



Artigos

LAS SENTENCIAS JUDICIALES EN AMERICA LATINA

Angélica Cuéllar Vázquez

Professora titular da Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da
Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM)

O presente texto propõe-se a relatar estudos realizados, a partir de um ponto de vista sociológico, na América Latina (em especial na Guatemala, México, Colômbia) e Espanha sobre as sentenças judiciais, ressaltando-se a importância dos referidos trabalhos empíricos para uma melhor compreensão a atividade do juiz.

RESUMEN

En este ensayo trataré de hacer un recuento de algunos estudios que se han propuesto analizar las sentencias y/o decisiones judiciales desde un punto de vista sociológico en algunos países de América latina.

En este recuento, trataré de observar las vertientes teóricas que han asumido sus autores y también la propuesta de análisis que proponen, con el objetivo de tener un panorama de este tipo de análisis en la región latinoamericana y poder calibrar qué clase de análisis se han hecho. Para terminar, haré una sucinta propuesta teórica para el análisis de las sentencias judiciales que he venido trabajando en los últimos años.

PALABRAS LLAVE

Sentencia Judicial. Análisis Sociológica. Construcción Social

El estudio de las sentencias judiciales en América latina no se ha desarrollado suficientemente. Sin embargo, desde mi punto de vista, este análisis se vuelve crucial para entender la forma en que los jueces elaboran sus resoluciones y con ello, entender el grado de maleabilidad del derecho en manos de sus operadores. Ese grado de maleabilidad, como veremos, no es el resultado solamente de la influencia del poder político sobre los jueces y demás operadores jurídicos. Como trataremos de argumentar, son muchas y de muy diversa naturaleza las influencias que juegan en las decisiones judiciales en las sentencias. Observar como los jueces reciben esas influencias o mensajes y también como sus valores y subjetividades entran en juego o simplemente como los

jueces reproducen ciertos patrones en sus resoluciones, es un tema sociológico de gran interés e importancia.

Las sentencias o decisiones judiciales son el resultado de largos procesos, y como veremos enseguida, en estos procesos de *construcción social* y quiero subrayar lo de construcción social, intervienen tanto los “mensajes” tácitos o no, que reciben e interpretan los jueces, como su subjetividad, su historia, su posición social y dentro de los cuerpos judiciales, etc.

Para algunos autores como el peruano Luis Pásara “...la calidad de los jueces sólo puede ser verazmente evaluada a través del estudio de sus decisiones.”¹

Este autor, realizó un interesantísimo diagnóstico de los jueces en Guatemala a partir de un análisis de 494 sentencias en materia civil, penal y familiar. Los elementos de la decisión judicial analizados en esta muestra fueron:

- a) Aspectos de forma
- b) Tratamiento de la materia probatoria
- c) Fuerza y capacidad persuasiva de la decisión ²

Para la elaboración del análisis, se elaboraron distintas fichas de análisis para detectar en las sentencias los elementos apuntados así como una encuesta aplicada a 43 jueces.³

En el análisis que realizó Luis Pásara y su equipo de investigación sobre resoluciones judiciales en materia penal, en cuanto al primer punto, aspectos formales, se resaltó lo siguiente:

En cuanto a la formulación de los hechos, en los textos de las sentencias analizadas resaltaron dos fenómenos opuestos. Por un lado, se encontraron sentencias en las cuales existía una repetición de los hechos en la misma sentencia y por otro, la insuficiente o nula presentación de los mismos.

Para los autores, la repetición de los hechos de manera idéntica o muy similar ofrece una lectura muy tediosa y poco comprensible de la decisión judicial. En lo que se refiere a la formulación de los hechos de manera insuficiente o a veces nula no queda claro en muchos casos analizados cuál fue el hecho juzgado bajo el nombre genérico de “falta contra las buenas costumbres.”⁴

¹ PÁSARA, Luis. *Las decisiones judiciales en Guatemala*. Un análisis de sentencias emitidas por los tribunales. Guatemala: MINUGUA, 2000.

² *Ibid.* p. 19.

³ En este artículo mencionaremos sólo los resultados del análisis de las sentencias en materia penal, pero hay que mencionar que el estudio comprende también sentencias en materia civil y familiar.

⁴ *Ibid.* p. 81-82.

Otro elemento observado en las sentencias en materia penal fue la no referencia explícita a las normas utilizadas en el razonamiento de las sentencias.

El último aspecto observado en este punto fue el uso de “machotes” o de formularios previamente elaborados. En muchas sentencias, sobre todo en las de justicia de paz apareció una especie de esqueleto de la sentencias en las que lo que se integraba eran los datos del proceso en cuestión; se encontraron por tanto, fórmulas e invocaciones legales idénticas o muy similares. Este fenómeno provoca lo que los investigadores llaman “una desindividualización del juzgamiento y de la decisión proferida en el caso concreto, lo que significa que se condena, no a un sujeto responsable de un acto determinado o específico, sino un tipo de acción cuyas características particulares importan tan poco que incluso pueden ser omitidas.”⁵

En lo que se refiere al segundo punto, tratamiento de la prueba, en las sentencias penales analizadas se encontró que éste fue el aspecto con insuficiencias más graves. Las deficiencias encontradas fueron prueba insuficiente e inadecuado análisis de la prueba. En cuanto al primer punto, insuficiencia de la prueba, se constató que en un número considerable de las sentencias analizadas, hubo ausencia de referencia a los contenidos de los medios probatorios. En cuanto a la insuficiencia de pruebas para dictar sentencia, los investigadores observaron como consecuencia en algunos casos, una sentencia condenatoria.⁶ Y también se encontraron casos en los cuales la única prueba disponible fue la declaración de los agentes captores.

Otro aspecto encontrado en este rubro sobre el tratamiento de la prueba fue el inadecuado análisis y razonamiento de la misma.

En lo que respecta a la decisión judicial, las sentencias analizadas por Pásara y su equipo observaron la carencia de dos elementos indispensables en las sentencias:

1. La carencia de capacidad persuasiva en la decisión.
2. La actitud pasiva del juzgador.⁷

Sobre el primer elemento, las conclusiones generales del estudio apuntan a “una falta de claridad, precisión y/o prolijidad en la redacción.”⁸ Sin embargo, otra conclusión sobre este rubro y que para el autor resulta preocupante es “... (la) ausencia de los hechos materia de juzgamiento o una consideración manifiestamente insuficiente de los mismos”.⁹

⁵ Ibid. p. 87.

⁶ Ibid. p. 90.

⁷ Ibid. p. 111.

⁸ Ibid. p. 164.

⁹ Ibidem.

Y más adelante el estudio de Pásara concluye:

El caso más grave fue el que se constató en las sentencias de la justicia de paz penal, en muchas de las cuales los hechos relativos a faltas ni siquiera eran referidos. En lugar de los hechos, esas decisiones se limitaron a consignar el tipo penal respectivo, sin aludir en modo alguno al hecho concreto imputado al procesado. Por esta vía, la condena resultante parece ser, no la que recae sobre un sujeto determinado, responsable de un acto específico, bajo circunstancias particulares, sino una que sanciona un tipo de acción cuyas características específicas importan tan poco que incluso pueden ser omitidas.¹⁰

Otra deficiencia observada en la mayoría de las sentencias del estudio referido, fue la ausencia de referencia expresa a normas, lo que impedía observar qué disposiciones legales eran utilizadas por los jueces en sus resoluciones. Aparecieron también las sentencia “machote”, que hace presumir el uso de un formulario elaborado antes de la sentencia. Sobre la interpretación y razonamiento judiciales, el estudio mostró que muchas sentencias se agruparon en dos polos, ambos insatisfactorios: a) casos en los que se condenó sin prueba suficiente y b) casos en los que se consideraba haber falta de pruebas y se dejaba sin resolver un conflicto social.¹¹

El estudio de Pásara, interesante sin duda, pues empíricamente nos muestra las deficiencias de las sentencias analizadas, no incorpora sin embargo una reflexión teórica ni un contexto que nos indique cuáles son los reglamentos a los cuales está sujeto el juez en Guatemala. Sus conclusiones, son de cualquier modo muy ilustrativas: el juez en Guatemala no conoce bien su Constitución y por ende no la utiliza en sus resoluciones y el grueso de las sentencias no están desde el punto de vista jurídico, suficientemente argumentadas.

A conclusiones muy parecidas a las de Luis Pásara son a las que llega José Trejo al realizar un estudio sobre la forma en que deciden y argumentan los jueces en una muestra 112 de sentencias penales por robo calificado en México. Trejo destaca en su estudio que “el derecho penal aplicado, responde y funciona con relación a unas circunstancias políticas, económicas, culturales y sociales específicas y dicha aplicación se expresa en un lenguaje en el que se simboliza la impartición de justicia.”¹²

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibid. p. 167.

¹² TREJO, José. La aplicación del derecho penal en los jueces mexicanos En CUÉLLAR, Angélica; CHÁVEZ, Arturo. (Coord.). *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM/ Ediciones Coyoacán, 2003. p. 148.

Citando a Wróblewski, Trejo nos dice que “en el sentido en que los factores que restringen los márgenes de maniobra, de libertad de elección para asignar el significado, la aplicación y las consecuencias de la norma, a final de cuentas determinan sólo la dirección de la decisión, pero no el contenido de la decisión concreta.”¹³ Y continúa así su reflexión: “Esta conclusión - se refiere a Wróblewski - me parece trascendental, porque como he mostrado con los ejemplos citados, los jueces, en efecto, conducen su decisión bajo determinados lineamientos legales, pero ellos no les indican el sentido esencial hacia el cual deben dirigir su sentencia, sino exclusivamente encaminan sobre la forma en que deben asumir su determinación, pues como indica este autor, ideológicamente sólo se enumeran tales factores, sin especificar el peso que debe darse a cada uno de ellos y porque la aceptación de determinada ideología depende, en parte al menos, de los valores que acepte el juez como base de su actividad y esta aceptación de valores, depende de sus propias opciones, por lo menos en la medida en que tiene la posibilidad de aceptar varios valores, en el contexto en el que actúa como juez.”¹⁴

Las conclusiones de José Trejo apuntan también a una deficiente formación jurídica de los jueces, y a un incumplimiento de la reglamentación que en materia de sentencias mantiene el derecho penal mexicano.

Un estudio pionero en el tema y que inaugura el análisis de las decisiones judiciales desde una perspectiva sociológica tomando como fuentes teóricas el constructivismo y el interaccionismo simbólico, es el vasto trabajo de Germán Silva en Colombia.

En su obra *El mundo real de los abogados y la justicia*, en el tomo III, que lleva el subtítulo de *La administración de justicia*, el autor hace un análisis de la forma en que los jueces construyen sus sentencias y toman sus decisiones.

En su análisis, el autor observa no sólo los lineamientos jurídicos que en Colombia han regulado la elaboración de las sentencias sino también como en el proceso de construcción de las sentencias, los jueces involucran preferencias ideológicas, valores y hasta cálculo político.

Inicia su estudio recordando como se ha pretendido someter a un estricto escrutinio el actuar de los jueces y nos dice: “Las reglas jurídicas clásicas, pertenecientes a la tradición del derecho continental, proscriben como ajenas al derecho e inconducentes las consideraciones subjetivas del juez, lo que valdría también para el fiscal. El operador de la justicia debe encontrar en la norma legal, a la que se encuentra subordinado, los fundamentos de su resolución.”¹⁵

¹³ Ibid. p. 158.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ GARCÍA, Germán Silva. *El mundo real de los abogados y la justicia*: La administración de justicia. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia /ILSA - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2001. p. 13.

En esta parte de su interesante trabajo, Silva observa como se han querido definir los modelos de jueces desde el arribo de la modernidad e identifica tres tipos ideales del operador jurídico. En primer lugar está el juez oráculo del derecho como aquél operador que está sujeto al texto; el segundo tipo mencionado por Silva es al que llama interprete del derecho, pero que debe estar sujeto a reglas rígidas y restrictivas; el tercer tipo es el creador de derecho a partir de normas jurídicas especialmente constitucionales. Sin embargo, como bien menciona Silva, en ninguno de estos tipos ideales, el operar jurídico en la realidad, es decir los jueces dejan fuera sus preferencias e inclinaciones valorativas e ideológicas.¹⁶

Podemos decir con Germán Silva, que no sólo ha existido un veto para la interpretación y creación del derecho por parte de los jueces expresada en todas las reglamentaciones de sus funciones, sino que en los sistemas de justicia tanto del *common law* como en la tradición románica, ha existido la preocupación expresa para impedir que las decisiones judiciales se contaminen con la subjetividad de los juzgadores.

En Latinoamérica, nos dice nuestro autor, la república representó en el siglo XIX un ámbito propicio para la racionalización del derecho que por medio de la codificación de las leyes pretendía, de acuerdo a las tendencias europeas, simplificar el derecho y otorgar una mayor certeza a las normas y a las decisiones.¹⁷ Y más adelante nos dice:

La codificación, con la sistematización y precisión del ordenamiento normativo, las prohibiciones al juez de interpretar la ley o de interesarse por sus efectos sociales, así como los controles por el Ejecutivo y el Legislativo a las sentencias, y luego el control jerárquico al interior del poder judicial, procuraban amarrar las decisiones judiciales al formalismo legal, suministrando la seguridad jurídica mentada en beneficio de la estructura económica.¹⁸

Más adelante, Silva hace una interesante presentación y análisis de lo que constituyen los pasos que lleva la construcción de una sentencia de acuerdo a modelos desarrollados por tres autores europeos: el español Santamaría, el noruego Johnsen y el polaco Wróblewski. Con los modelos propuestos por estos autores, Germán Silva desarrolla un esquema para analizar la forma en que se construye una decisión judicial de la siguiente manera:

¹⁶ Ibid. p. 14.

¹⁷ Ibid. p. 18.

¹⁸ Ibid. p. 18-19.

1. Problematicación y preconcepto
2. Extracción de los hechos relevantes
3. Selección y recopilación de normas pertinentes
4. Elección de un sistema de interpretación
5. Análisis conjugado de normas y hechos para su estructuración
6. Preferencia por un modo de argumentación
7. Cálculo de oposición y consecuencias, selección de una estrategia
8. Elección de una sanción

Es muy interesante observar como se reconoce de entrada un preconcepto, es decir una primera idea obviamente permeada por la subjetividad del juez. Lo que nos interesa observar es hasta dónde y con qué parámetros esta primera idea o preconcepto se transforma para terminar en una *verdad jurídica*. Ya con la asunción de que los jueces inician su tarea con una problematicación o preconcepto, Silva propone que las sentencias son una construcción social.

El esquema que propone el autor, permite observar la decisión judicial dentro de pautas que se pueden considerar jurídicas y otras “inserciones” de algunas impresiones que denotan las preferencias ideológicas de los jueces.¹⁹

No puedo dejar de citar aquí el trabajo realizado por César Manzanos, que realizó un estudio a partir de organizar grupos de discusión con jueces en la ciudad de Bilbao, España. Los resultados de este estudio, son por demás representativos de la forma en que los elementos subjetivos de los jueces intervienen en sus decisiones. Manzanos nos dice en su trabajo lo siguiente:

Así pues, hemos de partir de la gran influencia que en las decisiones judiciales tienen la extracción social del inculcado para poder interpretar correctamente cuál es la lógica real de aplicación del derecho por parte de sus operadores, más allá de la lógica teórica o formal, y más concretamente, para interpretar con precisión en función de que variables se hace efectiva la garantía del derecho a la defensa o a un juicio imparcial.

