos casos de *anulabilidade*, devendo ser aplicada, também, quando o agente suscitar a *nulidade* do ato jurídico em contradição com sua postura anterior¹³¹. Logo, conforme conclui ANDERSON SCHREIBER, “fica a efetiva incidência do princípio a depender da ponderação, em concreto, entre o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social”¹³².

As questões de ordem pública – ressalvadas do princípio da eventualidade, imunes à incidência das preclusões consumativa e temporal – não podem servir de

128. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 250.

129. DIDIER JR., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 203-204.

130. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 764.

131. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 258. Quanto à proibição de comportamento contraditório, FREDIE DIDIER JR. afirma que “não se trata de regra aplicável apenas às relações jurídicas privadas que envolvem interesses disponíveis”. (“Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”, op. cit., p. 203)

132. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 258.

válvula de escape para manobras desleais, que frustrem a expectativa legítima suscitada pelo agente nos demais atores do processo. Considerando que o ordenamento jurídico não delimita o momento adequado para tais questões serem arguidas, é possível que sua alegação tardia – ou reconhecimento, em se tratando do juiz – represente verdadeira contradição ao comportamento mantido pelo exercente durante toda a relação jurídica processual, com a quebra da confiança inspirada nos outros sujeitos quanto à validade do procedimento. Nesse aspecto, o sistema deixa ampla margem para surpresas e contramarchas no processo, embora o móvel para a instituição do regime de preclusões tenha sido evitá-las.

O poder de controlar a admissibilidade do processo não pode ser exercido ilimitadamente, haja vista que a atuação do juiz também observa os princípios da boa-fé e do devido processo legal. Não se pode admitir surpresas na relação jurídica processual, mesmo decorrentes da atividade judicante, razão por que o magistrado que extinguir o feito sem exame do mérito, após ter gerado a expectativa legítima de que reconhecia a validade do procedimento, estará violando a confiança das partes, faltando com seus deveres de lealdade e de cooperação. De fato, a omissão do juiz durante toda a marcha processual leva os sujeitos do contraditório a crer que o processo está regular, apto para alcançar a solução do conflito.

O juízo de admissibilidade não pode ser realizado a qualquer custo, surpreendendo as partes, rompendo a confiança depositada na relação jurídica. Processo em que o magistrado exerce poderes a qualquer tempo, ainda que se refira às matérias de ordem pública, é processo autoritário¹³³. Portanto, o controle sobre a validade do procedimento, após longo decurso de tempo e superação de fases processuais, configura *venire contra factum proprium* em relação à inação anterior do magistrado, devendo incidir a *suppressio* sobre este poder processual, sob a forma de preclusão lógica. Nesse sentido, já se manifestou FREDIE DIDIER JR.:

É possível, imaginar, também, a possibilidade de *suppressio* de um poder jurisdicional. Por exemplo: será que o magistrado que admitiu a demanda, no saneador, determinou e colheu inúmeras provas, pode, tempos depois, entender que falta ao procedimento um requisito de admissibilidade? Não haveria, aí, em razão do lapso de tempo, uma *suppressio* do poder de controlar a regularidade do processo, em homenagem à confiança, à cooperação e à boa-fé objetiva? Parece-nos que sim.¹³⁴

133. Em sentido contrário ao que ora defendemos, manifesta-se HEITOR VITOR MENDONÇA SICA: “Enfim, se o juiz revê uma decisão tomada no curso do processo para adequá-lo, sobretudo, às regras processuais aplicáveis, e com isso acaba por quebrar a segurança jurídica que emergia daquele ato decisório e por tumultuar o andamento do processo, esse ato tem a presunção de estar revestido no interesse público e, portanto, se justifica dentro dos limites acima delineados.” (*Preclusão processual civil*, op. cit., p. 327)

134. DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, v. 146, abril de 2007, p. 178-179, nota 8.

Em verdade, devido à confiança suscitada pelo magistrado quanto à regularidade do procedimento, as partes adquirem, por *surrectio*, o direito de ver examinado o mérito da demanda, daí decorrendo a extinção, por *suppressio*, do poder judicial de controlar a admissibilidade do processo¹³⁵. Isso ocorre porque a justa expectativa fundada na ausência de atividade judicial não deve ceder, *a priori*, à questão de ordem pública objeto do juízo de admissibilidade, sendo necessário realizar a “ponderação de interesses entre a razão de ser da nulidade formal específica e a tutela da confiança no caso concreto”¹³⁶.