A continuación Manzanos cita lo que expresó un juez al respecto: “Un juez nunca se va a sentir cerca de guineanos o heroinómanos, en cambio se va a poder sentir cerca de lo que te ha pasado a tí porque a él le puede pasar tres cuartos de lo mismo...”²⁰

¹⁹ Ibid. p. 48.

²⁰ MANZANOS, César. *Factores sociales que inciden en las decisiones judiciales*: Investigar sobre los jueces para democratizar la justicia. En CUÉLLAR; CHÁVEZ, op. cit, p. 137-138

De los estudios reseñados aquí, y con un trabajo propio sobre una sentencia judicial al que haremos alusión al final de este artículo, podemos hacer algunas reflexiones y destacar algunas coincidencias.

El minucioso estudio de Pásara en Guatemala, coincide mucho con las conclusiones del trabajo de José Trejo en México. En ambos casos se observaron deficiencias argumentativas por parte del juez, la estructura similar de muchas sentencias lo que habla de la existencia de “machotes” o formularios previamente elaborados. Ambos reconocen también la pasividad de los jueces y la falta de argumentación para aplicar las penas y en el caso de Guatemala, la falta de conocimiento de la Constitución por parte de los jueces.

José Trejo además reconoce apoyado en Wróblewski que el sentido de la decisión de los jueces está acotada por determinados lineamientos legales, pero éstos no indican el sentido de la sentencia. Nos dice Trejo que en el sentido de la sentencia intervienen los valores del juez así como el contexto en el cual está inmerso.

Estas conclusiones nos sugieren algunas reflexiones:

1. Que existe un cierto perfil del juez tanto en México como en Guatemala.
2. Este perfil del juez tiene que ver con su formación, con una *forma aprendida* de resolver.

Esta forma aprendida de resolver, desde el punto de vista sociológico, es una forma de actuar, es una *acción social*.

Por caminos diferentes, el vastísimo estudio de Germán Silva alude a la *construcción social* de las sentencias. Silva resalta primero que el juez cuando hace una sentencia no “aplica” simple y llanamente la ley, sino que hay un proceso de interpretación el cual está mediado por su subjetividad. Silva incorpora un cuerpo teórico muy interesante y concluye que la decisión judicial se apoya tanto en lineamientos jurídicos como en preferencias ideológicas.

A conclusiones similares llega de César Manzanos en su estudio elaborado a partir de entrevistas y de grupos de discusión con jueces en la ciudad de Bilbao, España. Aunque si análisis no corresponde a un país latinoamericano, es interesante observar las similitudes con los análisis referidos anteriormente: en las resoluciones judiciales juegan los valores y la ideología de los jueces.

²¹ CUÉLLAR, Angélica. *La justicia sometida: Análisis sociológico de una sentencia*. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/ Miguel Ángel Porrúa, 2000.

²² Ibid.

En el análisis sociológico de una sentencia judicial²¹, propusimos la categoría de *experiencia judicial*, para dar cuenta de: “el conjunto de experiencias subjetivas que un individuo forma a lo largo de su vida y de su carrera”²²

En ese libro sostuve que sólo una categoría sociológica nos puede ayudar a comprender cómo con expedientes iguales, pude haber resoluciones diferentes. Si los jueces interpretan de acuerdo a una reglamentación rigurosa, ¿cómo es posible que se haga una valoración diferente de los elementos que constituyen un expediente? ¿Qué hace posible que un juez pueda identificar un determinado signo en un expediente y sepa lo que se *quiere de él*? ¿Cómo puede descifrar esos códigos? Creo que detrás de estas preguntas está la idea de analizar las sentencias judiciales como acciones sociales, en un tiempo y en un espacio determinados y con consecuencias buscadas o no por los operadores jurídicos.

En este campo, no hay todavía una producción teórica importante que permita construir categorías sociológicas para el análisis de estos problemas. Sin embargo, el trabajo empírico realizado es muy rico y muy alentador y ha permitido plantear una buena agenda de problemas entre los cuales la búsqueda teórica es sin duda crucial.

A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 515, § 3º, DO CPC

Aline Aparecida de Paula

Técnico Judiciário do 3º Juizado Especial Federal

RESUMO

O presente trabalho visa a realizar um estudo pormenorizado das conseqüências advindas com a inserção do § 3º ao art. 515 do CPC, trazida pela Lei nº 10.352/2001. Tal dispositivo parece se coadunar com as ondas renovatórias do processo civil, mister com a “terceira onda”, relativa à celeridade processual.

Ao se considerar, entretanto, que há quem venha ventilando o entendimento pela inconstitucionalidade do novel dispositivo, por pretensamente ferir o duplo grau de jurisdição, procurou-se com o presente trabalho averiguar se tal posicionamento procede, a partir de critérios técnicos e objetivos.

PALAVRAS-CHAVE

Duplo Grau de Jurisdição. (In)Constitucionalidade. Celeridade Processual

SUMÁRIO

1. Introdução 1.1 Apresentação do tema. Generalidades 1.2 Plano de trabalho
2. Marco Teórico 2.1 Considerações prévias 2.1.1 O princípio do duplo grau de jurisdição 2.1.2 O princípio da celeridade processual 2.2 A ponderação de interesses
3. O recurso de apelação 3.1 Considerações gerais 3.2 *Error in judicando* e *error in procedendo* 3.3 Dos efeitos do recurso de apelação 3.4 O art. 515, § 3º, do CPC
4. A viabilidade do art. 515, § 3º, do CPC na atual sistemática recursal brasileira 4.1 A constitucionalidade do art. 515, § 3º 4.1.1 A ponderação entre os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual 4.1.2 O art. 515, § 3º, do CPC e a moderna concepção do direito de ação 4.1.3 Outras mitigações ao princípio do duplo grau de jurisdição e ao direito de recurso 4.1.4 Hipóteses em que o processo se encontrará “maduro” para julgamento em sede do art. 515, § 3º, do CPC - a cumulatividade entre os requisitos de se tratar de questão de direito e de estar em condições para o imediato julgamento 4.2 Implicações do art. 515, § 3º, do CPC 4.2.1 A insuficiência da distinção entre *error in procedendo* e *error in judicando* para fins de caracterização do art. 515, § 3º, do CPC 4.2.2 Deve a norma do art. 515, § 3º, ser aplicada *ex officio*? 4.2.3 *Reformatio in pejus*? O efeito translativo do art. 515, § 3º, do CPC
5. Conclusão 6. Bibliografia

1. Introdução

1.1 Apresentação do tema. Generalidades

A morosidade da prestação jurisdicional mostra-se, atualmente, como um dos maiores problemas a ser solucionado pelo Estado. O acesso à justiça deve se traduzir não apenas na facilitação do ingresso, mas, também, em uma prestação célere e eficaz, com vistas à efetividade do processo. Nesse contexto, o afogamento do Judiciário, que está abarrotado de lides semelhantes pendentes de decisão, de um lado, e que conta com um sistema procedimental em muitos aspectos obsoleto, de outro, leva a uma morosidade da prestação jurisdicional, pondo em xeque a moderna noção de direito de ação.

Desde 1993, o Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vem passando por reformas, consubstanciadas em várias leis, a fim de se corrigirem problemas e imperfeições técnicas há muito apontadas pela doutrina e jurisprudência, além de melhor conformarem a sistemática processual à realidade pretoriana.

Sendo assim, com vistas a alterar a sistemática dos recursos cíveis, visando, dentre outros aspetos, a conferir-lhe maior celeridade, foi editada, em 26 de dezembro de 2001, a Lei nº 10.352, também chamada por alguns doutrinadores de “a reforma da reforma”. Dentre os dispositivos alterados, destaca-se o artigo 515, que recebeu o acréscimo do § 3º. Com a inserção deste, possibilita-se, a partir de então, que, em sede de apelação, o tribunal conheça sobre o mérito da causa, mesmo que o juízo *a quo* tenha proferido sentença terminativa (CPC, art. 267). Com isso, questiona-se se restou ofendido o princípio do duplo grau de jurisdição, o que revela a importância da discussão acerca de sua previsão constitucional, e, conseqüentemente, indaga-se se tal reforma processual é inconstitucional.

Ora, antes da Lei nº 10.532/01, em face de recurso de apelação contra sentença terminativa, caso o tribunal afastasse irregularidade reconhecida em primeiro grau, deveria retornar o processo ao juízo *a quo* para que o mérito fosse analisado, em razão do duplo grau de jurisdição. Tal expediente favorecia, à evidência, a morosidade na prestação judiciária.

Por outro lado, com a Emenda Constitucional nº 45, o princípio da celeridade processual, ou da “duração razoável do processo”, ganhou *status* de princípio constitucional explícito, merecendo ser cotejado, em face do art. 515, § 3º, do CPC, com o princípio do duplo grau de jurisdição, que possui guarida constitucional, ainda que seja princípio constitucional implícito. A técnica a ser utilizada para tal sopesamento, que se constitui também no nosso marco teórico, é a Ponderação de Interesses, tal como formulada por Alexy e desenvolvida, no Brasil, por Daniel Sarmento.

A defesa da constitucionalidade do art. 515, § 3º, do CPC, bem como a elucidação das hipóteses em que se impõe a sua aplicação, objeto do presente trabalho, visa a “desmistificar” o princípio do duplo grau e a elaborar um critério para a aplicação do dispositivo legal de acordo com os princípios albergados no sistema processual brasileiro.

No meio social, o reflexo imediato do julgamento imediato pela instância superior do mérito da causa, quando o juízo *a quo* não o faz, é o deslinde da causa de forma mais rápida, propiciando ao jurisdicionado resultados mais céleres, sem que tal expediente configure prejuízo para a parte, uma vez que sua aplicação só ocorrerá com as denominadas “causas maduras”, ou seja, que já se encontram aptas para serem julgadas.

O que se pretende defender é que, como o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio destinado à obtenção de direitos, não deve ir além dos limites necessários à sua finalidade. Muitas matérias já se encontram pacificadas nos tribunais - como, por exemplo, na Justiça Federal, as questões relativas a expurgos inflacionários -, mas muitos juízes de primeiro grau, em lugar de decidirem imediatamente a causa, extinguem o processo sem julgamento de mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença e devolver os autos à origem para que o processo seja julgado no mérito. Não raras vezes, tais feitos já se encontram devidamente instruídos, comportando imediato julgamento da causa, nos termos do art. 330 do CPC. Mas o julgador, por apego às formas, por vezes parece se esquecer de que o mérito constitui a razão primordial do próprio processo.

1.2 Plano de trabalho

Em que se pese sua riqueza teórica e importância prática, a Ponderação de Interesses ainda não goza na doutrina e jurisprudência da importância que deveria ter, como meio hábil de solucionar lides que envolvem embates principiológicos, comuns em sociedades pluralistas como a nossa.

Tal conflito é vislumbrado no art. 515, § 3º, do CPC, criado pela Lei nº 10.532/01, e deve ser solucionado de forma segura e racional pela utilização da Ponderação de Interesses, a fim de que se dê a merecida aplicação prática ao novel dispositivo legal em comento. Afinal, um dispositivo legal que tanto favorece a celeridade processual não pode deixar de ser aplicado sob o pretexto de pretensa inconstitucionalidade.

Assim, o presente estudo visa a sistematizar a análise do art. 515, § 3º, do CPC com vistas a comprovar sua constitucionalidade.

No 2º capítulo, discorre-se sobre os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual, para em seguida minudenciar a técnica da Ponderação de Interesses.

No capítulo 3º, o recurso de apelação é comentado em seus mais relevantes aspectos, explicitando-se, em seguida, a inovação trazida pela Lei nº 10.352/01 com a inserção do § 3º ao art. 515 do CPC.

Já no 4º capítulo, defende-se a constitucionalidade do art. 515, § 3º, apontam-se as falhas de raciocínio daqueles que propugnam pela sua inconstitucionalidade e definem-se as hipóteses em que cabe a aplicação prática do citado dispositivo. Além disso, uma vez constatada a sua viabilidade, discorre-se sobre as principais conseqüências derivadas de sua aplicação para a sistemática recursal brasileira.

Na conclusão, serão sintetizadas as proposições centrais defendidas durante todo o estudo.

Por fim, consignamos que não é o objetivo do presente artigo esgotar o tema, haja vista que este é potencialmente capaz de fazer suscitar novas discussões no momento da sua aplicação prática, até então não vislumbradas.

2. Marco Teórico

2.1 Considerações prévias

O marco teórico do presente trabalho se encontra na Teoria da Ponderação de Interesses, que cresce em importância no Direito Brasileiro como instrumento de conformação de princípios constitucionais que se mostrem colidentes no caso concreto. Entretanto, antes de se passar a uma análise detida do assunto, é necessário que se façam algumas considerações acerca dos princípios que potencialmente se contrapõem em sede da norma prevista no art. 515, § 3º, do CPC, quais sejam, o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da celeridade processual.

2.1.1 O princípio do duplo grau de jurisdição

Trata-se de princípio acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive o brasileiro, segundo o qual permite-se a revisão, por via de recurso, das causas já julgadas em primeiro grau (ou primeira instância), por parte dos órgãos de “jurisdição superior”, ou de segundo grau, ou, ainda, de segunda instância (GRINOVER, 2005, p. 75-76). Há quem distinga o princípio do duplo grau do princípio do duplo exame, como Sergio Bermudes (BERMUDES, 1996, p. 12), para quem a incidência do duplo grau implica que a decisão judicial seja revista por órgão diverso e hierarquicamente superior àquele que a prolatou, ao passo que, quando se fala de duplo exame,

a decisão é revista pelo mesmo órgão que a proferiu.¹ Tal distinção merece relevo, pois, na verdade, é justamente a possibilidade de revisão por juízo diverso que diferencia o duplo grau do direito de recurso: a garantia do recurso se satisfaz com a mera re-análise da matéria impugnada. Para satisfazer o duplo grau, deve haver revisão por órgão diverso do que prolatou a decisão.

Também foge ao enfoque que se pretende dar a este trabalho adentrar nas discussões acerca das vantagens e desvantagens da aplicação do duplo grau, questões apontadas desde longa data, mesmo porque, sem desmerecer o debate, mostra-se inafastável o reconhecimento da falibilidade humana, motivo que, por si só, já enseja a aplicação do duplo grau. Cabe, apenas, argumentar se tal princípio, uma vez acolhido pelo ordenamento jurídico, também não admite mitigações.

Outra discussão acalorada acerca do tema - esta, sim, relevante para o presente trabalho - é se o princípio do duplo grau de jurisdição possui guarida constitucional. Fora a Constituição do Império de 1824, as demais constituições brasileiras não previram expressamente o referido princípio, limitando-se a mencionar a existência de órgãos jurisdicionais com competência recursal. Na Constituição de 1988, tal previsão ocorre no artigo 93, III, que prevê a existência de órgãos jurisdicionais de segundo grau, sob a denominação de tribunais, além dos demais dispositivos que atribuem competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, II; 105, II; e 108, II).