Contudo, o dogma das questões de ordem pública está de tal forma arraigado em nossa cultura jurídica, que assistimos a uma busca incessante pela extinção do processo sem julgamento do mérito. Não é possível concretizar o interesse público inerente à solução dos conflitos, haja vista que a parte demandada sempre empreende todo esforço para ver acolhida uma das hipóteses previstas no artigo do 267 do CPC, sendo também usual os órgãos do Poder Judiciário manipularem o sistema de invalidades processuais para filtrar os milhares de processos abarrotados nos tribunais do país, tudo com a simples *extinção do feito sem julgamento do mérito*. As questões de ordem pública, portanto, representam subterfúgio perfeito para a realização de interesses egoísticos dos sujeitos processuais, conseqüentemente, afastando-se do escopo de pacificação social do processo. Com exatidão, atenta ANDERSON SCHREIBER:

É de se notar que, na prática, a invocação da nulidade absoluta em contradição ao próprio comportamento não vem, em geral, atender ao interesse público – já que o ato gerou, ao menos faticamente, os seus efeitos como se permitido fosse –, mas primordialmente ao interesse privado daquele que age contraditoriamente. O abuso, então, é duplo: não apenas o requerente da nulidade contraria seu comportamento anterior, mas também invoca um vício de interesse público para o atendimento de interesse exclusivamente particular.¹³⁷

O princípio da boa-fé objetiva tempera o excessivo formalismo que decorre dessa concepção, obstando a invalidação do ato processual – ou do procedimento como um todo – quando o reconhecimento do vício resulte de comportamento desleal e contraditório¹³⁸. No âmbito do direito privado, superando tal formalismo, já se entende que a conservação das relações jurídicas originadas de atos defeituosos, em muitos casos, atende mais ao interesse público do que a sua invalidação, por-

135. Exemplo interessante para aplicar o que ora sustentamos ocorreu nos autos da Ação de Depósito nº 1418/1995, que tramitou durante dez anos perante o juízo da Vara Cível da Comarca de Ibirapitanga/BA, tendo sido extinto sem julgamento do mérito por inadequação do procedimento, em evidente afronta ao princípio da boa-fé objetiva.

136. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 251.

137. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 255, nota 393.

138. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 166.

quanto já consolidadas no tempo¹³⁹. Quanto ao processo, não há dúvidas de que a efetiva solução do conflito, considerando a confiança depositada pelos sujeitos na regularidade do procedimento, é questão de ordem pública tão relevante quanto o exame das condições da ação e dos pressupostos processuais, de modo que o dever de julgar o mérito – ou o direito de vê-lo resolvido – somente poderá ser afastado quando houver obstáculo formal intransponível. Nesse contexto, analisa BRUNELA VIEIRA DE VINCENZI:

É preciso, todavia, que o processo civil contemporâneo realize os escopos requeridos pela sociedade, os quais estão distantes do formalismo exacerbado e da preocupação exclusiva com os direitos individuais das partes no processo. O processo, não se nega, é meio de realização dos direitos individuais; porém, não se pode desconsiderar que a sociedade contemporânea tem conflitos diferenciados e, acima de tudo, tem realidade diversa da sociedade do século XIX e início do século XX. Os dogmas processuais cultuados no início do século passado não podem prevalecer diante dos anseios da sociedade contemporânea.¹⁴⁰

Portanto, a invalidação do procedimento (juízo negativo de admissibilidade do processo) nem sempre consistirá no meio mais adequado para a realização do interesse público e menos restritivo ao direito dos sujeitos processuais. Outrossim, ao dever de invalidar, corresponde o dever de convalidar, advertindo-se que “a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado, quanto pela correção de seu vício”¹⁴¹. Dessa ponderação de interesses entre a boa-fé e a segurança jurídica, pois, poderá resultar a decretação de invalidade do ato defeituoso, desconstituindo ou não os efeitos até então produzidos, ou a sua manutenção no ordenamento jurídico, com plena eficácia¹⁴².

10. CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, podemos extrair as seguintes conclusões:

- a) A boa-fé objetiva é um princípio, revela-se como regra de conduta, como padrão de comportamento leal, honesto e de colaboração, traduzindo um modelo de eticização das relações jurídicas. Sua incidência decorre de uma análise externa ao sujeito, com foco na proteção da confiança suscitada na contraparte por seu comportamento, independentemente de sua intenção. A boa-fé subjetiva é um fato, reporta-se a um estado psicológico, em razão

139. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 252.

140. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, op. cit., p. 42.

141. ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 54.

142. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, op. cit., p. 258; DIDIER Jr., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil”, op. cit., p. 205.

do qual o indivíduo acredita ser titular de um direito ou ignora determinada realidade, como a lesão à esfera jurídica alheia.