Embora o STF venha se posicionando pela falta de previsão constitucional ao princípio do duplo grau², opta-se no presente pelo entendimento segundo o qual se está diante de um princípio constitucional implícito, que tem como princípio-fórmula o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), postulado do Estado de Direito³.

¹ Em sentido contrário, entendendo que não é necessário que o segundo julgamento seja realizado por órgão diverso ou hierarquicamente superior àquele que realizou o primeiro exame, para que se esteja diante do princípio do duplo grau de jurisdição: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª Edição. São Paulo: RT, 2004, pág. 39-40.

² “Depósito, para recorrer administrativamente, do valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão recorrida. - Inexistem as alegadas ofensas aos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição. - Com efeito, em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição. Por isso mesmo, também o Plenário deste Tribunal, ao indeferir a liminar requerida nas ADIMCs 1.922 e 1.976, se valeu desse entendimento para negar a relevância da fundamentação da inconstitucionalidade, com base nesses dois incisos constitucionais acima referidos, da exigência, para recorrer administrativamente, do depósito do valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão recorrida. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE nº 346.882 / RJ - RIO DE JANEIRO - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 5/11/2002. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicado em: DJ 7-2-2003).

³ Saliente-se, contudo, que há entendimento em contrário. Segundo Oreste Nestor de Souza Laspro, o princípio do duplo grau de jurisdição não é consectário do devido processo legal, mas, ao contrário, ofende o acesso à justiça. Cf. SOUZA LASPRO, Oreste Nestor de. Duplo grau de jurisdição no processo civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 158.

Daniel Sarmento lembra que o ordenamento constitucional não se resume ao somatório de todos os dispositivos inscritos no texto da Constituição, mas, enquanto sistema aberto, deve refletir os valores fundamentais partilhados por determinada comunidade, ao lado das decisões políticas mais importantes de uma nação. Assim, obviamente está o intérprete autorizado a inferir, a partir do sistema e dos valores agasalhados na Lei Magna, normas implícitas, que não perdem sua estrutura constitucional apenas por não estarem explícitas no texto fundamental.

Não se pretende, aqui, discutir se a fonte dos princípios constitucionais implícitos está no próprio ordenamento jurídico positivo ou em uma ordem de valores suprapositiva e universal. Importa, outrossim, destacar que se trata de consenso, entre as mais diversas correntes jusfilosóficas, que o texto normativo não exaure a norma, sendo possível extraí-la mesmo onde não haja texto, sem que com isso legitime-se o intérprete a extrair as normas que lhe convenham do texto legal, ao seu bel prazer. Trata-se, ao contrário, de trabalho lento e apurado da jurisprudência e dos operadores do Direito em geral, que, com o passar do tempo, vão realizando a descoberta e o polimento desses princípios implícitos (SARMENTO, 2003, p. 52-53).

Na constituição brasileira, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a vigência de inúmeros princípios constitucionais implícitos, como o da proporcionalidade e o da presunção de constitucionalidade das leis. Nesse ínterim, cumpre salientar que o princípio do duplo grau necessita de uma abstração menor para seu reconhecimento que o da proporcionalidade, por exemplo, por ser inferível diretamente de outro princípio constitucional explícito - no caso, o do devido processo legal, o que não ocorre com outros eminentemente implícitos, aferíveis apenas da ordem jurídica, e não de uma outra norma jurídica explicitamente prevista no texto constitucional.

Nelson Nery Jr., ao discorrer sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, entende que, não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, como o faz em determinadas situações (que serão pormenorizadas em momento oportuno) sem que se entendam por inconstitucionais referidas restrições. Prossegue o autor dizendo que se, ao contrário, o duplo grau fosse expressamente previsto no texto constitucional, como o era na Constituição do Império, estar-se-ia diante de garantia absoluta ao duplo grau, sem se admitirem mitigações (NERY JUNIOR, 2002, p. 175-179). Entendemos, no entanto, que eventuais restrições ao princípio do duplo grau de jurisdição são autorizadas não pelo fato de se tratar de “garantia não absoluta”, mas sim porque, modernamente, o melhor entendimento é que nenhum princípio é absoluto, podendo - e devendo - ser sopesado com aqueles outros que se mostrem com ele colidentes no caso concreto, através de diversos expedientes, dentre os quais destaca-se a ponderação de interesses.

2.1.2 O princípio da celeridade processual

Diante da noção de que o acesso à justiça compreende não apenas o acesso formal ao Judiciário, mas, também, o acesso à ordem jurídica justa em tempo adequado, vem ganhando força, nos últimos tempos, a defesa do princípio da celeridade processual, como corolário do acesso à justiça.

O Judiciário, como é público e notório, passa por um momento de crise quanto à sua legitimidade. A lentidão dos processos, a morosidade da justiça e a ineficácia de muitos provimentos judiciais estão conduzindo os jurisdicionados a uma verdadeira descrença no Poder Judiciário⁴.

A partir disso, várias alterações foram realizadas na legislação processual. Pode-se citar as realizadas pelas leis nº 9.494/97 (generalizou a antecipação de tutela), 10.352/01 (promoveu a reforma do sistema recursal), 10.358/01 (alterou preceptivos do processo do conhecimento) e 10.444/02 (alterou substancialmente o processo de execução).

Percebeu-se, contudo, dada a disparidade existente entre a estrutura do Judiciário e os avanços sociais, a necessidade de ser realizada uma mudança mais abrupta, com a reforma não apenas da legislação infraconstitucional, mas do próprio texto constitucional. Tal tarefa foi realizada pelo constituinte derivado, que elaborou a Emenda Constitucional nº 45, a qual foi promulgada em 8/12/2004. Com essa reforma, passou-se a prever, expressamente, no inc. LXXVIII do art. 5º da Lei Magna a garantia à duração razoável do processo, a qual nos referiremos, em várias passagens, como princípio da celeridade processual.

Na busca pelo acesso à justiça, a doutrina, influenciada especialmente por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, localizou, basicamente, três grandes fases a serem superadas para que se garanta o pleno acesso à justiça. Essas fases ficaram conhecidas como as “três ondas do acesso à justiça”. A “primeira onda” refere-se aos óbices econômicos; a segunda, aos óbices em relação à tutela dos direitos transindividuais; e, por fim, a terceira, em relação à satisfação do usuário da atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1998, p. 168). Está-se a vivenciar este terceiro momento, e cumpre avaliar o grau de satisfação do usuário da atividade jurisdicional.

E a insatisfação dos jurisdicionados quanto ao processo judicial é ostensiva: a morosidade dos processos implica verdadeira denegação da justiça. É nesse contexto,

⁴ Na doutrina, chega-se a encontrar a seguinte afirmação: “Mesmo o Poder Judiciário, sempre intocável, já não merece a confiança popular”. Cf. BEMFICA, Francisco Vani. *O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 206.

portanto, que devem ser buscadas as premissas hermenêuticas da emenda da reforma do Judiciário.

Destaca-se, no entanto, que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45, já era possível falar que nossa ordem constitucional tutelava o citado princípio como uma das projeções do devido processo legal. Assim, a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (*Pacto de San José da Costa Rica*)⁵ também cuidou do devido processo e da celeridade no artigo 8º, *verbis*:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (grifamos).

Não se pode olvidar, igualmente, de que a doutrina processualista já se ocupava da agilidade na prestação jurisdicional a partir do devido processo legal ao tratar do *Princípio da Brevidade*. Conforme a lição de Moacyr Amaral Santos, “o interesse público é o de que as demandas terminem o mais rapidamente possível, mas que também sejam suficientemente instruídas para que sejam decididas com acerto” (SANTOS, 1995, p. 298).

É importante observar que *duração razoável do processo* é conceito vago, que depende da análise de critérios como:

A complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação dos órgãos estatais, não só os órgãos jurisdicionais diretamente envolvidos em um dado processo, mas também, de um modo geral, as autoridades administrativas e legislativas, a quem incumbe a responsabilidade de criar um sistema judicial ágil, inclusive dotado de aparato material necessário⁶.

2.2 A ponderação de interesses

A Ponderação de Interesses é amplamente utilizada em países que possuem um contencioso constitucional, notadamente os Estados Unidos e a Alemanha. Na ordem jurídica pátria, percebe-se que ainda é pouco utilizada pela jurisprudência, mas os próprios

⁵ Promulgada pelo Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992.

⁶ Critérios definidos pela Corte Europeia dos Direitos do Homem (European Court of Human Rights). Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr>>. Acesso em: 6 mar. 2006, às 23h.

fundamentos da técnica em comento indicam que sua utilização deverá se mostrar mais recorrente em países de constituição pluralista, como o Brasil, diretamente proporcional à intensidade em que a sociedade for se conscientizando dos mais diversos direitos que lhe assistem e pleiteando-os no caso concreto.

Embora vários autores (a maioria estrangeiros) falem sobre o assunto, adota-se como referencial deste trabalho a Teoria da Ponderação de Interesses, tal como concebida por Alexy e desenvolvida, no Brasil, por Daniel Sarmento.

Dado tal referencial, importa tecerem-se algumas considerações acerca da Ponderação de Interesses, a fim de justificar a adoção da técnica como nosso marco teórico.

De início, aponta-se que a Ponderação de Interesses só se justifica quando se está diante de uma constituição pluralista, ou seja, que alberga em seu bojo normas e valores com matizes ideológicos muito distintos, que podem entrar em conflito na resolução de casos concretos, como é o caso da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Não obstante, a Lei Magna constitui uma unidade (Princípio da Unidade da Constituição), de modo que o intérprete deve se esforçar no sentido de harmonização das normas constitucionais, em caso de tensão entre elas.

Há de se distinguir dois tipos de normas existentes em uma constituição: as regras e os princípios⁷. Existem diferenças estruturais marcantes ente princípios e regras, tendo a doutrina elaborado diversos critérios para facilitar e racionalizar tal distinção.

Segundo o critério do *modo final de aplicação* (também adotado por Sarmento), as regras são aplicadas segundo o princípio do “tudo ou nada” (Dworkin), já que, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra incide sobre o caso, e as suas conseqüências jurídicas são inteiramente deflagradas, ou ela é considerada inaplicável, sendo totalmente afastada da solução do problema. Já os princípios, por serem “mandados de otimização” (Alexy), são aplicados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas oferecidas pelo caso concreto.

A conseqüência que se deduz daí é que, do confronto entre duas regras, o intérprete deve optar por uma delas, através dos critérios clássicos de solução de antinomias (critérios cronológico, da especialidade e hierárquico), desprezando as demais. Isso porque as regras não possuem a dimensão de peso que os princípios ostentam. Em regra. Humberto Ávila vem criticar o critério do modo final de aplicação, justamente com a intenção de aprimorá-lo, mostrando casos em que o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. Assim,

⁷ Embora Humberto Ávila, a nosso entender, acertadamente, identifique uma terceira espécie, o postulado normativo (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 79-117).

afirma-se que há regras que, preliminarmente, indicam um modo absoluto, mas que, com a consideração de todas as circunstâncias que envolvem sua aplicação no caso concreto, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões.

Como visto, a crítica feita por Ávila a tal critério, longe de desautorizar seu uso, apenas faz ressalvas de modo a conferir-lhe maior rigor técnico. Assim, ainda segundo o mesmo critério, os princípios, diferentemente das regras, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Vários princípios não convergentes podem ser aplicados simultaneamente, tornando-se necessário verificar o “peso específico” que assume cada um no caso concreto, para verificar em que medida cada qual cederá passagem ao outro.

Uma vez que os critérios clássicos para a solução de antinomias se mostram ineficientes diante de um embate entre princípios⁸, a técnica da ponderação assume relevância. Propugna a ponderação de interesses por um sopesamento entre os princípios em conflito no caso concreto, sendo tarefa do intérprete, na ausência de uma ponderação *a priori* já feita pelo legislador⁹, definir o âmbito de incidência de cada princípio, preservando-lhe sempre, ao menos, o núcleo essencial (que também não é definido *a priori*, sendo possível apenas diante do caso concreto).

Assim, destaca-se que a ponderação de interesses tem de ser efetivada à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se, primeiro, interpretar os princípios em jogo, para verificar se realmente há colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos tutelados por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compressão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto. Nessas compressões, deve ser utilizado como parâmetro o “princípio” da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Fala-se do “princípio” da proporcionalidade, porque, tal como apontado por Humberto Ávila, acreditamos ser mais acertado referir-se àquele como “postulado normativo”. Segundo o autor:

⁸ “Os critérios tradicionais de resolução de antinomias não são suficientes para solucionar as situações de colisão entre princípios constitucionais. O critério cronológico é inútil, pois, ressalvadas as emendas constitucionais, as normas da Constituição são todas editadas no mesmo momento. O critério de especialidade também apresenta reduzida valia, pois é raro, no plano constitucional, a existência de antinomias do tipo *total-parcial*, que são as únicas que podem ser resolvidas através deste método” (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 195).

⁹ Que, se existir, deverá prevalecer, pois o legislador detém legitimidade democrática para realizar a ponderação de interesses, decorrente do voto popular. A ponderação legislativa só deverá ser desconsiderada quando for patente seu caráter desarrazoado, ou se ela se afastar nitidamente dos valores constitucionalmente consagrados.

Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.

.....
O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. (ÁVILA, 2003, p. 120-121).

Destaca-se que não há nenhum óbice a que a ponderação ocorra entre um princípio explícito e outro implícito, desde que ambos tenham guarida constitucional. Aliás, o imprescindível é constatar que se está realmente diante de uma colisão de princípios constitucionais, uma vez que, como já apontado, um conflito entre regras, ou mesmo entre princípios de diferentes níveis hierárquicos, é possível de ser solucionado pelos métodos clássicos de solução de antinomias.

Fala-se, outrossim, que a ponderação só ocorre verdadeiramente no embate de princípios no caso concreto, também chamada de *ad hoc*. Assim, a ponderação abstrata, ou seja, aquela feita normalmente pela doutrina, desvinculada de casos concretos (como a que ocorre quando se estabelecem critérios para a solução de conflitos entre princípios potencialmente colidentes, mas sem a preocupação com qualquer caso específico), não se traduziria em verdadeira ponderação de interesses, uma vez que se aproximaria das técnicas tradicionais de interpretação jurídica. Ora, com tal assertiva não podemos concordar, pois, ainda que se inicie uma ponderação *a priori*, será o caso concreto que determinará totalmente as matizes da ponderação, de modo que, antes da verificação das reais peculiaridades, haverá, no máximo, indicativos de como se procederá à ponderação. E isso nos parece positivo, pois acaba por facilitar a execução da ponderação, que, embora possua especificidades diante de cada caso, não deixa de ter alguns “passos” comuns, no seu processo de concretização, toda vez que os mesmos princípios estejam em conflito. Ademais, reduz-se a carga de incerteza gerada pela aplicação do postulado, sendo importante destacar, neste passo, que uma das críticas mais contundentes à aplicação do postulado da proporcionalidade em sede de ponderação de interesses é justamente a insegurança jurídica¹⁰.

¹⁰ “Os opositores à ponderação de interesses questionam a possibilidade de o Poder Judiciário negar aplicação a direitos fundamentais, sob o pretexto de proteção de outros bens jurídicos, sem amparo na Constituição. [...] Segundo tal entendimento, a ponderação tornaria mais frágeis os direitos fundamentais, cuja proteção tornar-se-ia mais dependente sempre da boa vontade do órgão jurisdicional responsável pela sua tutela”. (SARMENTO, op. cit., p. 143).

3. O recurso de apelação

3.1 Considerações gerais

A doutrina, em geral, aponta a apelação como o recurso por excelência. Através dela, o recorrente se insurge contra a sentença prolatada no juízo de primeiro grau, quer seja esta terminativa (CPC, art. 267) ou definitiva (CPC, art. 269).

A despeito do que preleciona o art. 162, § 1º, do CPC¹¹, a sentença, na verdade, só extingue o procedimento em primeiro grau de jurisdição, pois o processo normalmente prossegue, com a interposição de recurso¹².

A apelação, na sistemática recursal brasileira, é recurso ordinário, de fundamentação livre e cognição ampla. Portanto, a apelação não se vincula ao conteúdo da sentença, sendo cabível para se pleitear tanto a anulação quanto a reforma da sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição. Pode ser interposta de forma independente ou adesiva (CPC, art. 500).

Os requisitos da apelação seguem a regra geral dos recursos (requisitos genéricos), sobre os quais não se estenderá aqui, por serem prescindíveis para a abordagem do tema central deste trabalho.

Destaca-se, no entanto, que, tal como os demais recursos, procede-se a juízo tanto de admissibilidade quanto de mérito, em sede de apelação cível. O juízo de admissibilidade diz respeito à possibilidade de conhecimento do recurso pelo órgão jurisdicional a quem é dirigido, em função dos requisitos genéricos e específicos previstos para cada tipo recursal. Antecede lógica e cronologicamente o juízo de mérito, por se referir ao exame de questões prévias que devem necessariamente ser analisadas antes do mérito do recurso (normalmente, trata-se das questões preliminares, *verbi gratia*, a competência do juízo).

A admissibilidade dos recursos, em regra, é feita tanto pelo órgão *a quo* quanto pelo órgão *ad quem*, revelando-se, portanto, dúplice, sobretudo em razão de essa matéria ser de ordem pública. Diferente sorte não há com a apelação. Portanto, uma vez “conhecida” a apelação pelo juízo *a quo*, os autos são remetidos ao juízo *ad quem*, que,

¹¹ “Art. 162, § 1º - Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Este dispositivo foi alterado pela Lei nº 11.232/2005, ainda em *vacatio legis*. Pela nova redação, o citado artigo ficará com a seguinte dicção: “Art. 162, § 1º - Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

¹² Trata-se daquela corrente doutrinária acerca da natureza jurídica do recurso que o entende como um prolongamento, dentro do mesmo procedimento, do exercício do direito de ação. Assim entendem Nelson Nery Junior (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, p. 232) e Flávio Cheim Jorge (CHEIM JORGE, Flávio. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 56).

antes de iniciar a análise do mérito, fará novo juízo de admissibilidade (podendo discordar daquele realizado no juízo *a quo*) do recurso em questão. Não olvidar que contra juízo de admissibilidade negativo cabe agravo de instrumento (CPC, art. 522), e que o juízo de admissão, seja negativo ou positivo, tem natureza declaratória.

Ultrapassada a fase do juízo de admissibilidade, procede-se ao juízo de mérito, em que o julgador verifica se a impugnação é ou não fundada e, portanto, se deve ou não lhe dar provimento. O provimento pode ser para reformar a decisão, caso tenha havido *error in iudicando*, ou para anulá-la, caso entenda ter ocorrido *error in procedendo*.

3.2 *Error in iudicando* e *error in procedendo*

Remonta à doutrina clássica a distinção entre *error in iudicando* e *error in procedendo*, que são as formas de vícios de que uma sentença pode estar eivada. Trata-se de terminologia sugerida por Chiovenda e amplamente difundida. Como visto, a apelação, sendo de fundamentação livre, presta-se tanto à correção dos *errores in iudicando* quanto dos *errores in procedendo*, com a finalidade de reformar (função rescisória) ou anular (função rescindente) a sentença (ANDRADE NERY, 2002, p. 857).

Por *error in procedendo*, também chamado de “erro no procedimento”, ou “vício de atividade”, entendem-se aqueles vícios de natureza formal, que invalidam o ato jurídico, mas sem dizerem respeito ao conteúdo desse mesmo ato. Tal vício ocorre quando o juiz desrespeita uma norma de procedimento, não sendo necessário que essa norma esteja contida em texto expresso de lei, podendo ser determinada pelo ordenamento jurídico (LIEBMAN, 1980, p. 200). Importa, aqui, que se façam dois apontamentos: é necessário que do erro no procedimento decorra gravame para a parte (interferindo na higidez do processo, levando, normalmente, à nulidade, senão do processo, ao menos do ato em questão - do contrário, os atos dos quais não decorra prejuízo deverão ser aproveitados) e que o destinatário da norma não é apenas o juiz, ainda que o seja em um primeiro momento. Isso porque, mesmo que falemos de normas que tenham como destinatário imediato o magistrado (*verbi gratia*, CPC, arts. 125 a 128), é dever das partes e demais integrantes do processo a fiscalização deste. Afinal, a atividade jurisdicional é atividade pública, cujo objetivo transcende a mera satisfação dos interesses das partes em litígio. Sob essa óptica, faz sentido a observação de Liebman, de que também se compreendem no conceito de *errores in procedendo* os atos irregulares das partes, não corrigidos pelo juiz (LIEBMAN, 1980, p. 258).

O *error in procedendo*, portanto, pode estar contido na própria decisão impugnada ou fora dela, justificando, em todo caso, sua invalidação.

O *error in iudicando*, por sua vez, refere-se a uma injustiça da decisão (*latu sensu*), ao erro de julgamento do magistrado, quer aplicando mal a lei quer deixando de aplicá-la ou, ainda, mal interpretando as provas e os fatos da causa, o que resulta em uma decisão ilegal ou injusta em face do direito material. É também comumente tratado pela doutrina como “erro de juízo”. Nas palavras de Couture, “não se trata de vício de forma, mas de fundo” (COUTURE, 1978, p. 144). Em geral, o *error in iudicando* se confunde com o próprio mérito da causa.

É comum associar-se um julgamento de cassação, ou seja, em que a apelação tem por objetivo anular a decisão impugnada (função rescindente), a fim de que outra seja proferida pelo órgão jurisdicional *a quo*, com a ocorrência do *error in procedendo*; e um juízo de substituição (função rescisória), em que o órgão *ad quem* substitui a decisão recorrida, ao *error in iudicando*¹³.

Entretanto, tal assertiva não parece estar totalmente correta. Senão, vejamos.

Para Flávio Cheim Jorge, com quem concordamos, quando for interposta apelação fundada em *error in procedendo* e o tribunal negar provimento ao recurso, estará promovendo a substituição da sentença proferida em primeiro grau por sua decisão, ou seja, haverá um juízo, aí, de substituição, e não de cassação (JORGE, 2002, p. 61). Ademais, a norma prevista no art. 515, § 3º, do CPC, conforme veremos logo adiante, parece ter posto em xeque a associação entre *error in procedendo* e juízo de cassação, de um lado, e *error in iudicando* e juízo de substituição, de outro.

3.3 Dos efeitos do recurso de apelação

Nelson Nery Jr. faz uma distinção, a qual será adotada, entre efeitos de interposição e efeitos de julgamento dos recursos, aqui particularizados no recurso de apelação. Tais efeitos, adiante explicitados, somente não ocorrerão perante o recurso manifestamente intempestivo, que nenhum efeito produz.

São considerados efeitos de interposição: obstativo, suspensivo e devolutivo.

O efeito obstativo, observado no instante da interposição do recurso, é o impedimento de que a decisão impugnada faça coisa julgada, permanecendo em aberto sua discussão, portanto.

Pelo efeito suspensivo, impede-se que a sentença recorrida produza efeitos desde logo, estando a produção de efeitos condicionada ao julgamento do

¹³ Por todos, ALVIM, Eduardo Arruda. V - Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da Lei nº 10.352/2001. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2002.

recurso (no caso, de apelação), com o respectivo trânsito em julgado da decisão que o apreciou. A regra é que a apelação tenha efeito suspensivo (CPC, art. 520, *caput*). Enfatiza-se que não é o recurso que atribui efeito suspensivo à decisão, mas a própria lei, já que esta pode prever ou não o efeito suspensivo para o recurso ou especificar as hipóteses em que esse efeito será verificado; têm-se, ainda, outros expedientes processuais (como a medida cautelar inominada) para que se conceda efeito suspensivo a recurso para o qual a lei não prevê efeito suspensivo.

Em razão do efeito devolutivo, o órgão *ad quem* deverá apreciar a matéria que foi objeto de impugnação nas razões recursais. Ou seja, o pedido de nova decisão, feito no bojo do recurso, devolve ao órgão *ad quem* a matéria impugnada. Uma vez que, em regra, não pode o magistrado atuar de ofício, devendo, ainda, julgar apenas nos limites do pedido (CPC, art. 460), é o pedido de revisão da decisão impugnada (da sentença, em sede de apelação) que delimitará o âmbito da devolutividade. Trata-se do brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.

A maioria dos autores entende que todo e qualquer recurso possui efeito devolutivo, sendo esta manifestação do princípio dispositivo na esfera recursal¹⁴, posicionamento com o qual concordamos. Não restam dúvidas de que é o apelante que fixa os limites da apelação, em suas “razões” e no pedido de nova decisão.

Decorre do efeito devolutivo o princípio da proibição de *reformatio in pejus*. Ora, não pode o julgador do recurso piorar a situação do recorrente, retirando-lhe vantagem dada pela sentença, sem que para tanto tenha ocorrido pedido expresso da parte contrária. Caso isso fosse possível, o órgão *ad quem* estaria violando o princípio da congruência (CPC, art. 460), ao decidir fora das balizas fixadas nas razões da apelação, que, reafirma-se, delimita a **extensão** da matéria a ser apreciada no juízo *ad quem*. É, no sentido do que vaticina Barbosa Moreira, delimitar o objeto da apelação (MOREIRA, 2003, p. 429). Uma vez que a apelação é o recurso por excelência da sistemática recursal brasileira, sendo de fundamentação livre e de cognição ampla, a apelação acaba por se configurar no recurso com maior devolutividade, prestando-se tanto à correção de *errores in iudicando* quanto à de *errores in procedendo*. Sabe-se, pois, que a sentença impugnada pode ter sido tanto definitiva quanto terminativa, sendo um problema de extensão, ou, nos dizeres de Barbosa Moreira, de “perspectiva horizontal”, analisar se a decisão a ser proferida pelo tribunal, no momento da apreciação da apelação, cobrirá

¹⁴ Em sentido contrário: Humberto Theodoro Júnior, para quem o efeito devolutivo só se manifesta nas hipóteses em que a devolução se dá a um órgão hierarquicamente superior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. XI - Inovações da Lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. In: *Aspectos polêmicos do recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. p. 269).

ou não área igual àquela coberta pelo juízo *a quo*. Pelo art. 515, *caput*, do CPC, caberá apenas apreciação da matéria impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*). Mas, então, pergunta-se: o que pode ser impugnado? É assente que o apelante pode impugnar apenas o que restou decidido na **sentença** (e não em qualquer outro pronunciamento do juiz, ainda que emitido um pouco antes, como, por exemplo, aquele dado no curso da mesma audiência em que foi prolatada a sentença), total ou parcialmente. Portanto, se se tratasse de sentença terminativa, só poderiam ser devolvidas à apreciação do juízo *ad quem* as matérias analisadas na sentença, que, por óbvio, não abarcariam o mérito propriamente dito. Daí decorre a discussão em torno do art. 515, § 3º, do CPC, que, na visão dos processualistas, ampliou o efeito devolutivo da apelação, questão a ser pormenorizada mais adiante.

Contudo, da leitura do § 1º do art. 515 do CPC, que preleciona serem objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro; além do § 2º do citado preceito, que prescreve que, quando o pedido ou defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um ou algum deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais, surge a necessidade de se promover uma interpretação congruente ao até aqui exposto a respeito da extensão do recurso de apelação. Na verdade, está-se, na norma inserta no art. 515, § 1º, do CPC, a analisar o problema sob uma “perspectiva vertical” (MOREIRA, 2003, p. 429). É a **profundidade** do efeito devolutivo da apelação, que se revela muito ampla.

A coordenação entre tais preceitos se dá no sentido de que, respeitada a extensão da devolução, todas as questões de fato e de direito suscitadas em primeiro grau, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, merecem a cognição do tribunal. Decorre, daí, por exemplo, que o juízo *ad quem* não está adstrito aos fundamentos legais invocados pelas partes ou pelo juiz de primeiro grau, podendo atribuir outra qualificação jurídica aos fatos, desde que com isso não se extrapole a causa de pedir invocada na peça inicial e de defesa¹⁵. Também ocorre que, em regra, não pode o tribunal examinar questões até então não suscitadas e discutidas no processo, salvo a previsão do art. 517 do CPC e as matérias cognoscíveis de ofício. Aponta-se, ainda, que a apelação não poderá ser interposta de forma genérica, pois isto inviabilizaria a delimitação da matéria impugnada. E, por fim, que a profundidade do efeito devolutivo não autoriza o julgador a reformar a sentença de forma pior para o recorrente, mas, ao contrário, encontra no princípio da proibição da *reformatio in pejus* o limite para tal efeito.

¹⁵ Decisão *extra petita*. Somente ocorre quando o acórdão contempla questão não incluída na *litiscontestatio*. Não está o Tribunal adstrito a usar os mesmos fundamentos acolhidos pelo julgador singular ou aqueles invocados pelas partes” (STJ - 3ª Turma, REsp nº 12.414, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 13.10.1993, DJU 8.11.1993, p. 23.518).

Como efeitos da eficácia da decisão recorrida e do julgamento do próprio recurso (NERY JUNIOR, 2004, p. 428), apontam-se os efeitos: expansivo, translativo e substitutivo.

No momento da análise do mérito do recurso, ou seja, após ter ocorrido juízo positivo de admissibilidade pelo órgão *ad quem*, pode ocorrer que do julgamento meritório decorra decisão mais abrangente do que o exame da matéria impugnada, que é o mérito do recurso. Trata-se, em tal hipótese, do efeito expansivo do recurso, que pode ser objetivo ou subjetivo, interno ou externo (NERY JUNIOR, 2004, p. 477-482).

Já foi visto que a sistemática recursal brasileira é regida pelo efeito dispositivo, do qual decorre o efeito devolutivo. Assim, o órgão *ad quem* está, via de regra, adstrito ao julgamento das questões suscitadas em sede recursal (arts. 128 e 460 do CPC), sob pena de seu julgamento ser considerado *extra, ultra* ou *citra petita*. Entretanto, há de se excepcionar de tal regra as matérias de ordem pública, que, dada a sua natureza, podem (e devem) ser analisadas pelo tribunal, ainda que não argüidas no recurso e não decididas no juízo *a quo*. Trata-se do efeito translativo dos recursos, que se aplica também à apelação. Tal translação é prevista no próprio art. 515, §§ 1º a 3º, do CPC. Explica-se o efeito translativo não por decorrência do princípio devolutivo, que implica ato comissivo de interposição de recurso, mas, ao revés, o citado efeito tem amparo no princípio inquisitório, segundo o qual é dever do juiz zelar pela higidez do processo, independentemente de provocação.