- b) O *nemo potest venire contra factum proprium* é expressão do princípio da boa-fé objetiva, pois proíbe os comportamentos contraditórios que violem a confiança minimamente necessária às relações jurídicas, consistindo numa vedação genérica à deslealdade. Tal modalidade de exercício inadmissível de direitos objetiva tutelar a previsão de confiança gerada pela própria conduta, quando se cria, no *alter* ou em terceiros, a expectativa legítima de manutenção do comportamento assumido pelo exercente, sendo o fator relevante para a incidência do instituto a aquisição de uma situação jurídica pela contraparte, não a mera repressão ao comportamento contraditório.
- c) O *venire contra factum proprium* pressupõe dois comportamentos praticados pelo mesmo sujeito, lícitos em si e diferidos no tempo, sendo o primeiro – o *factum proprium* – contrariado pelo segundo. Ocorre quando o sujeito, de forma que não vincule especificamente a sua conduta, manifesta a intenção de praticar determinado ato ou de abster-se em relação ao seu exercício, contrariando, em seguida, tal comportamento. Recorre-se ao princípio da boa-fé exatamente em razão desta ausência de vinculação, pois, do contrário, bastaria invocar a figura do inadimplemento obrigacional.
- d) A *suppressio* (*Verwirkung*) consiste na perda de uma situação jurídica em razão da inércia do seu titular, cujo comportamento omissivo tenha suscitado na contraparte a legítima expectativa de que não mais a exerceria. Pauta-se no decurso do tempo sem o exercício de um direito, bem como em indícios objetivos de que este não mais seria exercitado, sendo irrelevante a verificação de culpa ou de qualquer outro aspecto subjetivo quanto a esta inação. Na *suppressio*, o elemento temporal é integrado pela conduta omissiva do titular do direito – que se comporta como se não o tivesse ou como se não quisesse exercitá-lo –, pela confiança gerada na contraparte e pelo desequilíbrio advindo do seu exercício superveniente.
- e) A *suppressio* é uma subespécie da vedação ao *venire contra factum proprium*, na medida em que reprime a contradição à inatividade do titular de uma posição jurídica, destacando-se o decurso do tempo como componente do *factum proprium*, porquanto as expectativas despertadas na contraparte são pautadas na continuidade do comportamento inativo do sujeito, do não exercício de um direito que este possui.
- f) A *surrectio* (*Erwirkung*) constitui a própria vantagem adquirida pela contraparte com a consumação da *suppressio*. Em sentido próprio ou estrito, consiste na aquisição de uma permissão específica, de um direito subjetivo; em sentido amplo, trata-se de uma permissão genérica de atuação, da liberação dos limites antes impostos pela situação jurídica suprimida com base

na boa-fé. Assim, o titular-exercente tem o seu direito limitado, ou mesmo extinto, devido à incompatibilidade com o surgimento de novo direito na esfera jurídica do confiante.

- g) O padrão de comportamento ético e leal que se extrai do princípio da boa-fé deve conduzir a atuação de todos os sujeitos do processo. Hoje, os institutos processuais são informados por forte carga valorativa, notadamente de cunho constitucional, afastando-se a idéia de um processo civil marcado pelo tecnicismo e pelo formalismo estéril. O princípio da cooperação ganha destaque diante desta concepção de relação processual, em que o contraditório se apresenta como uma manifestação democrática de exercício do poder.
- h) Associada aos princípios do contraditório e da cooperação, a boa-fé objetiva se ampara na cláusula do devido processo legal, imprimindo conteúdo ético ao processo civil, ao reprimir o exercício inadmissível de poderes processuais, representado por atos contraditórios e desleais. À luz do princípio da boa-fé, não se admite que um sujeito surpreenda os demais com condutas que, embora formalmente fundamentadas, sejam contrárias aos princípios de proteção da confiança e de lealdade que devem informar a relação jurídica processual.
- i) O princípio da cooperação está intimamente ligado à boa-fé objetiva, na medida em que se contrapõe a um debate processual obscuro, contrário ao dever de lealdade entre os sujeitos do processo e, por conseguinte, ao devido processo legal. Processo devido é processo sem surpresas, sem “cartas na manga”, informado por uma relação jurídica clara, que proporciona a ampla defesa e a efetiva possibilidade de as partes influenciarem nas decisões judiciais, bem como evita a decretação de nulidades processuais.
- j) O princípio da boa-fé objetiva está implícito no sistema de preclusões, haja vista a fixação de limites para a atividade dos atores processuais, vedando-se o exercício de poderes preclusos, independentemente da intenção do agente. A preclusão contribui para a condução da relação jurídica processual segundo um padrão de comportamento leal, honesto e de colaboração, pois o procedimento se torna previsível para seus participantes, estando apto a amparar a previsão de confiança suscitada em cada sujeito do contraditório.
- k) À luz do princípio da boa-fé, impõe-se a realização de um processo transparente, sem surpresas, não sendo admitidas práticas desleais, como sói ocorrer quando as partes, estrategicamente, reservam argumentos e elementos de prova para apresentar em fases mais avançadas do procedimento. A paridade de armas no processo, decorrente dos princípios da isonomia e do contraditório, é garantida, portanto, pela incidência da preclusão, cujo fundamento último tem origem no princípio da boa-fé.