Por fim, aponta-se o efeito substitutivo da apelação, previsto no art. 512 do CPC, segundo o qual a decisão acerca do mérito do recurso substitui integralmente a sentença recorrida. Assim, só se cogita de efeito substitutivo em sede de apelação quando esta, após ter sido conhecida, tiver o mérito julgado, pois, do contrário, não ocorrerá pronunciamento da instância recursal sobre o acerto ou desacerto da decisão impugnada. Destarte, haverá efeito substitutivo quando:

- a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *error in procedendo*), for negado provimento à apelação;
- b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso; Discute-se se, com o acréscimo do § 3º ao art. 515 do CPC, criou-se a hipótese de, frente a *error in procedendo*, sendo dado provimento à apelação, também ocorrer o efeito ora em comento.

3.4 O art. 515, § 3º, do CPC

Com o intuito de reformar o Código de Processo Civil Brasileiro, trabalho iniciado há mais de uma década, os integrantes da comissão constituída pelo IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual - e a Escola Nacional de Magistratura, orientada pelos ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, elaboraram três

anteprojeto, sempre no propósito de tornar a prestação jurisdicional mais simples, rápida e eficiente. Transformados em projetos de lei, receberam na Câmara dos Deputados os números 3.474/00, 3.475/00 e 3.476/00, que, após ampla discussão no Congresso Nacional, transformaram-se, respectivamente, nas Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002.

O que a comunidade jurídica denominou, algum tempo atrás, de “reforma da reforma”, não se aplica, necessariamente, à Lei nº 10.352/2001. Enquanto o desiderato das outras leis supracitadas foi aprimorar ou corrigir as modificações realizadas a partir de 1993, a Lei nº 10.352/2001 vai mais fundo, a ponto de modificar substancialmente a estrutura de alguns recursos cíveis. O efeito devolutivo da apelação, por exemplo, foi alterado para possibilitar ao tribunal o imediato conhecimento do mérito da causa, nas hipóteses em que o juízo *a quo* extingue o processo por sentença terminativa. Assim, inseriu-se o § 3º na redação do art. 515 do CPC, nos seguintes termos:

Art. 515. [...]

§ 3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento¹⁶.

Tal inserção tem suscitado os mais variados debates, dentre os quais destaca-se a sua constitucionalidade, alvo central deste trabalho, o qual será alisado a partir de então.

4. A viabilidade do art. 515, § 3º, na atual sistemática recursal brasileira

4.1 A constitucionalidade do art. 515, § 3º

4.1.1 A ponderação entre os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual

Sendo os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual princípios constitucionais, é plenamente possível que, verificada uma colisão entre eles,

¹⁶ A Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, ainda em *vacatio legis*, inseriu mais um parágrafo ao art. 515 do CPC, qual seja: “Art. 515. [...] § 4º. Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.” (NR)

proceda-se ao seu cotejo através da técnica da ponderação de interesses, que se viabiliza através do postulado da proporcionalidade.

Parece-nos que a norma prevista no § 3º do art. 515 vem justamente colocar em conflito os supracitados princípios, pois, pela sistemática anterior, o órgão *ad quem*, exceto em casos excepcionais que a jurisprudência já contemplava (como aqueles casos em que o juízo de primeiro grau, após análise do mérito, concluía erroneamente pela ilegitimidade passiva *ad causam*), caso entendesse pelo afastamento do fundamento que havia dado ensejo à sentença terminativa, deveria **anular** tal decisão, necessariamente remetendo os autos ao juízo *a quo* para que outra sentença fosse proferida em seu lugar. No entendimento de Barbosa Moreira e José Rogério Cruz e Tucci, esse seria o expediente mais correto, uma vez que se estaria a observar o duplo grau de jurisdição e se evitaria que as partes fossem surpreendidas, já em segundo grau, por uma decisão alicerçada em fundamento ainda não debatido no processo (CRUZ E TUCCI, 2002, p. 100-101). De fato, não há dúvidas de que o procedimento de retorno dos autos ao primeiro grau evidencia respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, pois este, como já visto, é calcado na possibilidade de revisão de uma primeira decisão jurisdicional.

Entretanto, sabidamente, é no âmbito do sistema recursal vigente que se encontra um dos maiores fatores do congestionamento e, por conseguinte, da intolerável demora com que a máquina jurisdicional responde à demanda da tutela a cargo do Estado. Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

O mito do duplo grau de jurisdição e da ampla recorribilidade de toda e qualquer decisão final ou interlocutória, pela sua desnecessária exacerbação, é, sem dúvida, o grande embaraço com que se depara o intento renovador do processo civil brasileiro (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 263).

Some-se a isso o fato de que nenhum princípio é absoluto, como também já visto alhures, de modo que a inviabilidade de restrição ao duplo grau de jurisdição se justifica por questões políticas, mas não principiológicas.

Diante da noção de que o acesso à justiça compreende não apenas o acesso formal ao Judiciário, mas também o acesso à ordem jurídica justa e em tempo adequado (fundamento do princípio da celeridade processual), parte da doutrina vem admitindo a mitigação do duplo grau de jurisdição em favor daquele, mormente diante da crise da morosidade e da não-efetividade do processo. A inclusão do § 3º ao art. 515 do CPC partiu justamente da premissa de que a morosidade é um dos maiores fatores de

deslegitimação do mecanismo processual e uma das causas mais graves que impedem o acesso a uma ordem jurídica justa, já que a justiça tardia constitui descrédito da população no Judiciário, em razão das angústias, sofrimentos psicológicos e econômicos que provoca. Não se olvidaram os redatores da reforma processual ora em comento de que o ônus do tempo no processo deve estar no centro das novas técnicas de aperfeiçoamento do instrumento processual. Assim, a modificação da sistemática do efeito devolutivo da apelação visa a atingir quatro finalidades:

- a) simplificar e agilizar o procedimento;
- b) evitar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional efetiva;
- c) aprimorar a qualidade dos julgamentos;
- d) dar efetividade à tutela jurisdicional (DINAMARCO, 1996, pág. 7).

Saliente-se, outrossim, que a técnica da ponderação de interesses pressupõe necessidade, adequação e proporcionalidade na mitigação de um princípio em favor de outro, ou seja, não é ato irracional ou infundado de quem a utiliza. Acreditamos que os apontamentos até aqui feitos evidenciam a necessidade e a adequação da medida prevista no art. 515, § 3º, do CPC. No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, dizemos que, à luz da ponderação de interesses, o legislador pode restringir o duplo grau de jurisdição, desde que haja correlação lógica ou relação de pertinência entre a restrição imposta e o fim almejado com a medida. Ora, tal como será visto mais adiante, a possibilidade de que o tribunal julgue o mérito da causa mesmo que o juízo de primeiro grau ainda não tenha feito, não deve ocorrer sempre, mas apenas nas hipóteses em que o feito “estiver em condições de imediato julgamento”, sendo tarefa do operador do Direito, nesse passo, identificar quais são as situações em que tais condições se mostrem presentes.

4.1.2 O art. 515, § 3º, do CPC e a moderna concepção do direito de ação

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria eclética de Liebman, segundo a qual o direito de ação é autônomo do direito material, consubstanciado como direito ao processo e ao julgamento de mérito. O processo, tal como visto por Liebman, é dividido em três etapas ou “círculos concêntricos”, quais sejam: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa.

Como condições da ação, apontam-se: a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI). Como legitimidade *ad causam* entende-se a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular de uma relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos da providência solicitada.

Já o interesse de agir pode ser sucintamente definido como o elemento material do direito de ação, traduzido pelo binômio necessidade-utilidade do provimento jurisdicional pleiteado.

Reconhece-se, na prática, a dificuldade em se desvincular a análise de tais condições da ação da análise do próprio mérito. Para não se adentrar em tal seara, deve-se proceder a uma aferição estritamente superficial, tendo como parâmetro a mera afirmação de que os fatos narrados na inicial devem ser considerados verdadeiros, ou seja, mero juízo hipotético.

A terceira condição da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido, pode ser definida como a previsibilidade, em abstrato, do pedido. Entretanto, a análise dessa condição, diferentemente das demais, envolve, inequivocamente, pronunciamento acerca do mérito. Tanto o é que o próprio Liebman, nas edições 3a e 4a da sua obra a respeito do tema, suprimiu a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação.

A principal crítica feita à teoria eclética de Liebman é de que as condições da ação não passam de aspectos da relação de direito material. Tal fato é reconhecido pelo próprio processualista, que chegou a afirmar que a ação “tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de um alegada lesão a direito ou a interesse jurídico do seu titular [...]” (LIEBMAN, 1980, p. 151).

Isso, contudo, não retira a importância do reconhecimento do direito de ação autônomo e desvinculado do direito substancial, pois foi a teoria eclética a fomentadora da concepção do direito processual enquanto ciência, máxime diante de uma relação jurídica de direito público, travada em face do Estado, distinta do direito substancial.

Ocorre que, de um modo geral, o extraordinário avanço do Direito Processual Civil enquanto ciência, nos últimos tempos, não foi capaz de elaborar mecanismos hábeis a resolver a insatisfação das partes diante da demora do processo. Ao contrário, parece ter reificado o processo, afastando-o da noção de instrumentalidade para a satisfação do direito substancial, em face da exacerbação do formalismo processual. É o que Cândido Rangel Dinamarco denomina de aspecto negativo da instrumentalidade, ao afirmar que:

O formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetos específicos em cada momento processual. Mais do que isso, gera a falsa impressão de que os sucessos do processo criam direitos para as partes, de modo que as atenções, então, se desviam da real situação de direito material entre

elas, para o modo como se comportam processualmente e o destino que em virtude disso lhe é reservado (DINAMARCO, 2005, p. 268).

Em suma, a supremacia da forma sobre a substância fez com que alguns doutrinadores passassem a defender a ligação do processo com o direito material, em prol da efetividade. Nessa ordem de idéias, abandonou-se o entendimento de que o direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, pois essa concepção não mais se coaduna com as novas realidades, as quais exigem do Estado uma tutela efetiva das situações que batem às portas do Judiciário em busca de solução. Tal como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Os processualistas modernos abandonaram a idéia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que pairam sobre as cabeças dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo, que traz em si superação da ilusão de que o processo poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material (MARINONI, 1998, p. 203-204).

Impõe-se, diante de tais constatações, que seja repensada a finalidade de institutos como os pressupostos processuais e as condições da ação. Com efeito, figuram tais estruturas como “filtros”, para que somente sejam julgadas em seu mérito as causas que efetivamente apresentem condições para tanto. De certa forma, com a alteração trazida ao art. 515 pela Lei nº 10.352/2001, não que institutos como as condições da ação e os pressupostos processuais tenham ficado relegados ao grau de meros empecilhos processuais, mas, com certeza, tiveram sua importância reduzida enquanto aspectos eminentemente formais que rigorosamente antecedem a análise do mérito da causa; afinal, diante de certas circunstâncias, devem ceder lugar à própria análise de fundo, em prol da efetividade do processo.

Por tudo o até aqui exposto, entendemos equivocada a posição de Nelson Nery Junior, para quem a situação prevista no art. 515, § 3º, do CPC não deve suscitar a dúvida se se está diante de exceção ao duplo grau de jurisdição, pois o que ocorreria, de fato, seria um desrespeito a regras de competência hierárquica e funcional (NERY JUNIOR, 2004, p. 45-46). Para o autor, “[...] quando o CPC estabelece que a competência para julgar determinada causa é do juiz monocrático de primeiro grau, quer isto significar que somente com a sentença de mérito é que estará exaurida a sua

competência para o exercício da atividade jurisdicional (CPC, 463, *caput*)” (idem, 2004, p. 46). No mesmo sentido parece entenderem Cruz e Tucci e Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 437; CRUZ E TUCCI, 2002, p. 96), todos em consonância com a teoria eclética de Liebman, que, conforme vimos, merece ser revista no que se refere à concepção de direito de ação como direito a uma sentença de mérito.

De fato, se se concebe, distintamente, que o direito de ação se revela mesmo quando há prolação de uma sentença terminativa (sob franca influência do princípio da efetividade)¹⁷, o art. 515, § 3º, não deverá ser concebido como uma afronta ao princípio do duplo grau, mas, sim, como mitigação do formalismo e, perante a superação do fundamento que levou à extinção do processo sem apreciação do mérito, não se devem, em todo e qualquer caso, retornar os autos à primeira instância para que inclusive as condições da ação e os pressupostos processuais sejam revistos.

4.1.3 Outras mitigações ao princípio do duplo grau de jurisdição e ao direito de recurso

Da aplicação da ponderação de interesses decorre que um princípio pode ter seu âmbito de incidência mitigado diante de outro, em um determinado caso concreto. Já foi percorrido neste trabalho que a ponderação perfilhada pelo legislador deve ser preferida à feita pelo magistrado, porque aquele goza de legitimação democrática, ou seja, a ponderação de interesses só deve ser realizada pelo juiz quando, em um embate entre princípios no caso concreto, não houver solução legal prevista, de antemão, para o caso. Toda a discussão até então trazida à baila sobre o art. 515, § 3º, do CPC justifica-se porque ainda se questiona se foi correta a ponderação legislativa (o que defendemos), sendo lógico que, ao se admitir que o legislador ordinário minimize o princípio do duplo grau de jurisdição, cabe ao intérprete do Direito o controle da constitucionalidade de tal medida. E ainda resta uma série de hipóteses, não exauridas pelo texto legal, em que é possível vislumbrar a possível colisão entre os princípios da celeridade e do duplo grau, nas quais deverá o aplicador do Direito ponderá-los.

Contudo, como o duplo grau de jurisdição nada mais é que um entre tantos outros princípios de índole constitucional, várias são as situações nas quais o citado princípio restou suprimido. Citam-se: nas ações de competência originária de tribunal, em que não há a possibilidade de interposição de recurso de apelação (*verbi gratia*, nas hipóteses do art. 102, I, da CF/88); e nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50

¹⁷ A alteração promovida no art. 162, § 1º, do CPC pela Lei nº 11.232/2005 evidencia justamente essa nova concepção, ao prever que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

OTNs, nos termos do art. 34 da Lei nº 6.830/80. Em tais hipóteses, a majoritária doutrina é assente da mitigação do duplo grau, embora entenda, também, que em nada essas situações mostram-se inconstitucionais.

Há uma certa celeuma se, em sede de Juizados Especiais, o cabimento do “recurso” contra a sentença do juiz singular, por ser julgada por turma composta de juízes singulares (Lei nº 9.099/95, art. 41), garante ou não o duplo grau de jurisdição. Para aqueles que não vêem, aí, exercício do duplo grau, obviamente que se está diante de mais uma hipótese de mitigação do duplo grau; entretanto, preferimos o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, que entende haver exercício do duplo grau de jurisdição, em que o segundo juízo acerca da causa é feito por órgão colegiado composto por juízes de primeira instância (GRINOVER, 1985, p. 20).

Também sustenta-se que, da mesma forma que nenhum princípio é absoluto, de modo que diferente sorte não deveria haver com o do duplo grau, igualmente não é absoluto o direito de recurso.

Isso porque a garantia de interposição de recursos especiais (extraordinário, especial e embargos de divergência em recurso especial ou extraordinário) mesmo na hipótese do art. 515, § 3º, e nas demais *sus*o apontadas, não significa que estamos diante da manifestação do princípio do duplo grau. Ora, em razão do objeto por eles tutelado (portanto, de fundamentação vinculada), não buscam a correção da injustiça de decisão tampouco se prestam para rediscutirem matéria fática ou probatória. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta a sua finalidade precípua: a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência.

4.1.4 Hipóteses em que o processo se encontrará “maduro” para julgamento em sede do art. 515, § 3º, do CPC - a cumulatividade entre os requisitos de se tratar de questão de direito e de estar em condições para o imediato julgamento

Uma vez constatada a constitucionalidade do art. 515, § 3º do CPC, importa definir quando o processo estará em condições de imediato julgamento de seu mérito, ou seja, quando estará “maduro”. Isso porque, aplicando-se a técnica da ponderação de interesses, este passo (ou seja, a definição das hipóteses de incidência do art. 515, § 3º) revela-se como aquela etapa imprescindível do postulado da proporcionalidade, em que se determina o âmbito de incidência de cada princípio em conflito. Mais especificamente, definir as situações em que o processo se encontra “maduro” para efeitos do art. 515, § 3º, significa delimitar o âmbito de situações fáticas nas quais o princípio do duplo grau de jurisdição, em embate com o da efetividade, cederá lugar a este.

Embora a norma em comento se refira tão-somente a questão exclusiva de direito, a doutrina tem se mostrado favorável a entendimento de que, à luz da finalidade da regra e a partir de uma interpretação teleológica, seja lícito ao tribunal, provendo apelação interposta contra sentença terminativa, apreciar o mérito da causa, ainda que a questão seja de fato e de direito, desde que seja, porém, desnecessária a produção probatória.

Saliente-se que nenhuma questão é unicamente de direito. Por exemplo, mesmo para se averiguar a prescrição da ação, é necessário comparar as datas nas quais a ação foi ajuizada. Assim, pode-se falar em questão unicamente de direito somente quando os fatos discutidos na causa são incontroversos, isto é, aceitos por ambas as partes, que litigam apenas com relação à tese jurídica a ser aplicada pelo juiz. Nos demais casos, não há como negar a existência de matéria de fato.

Trata-se, portanto, da incidência do postulado da desnecessidade de produção probatória para o deslinde da controvérsia. Na opinião de Barbosa Moreira, teria sido preferível que se adotasse a regra relativa ao julgamento antecipado da lide, tal como prevista no art. 330, I, do CPC: “quando a questão suscitada no recurso for unicamente de direito, ou, sendo de fato e de direito, não houver necessidade de outras provas”¹⁸. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, em entendimento um pouco mais ousado, afirma que também os casos de produção de prova irrelevante estariam abarcados no conceito de “causas maduras”, pois sob o manto do contraditório e da ampla defesa não exsurge direito subjetivo das partes a produção de provas desnecessárias ao deslinde da controvérsia (OLIVEIRA, 2002).

Sem dúvidas, a produção probatória meramente procrastinatória deve ser banida da nossa sistemática processual, inclusive reafirmando-se o próprio princípio da efetividade; ocorre que uma decisão jurisdicional acerca da relevância da produção probatória indica que as questões de fato que compõem a lide não foram ainda suficientemente esclarecidas, fugindo ao alcance da norma prevista no art. 515, § 3º, esse tipo de decisão. Aí, até mesmo por questão de segurança jurídica, impõe-se o retorno dos autos ao juízo *a quo*.

Diferentes se afiguram, no entanto, aquelas situações em que a matéria de fato está comprovada nos autos, ou não está, embora tenha sido facultada aos litigantes a oportunidade para tanto (devidamente certificada), e o tribunal verifica que a lide está em condições para imediato julgamento. Aí, a nosso ver, estará o juízo *ad quem* autorizado a passar ao imediato julgamento da lide, ou seja, apreciando seu mérito sem fazer

¹⁸ Também é a essência do defendido por Cândido Dinamarco em *A reforma da reforma* (São Paulo: Malheiros, p. 155-157).

o processo retornar ao juízo *a quo*. Isso porque, tratando-se de direito dispositivo, tendo sido oportunizado às partes manifestarem-se acerca da produção probatória, descabe o retorno dos autos ao juízo de origem para que novamente se discuta acerca do interesse na produção de provas. Trata-se do princípio da eventualidade, e, não tendo as partes se manifestado em tempo hábil, a produção probatória restou preclusa. Entendimento diverso implicaria dar uma “segunda chance” às partes, de forma injusta e desarrazoada (salvo em se tratando de matérias de ordem pública ou de interesses indisponíveis).

Outro requisito que nos parece essencial para que o tribunal passe ao julgamento do mérito é que o processo esteja em condições para imediato julgamento. Não basta, portanto, que a questão de mérito a decidir seja apenas de direito: é necessário que o processo esteja maduro para a solução do mérito da causa, **cumulativamente**. Assim, mesmo que não haja provas a serem produzidas, não poderá o tribunal enfrentar o mérito da causa se uma das partes ainda não teve a oportunidade processual para debater a questão de mérito. Deve-se, então, observar o contraditório: hipóteses de extinção por indeferimento da inicial ou de extinção ocorrida antes do saneamento do processo e completo debate sobre o mérito e as provas cabíveis para sua elucidação ensejam o retorno do processo ao juízo de origem.

4.2 Implicações do art. 515, § 3º, do CPC

4.2.1 A insuficiência da distinção entre *error in procedendo* e *error in judicando* para fins de caracterização do art. 515, § 3º, do CPC

Já haviam sido sinalizados no começo deste trabalho os problemas da distinção entre *error in procedendo* e *error in judicando*, mister após a inovação trazida ao art. 515 do CPC pela Lei nº 10.352/2001 (item 3.2).

A doutrina é bem homogênea nos critérios para a distinção entre os *erros*, associando o *error in procedendo* normalmente às questões preliminares, ou seja, não associadas ao mérito da causa, e o *error in judicando* a uma falha na apreciação do mérito da causa.

Entretanto, como também já foi apontado anteriormente, verifica-se, na prática, a dificuldade em se desvencilhar a apreciação das condições da ação (uma das hipóteses previstas no art. 267, ensejadora de extinção do processo sem apreciação do mérito) do próprio *meritum causae*, de modo que é impossível afirmar categoricamente que o *error in procedendo* em nada se relaciona ao mérito da causa (superação da teoria do direito de ação como direito abstrato).

Além disso, é comum associar-se a constatação de um *error in procedendo* a um juízo de cassação, tal como o que deveria ocorrer sempre, obrigatoriamente, quando superado, em sede de apelação, o fundamento da sentença terminativa, antes do art. 515, § 3º, do CPC. Ocorre que, após a inovação legal em comento, há hipóteses, aqui já definidas, em que deve o tribunal passar ao imediato julgamento do mérito, ou seja, realizando juízo de substituição (normalmente relacionado ao *error in iudicando*) no lugar de um juízo de cassação.

Dadas tantas dificuldades em se adequar essa distinção comumente feita pela doutrina, parece-nos melhor superá-la, pois, se já houve tempos em que a distinção era satisfatória, hodiernamente já não o é. Como se não bastasse, classificar o vício a ser sanado na apelação em nada auxilia na definição do erro abrangido pelo art. 515, § 3º, do CPC (mais que isso, em toda a atividade jurisdicional), mostrando-se como uma discussão eminentemente acadêmica e que, por pouco (ou nada) influir na elucidação da causa, preciosista.

4.2.2 Deve a norma do art. 515, § 3º, ser aplicada *ex officio*?

Inicialmente, aponta-se a dúvida levantada pela doutrina: se, perante uma causa com condições para imediato julgamento, após a superação da preliminar que ensejara sentença terminativa, *deve* ou *pode* o tribunal passar ao julgamento imediato do mérito?

Embora a regra do dispositivo legal em comento fale literalmente em “pode o tribunal”, tal como os processualistas vêm apontando, também nós nos inclinamos a dizer que se trata de dispositivo que encerra um dever, tal como quase todos os dispositivos atinentes à atividade jurisdicional.

O termo “poder”, aí, é utilizado como designativo da competência ou poder para atuar (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 270). Uma vez, porém, determinada a competência, a parte passa a ter direito subjetivo à prestação jurisdicional, se presentes os pressupostos legais.

Mais acalorada, contudo, é a discussão acerca da necessidade ou não de haver pedido expresso no recurso de apelação para que o tribunal possa julgar originalmente o mérito da demanda com base no art. 515, § 3º, do CPC.

Há os que defendem ser imprescindível o pedido expresso do apelante para que seja aplicado o dispositivo legal, sob pena de violação ao art. 2º do CPC, aplicado analogicamente aos recursos. Este é o entendimento agasalhado, por exemplo,

por Flávio Cheim Jorge (JORGE, 2003, p. 76). É dizer, pelo princípio da congruência, que estará o tribunal adstrito ao pedido formulado pelo recorrente.

Em sentido contrário, entendendo que o tribunal poderá originalmente julgar o mérito independentemente de pedido, destaca-se o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. Para os referidos autores, sendo a agilidade e a celeridade do processo eminentemente de interesse público, as partes devem, ao interpor a apelação, contar com a possibilidade de imediato julgamento da lide, se o processo assim estiver em condições, pois isso acabaria por lhes carrear benefícios, uma vez que não pode ser legítimo o interesse em que os processos sejam morosos (WAMBIER, 2002, p. 143-144).

A nosso ver, tal celeuma se justifica por serem diversos os posicionamentos acerca da natureza do julgamento de mérito em sede do art. 515, § 3º, do CPC. Para quem entende que o julgamento deve ser pleiteado pelo recorrente, o tema pertence à **extensão**, e não à profundidade da devolução. Ora, conforme já tivemos a oportunidade de amplamente discutir a respeito da extensão do efeito devolutivo da apelação, está o julgador adstrito ao brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.

Já se se admitir o tema como relacionado à profundidade da devolução, para quem não reconhece o efeito translativo dos recursos, ou, mais acertadamente, como atinente ao efeito translativo, para quem o reconhece¹⁹, pode perfeitamente o tribunal passar ao exame do mérito sem pedido da parte, pois a matéria de ordem pública foge à sistemática definida pelo efeito devolutivo. Preferimos este último entendimento, pelas próprias razões expostas.

4.2.3 *Reformatio in pejus?* O efeito translativo do art. 515, § 3º

Uma interessante questão que não poderia deixar de ser analisada é sobre a possibilidade de o art. 515, § 3º, poder levar, em alguns casos, a uma *reformatio in pejus*²⁰. Esclarece-se: é possível que o juiz de primeiro grau tenha extinguido o processo sem apreciação do mérito - o que é decisão favorável ao réu e contrária ao autor -, e, apelando este

¹⁹ Consoante Nelson Nery Junior, quando o sistema autoriza o tribunal a julgar fora do que consta nas razões e contra-razões de recurso, está-se diante do efeito translativo. Tais matérias, eminentemente de ordem pública, não integram o efeito devolutivo. Já para Barbosa Moreira, que não reconhece o efeito translativo dos recursos, eventual apreciação pelo juízo *ad quem* de matéria não apreciada pelo juízo *a quo*, mas cuja apreciação se impõe, refere-se ao efeito devolutivo do recurso em sua **profundidade** (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 429).

²⁰ Tal cogitação é feita por ARRUDA ALVIM em II - Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei nº 10.352/2001, In: *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 77-79, que vislumbra, porém, solução diversa da aqui defendida.

último, que o tribunal dê provimento ao recurso e, apreciando o mérito, julgue improcedente a ação. Ora, com isso, o autor, que foi quem apelou, acabou tendo, ainda que com o provimento de seu recurso, sua situação piorada devido à nova decisão prolatada.

Ora, também já foi aqui esclarecido que o limitador da profundidade da devolutividade do recurso de apelação é justamente o princípio da proibição da *reformatio in pejus* (item 3.2). Sendo assim, se se entender que o art. 515, § 3º, amplia o efeito devolutivo da apelação, tal como aponta boa parte da doutrina, estar-se-á diante de uma hipótese de *reformatio in pejus*.

Todavia, ao se admitir que a regra contida no supracitado dispositivo refere-se ao efeito translativo²¹, então a hipótese aventada no início deste item não será de *reformatio in pejus*: afinal, a *reformatio in pejus* é instituto que se coaduna somente com o princípio dispositivo, que não é o caso das questões de ordem pública transferidas ao tribunal por força do efeito translativo (NERY, 2004, p. 485).

Sendo assim, considerando-se que:

- a) uma vez verificados os requisitos legalmente exigidos para que o tribunal julgue imediatamente o mérito, superado motivo ensejador da sentença terminativa prolatada em primeiro grau, deve (e não pode) o tribunal fazê-lo, independentemente de provocação da parte, por se tratar de um poder-dever (item 4.2.1);
 - b) pelo mesmo fundamento (ou seja, por ser um poder-dever), deve o tribunal, durante a apreciação do mérito, julgar improcedente a ação, ainda que piorando faticamente a situação do apelante;
 - c) o instituto da *reformatio in pejus* não se coaduna com o princípio dispositivo, sendo, outrossim, limite para a atividade jurisdicional, tanto no aspecto da extensão quanto na profundidade da devolução;
 - d) por outro lado, em sede de efeito translativo, não ocorrer o balizamento da apreciação jurisdicional pelo princípio da *reformatio in pejus*, porque, em última análise, não há verdadeiramente uma piora da situação, tratando-se de matéria de ordem pública,
- conclui-se que a hipótese aventada no art. 515, § 3º, do CPC diz respeito ao efeito translativo do recurso de apelação, tal como já se havia concluído no item 4.2.2, por fundamentação diversa.

²¹ Tal como concluiu William dos Santos Ferreira, em “Uma possibilidade do tribunal julgar o mérito da ação, mesmo que o juízo *a quo* não o tenha feito”, apud II - Notas sobre algumas das mutações verificadas com a lei 10.352/2001. In: *Aspectos polêmicos do recursos cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

V. Conclusão

1. O princípio do duplo grau de jurisdição possui guarida constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, sendo princípio constitucional implícito, decorrente do princípio (também constitucional) do devido processo legal.
2. O princípio da celeridade processual, ou da “duração razoável do processo”, também tem natureza constitucional, sendo inferível a partir do princípio-fórmula do devido processo legal e, após Emenda Constitucional nº 45, expressamente contido no texto da Carta Maior, no art. 5º, inc. LXXVIII.
3. Em uma constituição, existem dois tipos de normas: as regras e os princípios, sendo que Humberto Ávila ainda identifica um terceiro gênero, qual seja, o postulado normativo, cujo exemplo mais significativo é o “princípio” da proporcionalidade.
4. Segundo o critério do *modo final de aplicação*, criado por Dworkin e adotado por Daniel Sarmiento, as regras constituem normas de maior densidade normativa, que devem ser aplicadas segundo o critério do “tudo ou nada”. Do embate de duas regras, uma deverá ceder lugar à outra, e a solução da antinomia se dá com o uso dos critérios clássicos para a solução de conflitos normativos (da especialidade, cronológico ou hierárquico). Já os princípios, sendo “mandados de otimização” (Alexy), devem ser aplicados dentro das possibilidades jurídicas e fáticas oferecidas pelo caso concreto, e não segundo o critério do “tudo ou nada”.
5. A técnica da Ponderação de Interesses, tal como concebida por Sarmiento, vem justamente proporcionar o equacionamento entre princípios colidentes em um caso concreto. Destaca-se que a Ponderação de Interesses só ganha relevo em um país de constituição pluralista, que alberga em seu bojo valores com matizes ideológicos distintos, potencialmente colidentes no caso concreto, como é o caso da brasileira.
6. Propugna a Ponderação de Interesses por uma compressão recíproca entre os princípios, de modo que não se elimine totalmente nenhum deles; a conclusão sobre o quanto um princípio deve ceder ao outro se dá com a utilização do postulado normativo da proporcionalidade, em suas três nuances, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
7. A apelação é apontada pela doutrina como o recurso por excelência. Classifica-se como recurso ordinário, de fundamentação livre e de cognição

ampla. Presta-se à correção tanto de *error in iudicando* quanto de *error in procedendo*.