- l) Ao impedir o exercício de condutas incompatíveis, a preclusão lógica resguarda a confiança e a boa-fé dos sujeitos do processo, consagrando a vedação ao *venire contra factum proprium* no sistema jurídico processual.
- m) Embora o regime jurídico da preclusão lógica não tenha contemplado a extinção de poderes processuais por incompatibilidade com a *omissão* anterior do agente, o exercício tardio de um ato processual, contraditório à prolongada inércia do seu titular, também pode ser fulminado pela incidência da preclusão, com amparo na cláusula da boa-fé objetiva.
- n) A *suppressio* processual consiste numa preclusão lógica fundada no princípio da boa-fé, porquanto o poder que se quer exercer é incompatível com a inação anterior do titular, restando impedido por contrariar a expectativa legítima dos demais sujeitos do processo, de que não mais seria praticado.
- o) A aplicação da *suppressio* processual sempre deverá ser precedida por um juízo de ponderação entre as formas jurídicas, que buscam imprimir certeza e objetividade ao procedimento, e o princípio da boa-fé objetiva, indispensável para resguardar a lealdade e a cooperação entre os sujeitos processuais, garantindo a realização do devido processo legal.
- p) A invalidação (*nullidade* ou *anulabilidade*) é sanção que se aplica ao ato jurídico defeituoso, devendo sempre resultar de um juízo valorativo, com a ponderação entre valores tradicionalmente sacralizados e a boa-fé objetiva.
- q) A vedação ao *venire contra factum proprium* é regra que rege o sistema de invalidades processuais, impedindo a impugnação aos atos jurídicos defeituosos, com fundamento no princípio da boa-fé. A proibição de comportamento contraditório não se limita aos casos de *anulabilidade*, devendo ser aplicada, também, quando o agente suscitar a *nullidade* do ato jurídico em contradição com sua postura anterior.
- r) O princípio da boa-fé representa um contrapeso ao dogma das questões de ordem pública, pois a invalidação de atos processuais não pode resultar do exercício de condutas incoerentes, frustrando a confiança gerada nos demais sujeitos quanto à regularidade do procedimento. Controlar a admissibilidade do processo, após longo decurso de tempo e superação de fases processuais, configura *venire contra factum proprium* em relação à inação anterior do juiz, devendo incidir a *suppressio* sobre este poder processual, sob a forma de preclusão lógica.
- s) Devido à confiança suscitada pelo magistrado quanto à regularidade do procedimento, as partes adquirem, por *surrectio*, o direito de ver examinado o mérito da demanda, daí decorrendo a extinção, por *suppressio*, do poder judicial de controlar a admissibilidade do processo.

- t) O princípio da boa-fé objetiva tempera o formalismo excessivo, obstando a invalidação do ato processual – ou do procedimento como um todo – quando o reconhecimento do vício resulte de comportamento desleal e contraditório. Não há dúvidas de que a efetiva solução do conflito, considerando a confiança depositada pelos sujeitos na regularidade do procedimento, é questão de ordem pública tão relevante quanto o exame das condições da ação e dos pressupostos processuais, de modo que o dever de julgar o mérito – ou o direito de vê-lo resolvido – somente poderá ser afastado quando houver obstáculo formal intransponível.
- u) Da ponderação de interesses entre a boa-fé e a segurança jurídica, poderá resultar a decretação de invalidade do ato defeituoso, desconstituindo ou não os efeitos até então produzidos, ou a sua manutenção no ordenamento jurídico, com plena eficácia.

11. BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- ÁVILA, Humberto. “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Daniel Sarmento (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.
- CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.
- DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29.
- _____. “O princípio da cooperação: uma apresentação”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 127.
- _____. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”. *Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto*. Cristiano Chaves de Farias (coord). Salvador: JusPODIVM, 2007.
- _____. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, v. 146, abril de 2007.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 1.

- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil – teoria geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006.
- GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. “O princípio da boa-fé objetiva”. *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999
- _____. *Comentários ao novo Código Civil – do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. II.
- _____. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: LEX, 1997.
- THEODORO JR., Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, v. 784, fevereiro de 2001.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