8. O *error in iudicando* refere-se ao mérito da decisão impugnada, sendo que o juízo decorrente de sua apreciação é denominado pela doutrina em geral de “juízo de reforma” (função rescisória), enquanto o *error in procedendo*, referindo-se a erro verificado no procedimento, é apreciado por um juízo de cassação (função rescindente).

9. Distinguem-se os efeitos de interposição e julgamento do recurso de apelação. Como manifestação do primeiro tipo, apontam-se os efeitos obstativo, suspensivo e devolutivo: segundo este, será objeto da apelação o que foi apontado nas suas “razões”, estando proibido o juiz, em regra, de julgar fora do que foi pedido, o que se traduz pelo brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*. Trata-se da extensão do efeito devolutivo. Entretanto, para apreciação da matéria impugnada, tem o tribunal a liberdade de apreciar todas as questões suscitadas e discutidas no processo até o momento, ainda que a sentença impugnada não as tenha julgado por inteiro. Este é o efeito devolutivo em sua profundidade, que, como se percebe, é bem amplo em sede de apelação cível.

10. Destaca-se que o limite para o efeito devolutivo, tanto em sua extensão como (principalmente) em sua profundidade, é o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

11. Como efeitos do julgamento da apelação temos: expansivo, substitutivo e translativo. Relativo a este último, destacamos que não é ele regido pela proibição da *reformatio in pejus*, mas, sim, pelo princípio inquisitório, pois se analisam, em sede deste efeito, as questões de ordem pública, que podem ou não ter sido objeto das “razões”. Entretanto, como é dever do magistrado zelar pela higidez processual, impõe-se-lhe a apreciação de tais questões, ainda que não suscitadas.

12. Sendo constitucionais os princípios do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual, é plenamente possível que, verificada uma colisão entre eles, proceda-se ao seu cotejo através da técnica da ponderação de interesses, que se viabiliza através do postulado da proporcionalidade. Na verdade, é justamente através da Ponderação de Interesses que concluímos pela constitucionalidade do art. 515, § 3º, do CPC, pois se trata de hipóteses em que o princípio do duplo grau de jurisdição é mitigado em favor do princípio da celeridade processual, tudo conforme leciona o

postulado da proporcionalidade. Ou seja, tal mitigação se justifica tanto pela sua adequação quanto pela sua necessidade e, ainda, pela proporcionalidade em sentido estrito.

13. As alegações de que o citado artigo fere o duplo grau de jurisdição porque, em face de uma sentença terminativa, não haveria encerramento da função jurisdicional não merecem acolhida, pois tal entendimento é arraigado na concepção de direito de ação segundo a teoria eclética de Liebman, que, embora tenha seu valor, no que tange à associação entre o exercício do direito de ação e a sentença de mérito, merece ser revisada.

14. Ademais, o duplo grau de jurisdição não deve prevalecer em toda e qualquer hipótese, pois se trata de um princípio, e é cediço que nenhum princípio é absoluto. Assim, a própria legislação infraconstitucional já tratou de prever situações em que não se verifica o duplo grau, como é o caso do art. 34 da Lei de Execuções Fiscais.

15. Também não é absoluto o direito de recurso, pois, ainda que nas situações acima apontadas se cogite da possibilidade de interposição de algum recurso especial (*lato sensu*), tais recursos não se prestam a garantir o duplo grau, mas, sim, a garantir a defesa do direito federal e a unificação de jurisprudência.

16. Verificada a constitucionalidade do art. 515, § 3º, do CPC, impõe-se a definição do âmbito de incidência do princípio da celeridade processual perante o do duplo grau, o que se traduz, *in casu*, na fixação dos requisitos necessários para se concluir que está o processo “maduro” para julgamento imediato do mérito. Defende-se que, embora o texto legal aponte como um dos requisitos que a situação seja tão-só de direito, devem ser também admitidas as situações de fato e de direito (mesmo porque, a rigor, nenhuma questão é somente de direito), desde que não necessitem de dilação probatória; cumulado a esse requisito, deve o processo estar em condições para imediato julgamento, ou seja, o contraditório já deve ter sido exercido, de modo que a relação jurídica já tenha se triangulizado.

17. Como implicação da norma ínsita no art. 515, § 3º, do CPC apontamos, dentre outras, a insuficiência da distinção entre *error in procedendo* e *error in judicando*, pois o primeiro, normalmente associado a juízo de cassação, ocorre em sede do art. 515, § 3º, mas ali a solução é diferente, pois, ao invés de ocorrer a cassação da sentença prolatada em primeiro grau, ocorre a sua substituição (efeito normalmente associado à ocorrência de *error in judicando*).

18. Por se tratar de um poder-dever, em que se pese o fato de o texto legal falar em “pode o tribunal”, entendemos que é dever do tribunal passar ao exame do mérito da lide, uma vez provida apelação interposta diante de sentença terminativa. E tal deve se dar independentemente de pedido do apelante, pois o tema diz respeito ao efeito translativo do recurso de apelação, e não ao efeito devolutivo, seja em seu aspecto vertical ou horizontal (embora para quem não reconheça o efeito translativo dos recursos, como Barbosa Moreira, o tema vá residir no aspecto da profundidade da devolução da apelação).

19. Reafirmando-se a existência de efeito translativo na norma do art. 515, § 3º, do CPC, constata-se que, se se entendesse que o novel dispositivo legal se trata de manifestação do efeito devolutivo, tal como sustenta boa parte da doutrina, estaríamos diante de um insolucionável problema, pois, embora se proíba a *reformatio in pejus* quando se fala de efeito devolutivo, podemos vislumbrar, na prática, hipóteses em que a aplicação do art. 515, § 3º, se fosse entendido como manifestação do efeito devolutivo, levaria a uma *reformatio in pejus*. Entretanto, admitindo-se o mesmo dispositivo como manifestação do efeito translativo da apelação, não observaremos a piora na reforma, pois ela não ocorre em sede de citado efeito, que é regido pelo princípio inquisitório.

6. Bibliografia

ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado: legislação processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

AVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BEMFICA, Francisco Vani. *O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978 (reimpressão).

CHEIM JORGE, Flavio. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Direito*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Apelação cível*. São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Nasce um novo processo civil: Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.

European Court of Human Rights. *Critérios definidos pela Corte Européia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr>>. Acesso em: 6 mar. 2006, às 23h.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos Constitucionais dos Juizados de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2 volumes, 4. ed. Milão: Giuffrè, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII, n. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Atualização legislativa de Sergio Bermudes.

NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.

BREVES CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA QUESTÃO DA INAFASTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL¹

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²

Juiz Federal convocado pelo TRF da 2ª Região;

Professor Doutor da UERJ e da UNESA;

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR;

Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt, Alemanha);

Especialista em Direito Processual Civil pela UnB;

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha);

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual,

da Associação Teuto-Brasileira de Juristas,

do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e

da Associação Internacional de Direito Processual

RESUMO

O presente trabalho aborda algumas questões referentes à inafastabilidade da prestação jurisdicional, iniciando-se com um breve relato sobre o desenvolvimento do direito de ação em países de direito costumeiro e positivo. Em seguida, enfoca-se a questão no âmbito do Brasil, desde o seu surgimento como princípio constitucional, passando-se ao estudo de situações concretas, com destaque para questões controvertidas, como o artigo 2º da Lei nº 9.494/1997, que pretendeu instituir um novo texto para o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública; a Lei de Arbitragem e a validade da cláusula compromissória; e o artigo 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.958/2000, que preceitua que qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se esta houver sido instituída na localidade da prestação de serviços.

PALAVRAS-CHAVE

Prestação Jurisdicional. Inafastabilidade. Controvérsias

SUMÁRIO

1. A evolução do princípio da inafastabilidade no cenário internacional. 2. A introdução e o desenvolvimento do princípio no direito constitucional brasileiro. 3. O direito

¹ Texto de conferência nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, promovidas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), atualizado e acrescido de trechos e notas.

² Com a colaboração de Tatiana Arno Di Palma.

constitucional de ação e a casuística atual. 4. A inconstitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97. 5. A lei da arbitragem e a sua constitucionalidade. 6. As Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho.

1. A evolução do princípio da inafastabilidade no cenário internacional

O homem e a sociedade vivem em constante evolução. Por conseguinte, o Direito, como um todo, e o Direito Processual, como objeto do presente estudo, também precisam acompanhar *pari passu* as transformações sociais.

O princípio do direito à prestação jurisdicional representa construção que vem se desenvolvendo ao longo da história. Em síntese, resulta de evolução consubstanciada nos sistemas anglo-saxão (*common law*) e codificado de direito (*civil law*). A professora Ada Pellegrini Grinover escreveu, há trinta anos, estudo valioso sobre as garantias constitucionais do direito de ação³.

Nos países de direito costumeiro, a necessidade da proteção judicial, como direito fundamental, surge a partir do artigo 39, da Magna Carta de 1215, na Inglaterra, que estabelecia, em suma, que nenhum homem livre poderia ser privado da sua liberdade, exilado, condenado ou de qualquer modo aniquilado, salvo mediante o devido processo legal (*due process of law*). A regra possuía inicialmente, como se vê, caráter defensivo.

A norma encontra-se consubstanciada, na Constituição norte-americana, na parte final da Seção 1, da Emenda nº XIV, de 1868, estatuinto que nenhum Estado poderá privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, bem como negar a qualquer pessoa, dentro da sua jurisdição, igual proteção das leis. O princípio do devido processo legal passou a expressar sentido significativamente amplo, que não se encerra com o simples direito de receber a prestação judicial. Representa, assim, o direito ao contraditório, à ampla defesa, à representatividade adequada nas *class actions*, à igualdade das partes no processo, à razoabilidade das leis etc.

No direito codificado, o direito da ação avança da concepção concreta para a de direito abstrato à prestação jurisdicional, não sem exigir, crescentemente, o acompanhamento de garantias inerentes ao devido processo legal. Na Lei Fundamental alemã de 1949 prevê o artigo 19: “Se alguém for lesado nos seus direitos pelo Poder Público, estar-lhe-á aberta a via judicial”. A Carta estabelece, ainda, o direito de petição e o direito de ser ouvido em juízo. O direito de ação, no entanto, foi considerado como princípio imanente pelo Tribunal Constitucional alemão⁴. A Constituição italiana, por

³ *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

⁴ Vide ROSENBER; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*. Muenchen: Beck's, 1993, p. 455 e segs.; e JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, Muenchen: C. H. Beck, 2003, p. 118 e segs.

sua vez, reconheceu, no seu artigo 24, que todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos⁵.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem preconiza⁶, desde 1948, no seu artigo 8º: “Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições competentes contra os atos violando os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

2. A introdução e o desenvolvimento do princípio no direito constitucional brasileiro

No Brasil, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional passa a figurar expressamente nas constituições a partir da Carta de 1946. Entretanto viveu momentos de agonia durante os anos de ditadura. O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, determinou, no seu artigo 11, a exclusão de qualquer apreciação judicial de todos os atos praticados de acordo com o respectivo Ato e seus Atos Complementares. A Emenda Constitucional de 1969 foi ainda mais longe, excluindo da apreciação judicial os atos em geral praticados pelo Governo Federal, bem como Atos Institucionais e Atos Complementares etc.

Encontra-se, atualmente, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Três aspectos podem e devem ser ressaltados, desde logo, no texto da Constituição de 1988: a supressão da possibilidade, prevista no artigo 153, § 4º, da CF/69, com a alteração produzida pela Emenda Constitucional nº 7/77, de condicionamento ao exaurimento da via administrativa; a aplicabilidade atual do princípio em termos de direitos *coletivos*; e o reconhecimento constitucional da garantia diante da *ameaça* ao direito.

O exaurimento da via administrativa, salvo no caso da justiça desportiva, por força do artigo 217, §§ 1º e 2º, da Constituição, não poderá ser mais exigido para o exercício do direito de ação. Isso não significa o puro e simples desaparecimento da necessidade de se formular prévio requerimento junto à Administração Pública, na medida que a pretensão administrativa precisa ser apreciada e negada para que se configure a lide, ou seja, o conflito caracterizado pela pretensão resistida. Do contrário, não haverá interesse de agir. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao considerar que não ofendeu o princípio da inafastabilidade a sentença que julgou extinto o processo,

⁵ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1999, p. 9 e segs.

⁶ Cfr. *Verfassung und Zivilprozess*, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, Bielefeld: Gieseking, 1984.

sem o julgamento do mérito, de ação acidentária que não foi precedida da devida comunicação e requerimento ao INSS⁷.

É de se ressaltar que as condições da ação, assim entendidas como a legitimação, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido, não lesionam o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. A legitimação trata de preservar o direito, pois sobre este só haverá decisão se o titular ou o legitimado extraordinariamente figurar no processo. O interesse configura-se pela necessidade e utilidade. Não sendo necessária e útil a providência jurisdicional, a ausência da atividade judicial não acarretará qualquer prejuízo para o jurisdicionado. Por fim, a realização da jurisdição, diante de pedido juridicamente impossível, assim entendido o que é vedado pelo ordenamento jurídico, significaria desperdício de recursos, na medida em que o insucesso da pretensão seria inequívoco. Como leciona Nelson Nery Junior⁸, os pressupostos processuais e as condições da ação “significam limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação”.

O preceito do direito constitucional de ação⁹ está situado no Capítulo I (Dos Direitos e deveres individuais e coletivos), do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), da Constituição de 1988. Diz respeito, assim, aos direitos individuais e *coletivos*. A inafastabilidade ou inarredabilidade do controle jurisdicional deixa de estar voltada apenas para a tutela individual, consistindo em clara inovação em relação ao direito anterior. Nas Cartas de 1946, 1967 e 1969, a índole individualista manifestava-se de modo claro. Em todas, a menção situava-se na rubrica dos capítulos intitulados “Dos direitos e das garantias individuais” e nas redações praticamente idênticas: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de (a) direito individual”.

Do mesmo modo, os textos anteriores silenciaram quanto à proteção à ameaça de lesão. A menção expressa, no atual, salienta o caráter indispensável da tutela preventiva, especialmente relevante em se tratando de direitos como os da personalidade, dos difusos e coletivos, destacando-se a proteção ao meio ambiente.

3. O direito constitucional de ação e a casuística atual

O destinatário principal do comando constitucional relacionado com a inafastabilidade da prestação jurisdicional é, segundo afirma Pontes de Miranda¹⁰, o legislador. Entretanto, as pessoas e instituições, em geral, encontram-se vinculadas pela

⁷ AI n° 12.739 AgR/RJ; DJ de 18/12/1992; p. 24.380; Segunda Turma; Rel.: Min. Carlos Velloso

⁸ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 98.

⁹ Art. 5°, inciso XXXV.

¹⁰ *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo V, 2. ed., 1971, p. 108 e segs.

norma, que pode ser invocada em face do próprio Poder Judiciário, seja na sua atividade administrativa, normativa ou jurisdicional.

É importante notar que, em tempos de democracia, a violação do preceito da inafastabilidade não ocorre, geralmente, de modo direto e expresso. O legislador, *v. g.*, não edita normas que prevejam abertamente a impossibilidade de acesso, exigindo do intérprete atenta análise da razoabilidade das leis. O estudo de situações concretas permite, por outro lado, a visualização do alcance e dos limites na aplicação do princípio da inafastabilidade.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ainda com base na Constituição anterior, entendeu inconstitucional lei estadual que atribuía ao pedido de parcelamento de crédito fiscal o efeito de confissão irretroatável e de renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial, afrontando, assim, o princípio da inafastabilidade¹¹.

Tema que vem sendo relativamente freqüente na análise dos tribunais é o das custas judiciais. O assunto tem tomado corpo especialmente no âmbito estadual, haja vista que as taxas judiciárias federais são notoriamente irrisórias, não alcançando, muitas vezes, sequer o custo do próprio serviço bancário para o recolhimento mediante o devido DARF. O Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade quando a fixação da respectiva taxa judiciária não encontra limite razoável, estabelecido a partir da equivalência entre o valor exigido e o custo real dos serviços¹². A simples majoração e estipulação de alíquota progressiva, desde que guardada a proporção com o serviço prestado, não afrontaria, contudo, o preceito da inafastabilidade.

Em relação à imunidade judiciária do Estado estrangeiro, cabe lembrar que o Supremo Tribunal, em julgado do Pleno, proferido em 1989, mudou a orientação anterior da Corte, para fixar a possibilidade de exercício da jurisdição em relação às causas trabalhistas, pela Justiça do Trabalho, consentâneo com o art. 114 da Constituição da República¹³.

Interessante observar que a prestação jurisdicional é afastada, em certas ocasiões, por via oblíqua. É o que se passa, por exemplo, em concursos públicos, quando a avaliação do candidato, especialmente em exames psicotécnicos, é realizada com base em critérios subjetivos, sem um grau mínimo de objetividade, ou em critérios não revelados, porque não permitem o acesso ao Judiciário para a verificação de eventual lesão.

¹¹ RE nº 94.141; DJ de 4/3/1983; p. 1.937; Tribunal Pleno; Rel.: Min. Soares Muñoz.

¹² ADIN nº 948/GO; DJ de 17/3/2000; p. 002; Tribunal Pleno; Rel.: Min. Francisco Rezek. ADIN nº 1.926-MC/PE; DJ 10/9/1999; p. 002; Tribunal Pleno; Rel.: Min. Sepúlveda Pertence.

¹³ ACi nº 9.696/SP; DJ 12/10/1999; p. 11.045; Tribunal Pleno; Rel.: Min. Sydney Sanches

Da mesma forma, quando o edital prevê o sigilo das provas. Essa é a posição pacificada no Supremo Tribunal Federal¹⁴.

A Corte Suprema assentou, recentemente, que a extinção de processos de execução fiscal, com fulcro na falta de interesse, em razão da insignificância do valor da dívida ativa cobrada, não ofende o princípio da inafastabilidade¹⁵. O entendimento esposado é altamente salutar, moralizador e dignifica a função jurisdicional, na medida em que é fato corriqueiro o ajuizamento de execuções fiscais economicamente inviáveis, porque representam, na verdade, apenas o aumento das despesas para o erário público. Transfere-se, desse modo, para o Poder Judiciário a responsabilidade pela cobrança de dívidas sabidamente inexecutíveis, entulhando e atravancando, de maneira incosequente, ainda mais os órgãos judiciais.

A violação ao princípio da inarredabilidade pode emanar, por vezes, do próprio Poder Judiciário, seja na sua atividade administrativa, seja na judicial propriamente dita. Em 1996, diante de paralisação que atingiu por completo as atividades do Judiciário no Estado de Alagoas, foi impetrado mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, com base na aplicação analógica do art. 102, I, “n”, ou seja, quando mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos. Embora a Corte Constitucional não tenha “conhecido da ação”, em pronunciamento nada ortodoxo, determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça local, “devendo o seu Presidente, em função da aludida garantia constitucional, ‘se não entender de organizar plantão de Juízes para adoção de medidas judiciais de urgência, chamar a si a adoção dessas medidas’”¹⁶.

Em termos judiciais, o Supremo Tribunal enxergou, igualmente, a violação do preceito inscrito no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, em julgado do TST, que havia deixado de apreciar, em embargos de declaração, a omissão quanto à alegação de deserção do recurso ordinário, levantada nas contra-razões do recurso ordinário e reiterada nos embargos¹⁷.

4. A inconstitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97

A Lei nº 9.494, de 10.9.97, convertendo em lei a Medida Provisória nº 1.570, designou, inicialmente, a seguinte redação para o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública:

¹⁴ RE nº 243.926/CE; DJ 10/08/2000; p. 012; Primeira Turma; Rel.: Min. Moreira Alves.

¹⁵ RE nº 252.965/SP; DJ 29/09/2000; p. 098; Segunda Turma; Rel.: Min. Marco Aurélio.

¹⁶ MS nº 22472 QO/AL; DJ de 23/3/2001; p. 086; Tribunal Pleno; Rel.: Min. Moreira Alves.

¹⁷ Informativo nº 151 do Supremo Tribunal Federal.

“A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos termos da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Em seguida, o texto foi modificado, mediante a adoção de medidas provisórias sucessivas¹⁸, para dispor que: “A sentença prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Pretendeu-se, assim, instituir novo texto para o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, com o intuito claro de fracionar o alcance das ações coletivas. Todavia, há que se consignar que a versão originária do artigo dispunha, em síntese, que a sentença faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido fosse julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderia intentar “outra” ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a matéria pertinente aos efeitos do julgamento e da coisa julgada passou a ser regulada inteiramente pelo art. 103, na medida em que instituiu sistema consentâneo com a nova divisão tripartite dos interesses coletivos, nada mais podendo ser aproveitado do art. 16, da Lei nº 7.347/85, razão pela qual é de se considerar o mesmo revogado, com fulcro no art. 2º, § 1º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil. Desse modo, houve manifesto equívoco do legislador ao pretender dar nova redação a dispositivo que não se encontrava mais em vigor. Este não foi, entretanto, o maior engano.

A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição, como já visto, não se confunde com a competência. Todos os juízes são investidos na jurisdição, estando limitada tão-somente a sua competência para conhecer, processar e julgar os processos. Por outro lado, a jurisdição é um poder decorrente diretamente da soberania, razão pela qual guarda aderência sobre o território nacional, ainda quando o órgão seja estadual. As regras de competência fixarão, sim, quem deve ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial.

Da mesma forma, há que ser invocada, mais uma vez, a indivisibilidade do objeto, quando o interesse for difuso ou coletivo, não sendo possível o seu fracionamento para atingir uma parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial.

¹⁸ A nova redação foi prevista inicialmente na Medida Provisória nº 1.781-1, de 11/2/1999, seguida depois pelas de nº 1.906-11, de 25/11/1999; nº 2.102-32, de 21/6/2001; e nº 2.180-33, de 28/6/2001.

5. A lei da arbitragem e a sua constitucionalidade

Outro ponto controvertido quanto à matéria objeto do presente estudo diz respeito à Lei da Arbitragem. Segundo o referido diploma legal, as partes que pretendem submeter seus litígios ao juízo arbitral, renunciando, assim, à via jurisdicional, podem firmar cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Por meio da cláusula compromissória, nos termos do artigo 4º, as partes estabelecem que, na hipótese de eventual conflito futuro sobre contrato, este seria solucionado através da arbitragem¹⁹.

Já o compromisso arbitral consiste em convenção através da qual se fixam as características da arbitragem a ser instituída, com o escopo de dirimir litígio preexistente, conforme consignado no artigo 9º²⁰.

A Lei 9.307/96 determina que, depois de pactuada a cláusula compromissória, as partes não podem se furtrar à submissão da lide à arbitragem. Destarte, diante da resistência de um dos signatários, o outro tem o direito de acionar o Poder Judiciário com o objetivo de obter o compromisso arbitral, podendo o juiz substituir a vontade da parte recalcitrante para fixar os termos do mesmo através de sentença, nos termos de seu artigo 7º²¹.

Diante de tais disposições, questionou-se a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, eis que haveria uma violação ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Tal discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de arguição incidental em Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206). Não obstante votos em sentido contrário proferidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade dos mecanismos estabelecidos pela Lei 9.307/96²².

No mesmo sentido da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, os demais tribunais brasileiros vêm pacificando entendimento quanto à constitucionalidade da Lei de Arbitragem, admitindo, por conseguinte, que a existência da cláusula compro-

¹⁹ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

²⁰ “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

²¹ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

²² Informativo nº 254, do Supremo Tribunal Federal.

missória impõe a extinção do processo sem julgamento de seu mérito, nos termos do artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, acrescentado pelo artigo 41, da Lei 9307/96²³.

De fato, a Lei 9.307/96 não colide com a garantia constitucional supra-mencionada. A prestação jurisdicional constitui um direito dos jurisdicionados, mas não impõe o dever de levar ao conhecimento do Poder Judiciário qualquer contenda que se desenvolva entre pessoas físicas ou jurídicas. Conforme fora anteriormente destacado, o princípio ora em debate dirige-se principalmente ao legislador, que não pode elaborar leis que excluam a apreciação, pela via jurisdicional, de lesão ou ameaça a direito. Todavia, da mesma forma que é lícito às partes transacionar sobre direitos disponíveis, podem estas voluntariamente acordar que suas controvérsias serão resolvidas por um juízo arbitral.

Ressalte-se, outrossim, que, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96, somente os litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de arbitragem²⁴. Destarte, se as partes podem até mesmo renunciar a direitos desta natureza, não há fundamento para negar-lhes a possibilidade de escolha quanto ao meio mais adequado de solução de conflito desencadeado pelas mesmas.

Tal entendimento coaduna com o expresso por Humberto Theodoro Jr., que afirma que “o juízo arbitral não é imposto pela lei, mas fruto de livre convenção entre as partes contratantes, que somente poderão convencená-lo a respeito de litígios referentes a ‘direitos patrimoniais disponíveis’ e desde que envolvam apenas pessoas maiores e ‘capazes’”²⁵.

Ademais, o laudo arbitral não é totalmente isento de controle do Poder Judiciário. Embora este não possa modificar seu conteúdo em razão da mera insatisfação de um dos interessados, a Lei 9.307/96 permite que a parte pleiteie pela via judicial a decretação da nulidade da sentença arbitral, tendo em vista a existência de vícios enumerados no artigo 32.

Cabe salientar, ainda, que a arbitragem consiste em uma medida alternativa à solução de conflitos deveras salutar tanto para as partes, como para o Poder Judiciário. A opção pela jurisdição privada constitui meio mais célere para dirimir controvérsias,

²³ Vide Resp nº 486787, Rel.: Min. Castro Filho, de 11/04/2003; Apelação Cível nº 28.020/2002, Rel.: Des. Ademir Pimentel, de 12/3/2003, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Apelação Cível nº 1999.0110567502, Rel.: Des. Adelith Carvalho, de 27/3/2003, julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal; e Apelação Cível nº 00575884, Rel.: Des. Helena Cunha, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

²⁴ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

²⁵ A Arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2, nov.-dez. 1999, p. 5.

desafogando, ainda, a via jurisdicional. A arbitragem também possibilita que o conflito seja resolvido por pessoas que detenham especial conhecimento sobre o assunto a ser discutido, uma vez que incumbe às partes interessadas escolher os árbitros.

Note-se que o artigo 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, visando à proteção da parte contratante hipossuficiente, previu que, em se tratando de contrato de adesão, a fixação de cláusula compromissória somente terá validade se a iniciativa de instituir a arbitragem for tomada pelo aderente ou, se este concordar expressamente com a aposição desta cláusula²⁶. Tal ressalva se fez necessária, pois o referido contrato não é elaborado e debatido por ambas as partes, seu conteúdo encontra-se previamente estabelecido apenas por uma delas, não havendo a possibilidade de se realizar alterações que se adaptem aos anseios específicos de cada aderente.

Cumpre ressaltar que as disposições desse diploma legal estão em consonância com os sistemas arbitrais alienígenas. A título de exemplo, pode-se citar: o Código Tipo de Processo Civil para a Ibero-América, a Lei-Modelo Uncitral e países como Inglaterra e Estados Unidos²⁷.

Constata-se, portanto, que a Lei de Arbitragem está perfeitamente de acordo com a Constituição vigente, constituindo um avanço no Direito Processual Brasileiro, haja vista que permite às partes buscarem um modo que lhes seja mais adequado à resolução de controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

6. As Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho

Através da Lei 9.958/00, foram introduzidas, no ordenamento jurídico brasileiro, as denominadas Comissões de Conciliação Prévia, cuja regulação se encontra disposta nos artigos 625-A a 625-H, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O sistema instituído pelo referido diploma legal tem por escopo tentar dirimir as controvérsias trabalhistas por meio da conciliação, isto é, visa à realização de acordo entre empregador e empregador, ambos auxiliados por seus pares. Tal forma de resolução, se bem sucedida, dispensaria as partes da utilização das vias judiciais em busca da pacificação do conflito.

²⁶ Art. 4º, § 2º: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

²⁷ Júnior, Joel Dias Figueira. Da Constitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei da Arbitragem (nº 9.307/96): A Questão da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. *Revista de Processo*, nº 91, vol. jul.-set. 1998, p. 171.

Desse modo, a utilização das Comissões de Conciliação Prévia tornaria mais célere a solução da questão controvertida e, ao mesmo tempo, importaria a redução de reclamações trabalhistas, desafogando o Poder Judiciário. Em suma, a conciliação, uma vez que realizada em momento anterior ao ingresso na Justiça do Trabalho, traz consequências salutares tanto para as partes, como para o Estado.

Tendo em vista os benefícios trazidos pela tentativa de conciliação extrajudicial dos conflitos individuais trabalhistas, vários outros países adotaram formas de mediação entre empregados e empregadores. Dentre eles, podemos citar a Alemanha, que, ao criar os chamados Conselhos de Empregados, garantiu a estes direitos de participação, informação e consulta em questões trabalhistas, permitindo-se, ainda, em caso de impasse, a instituição de um Órgão Conciliador *ad hoc*, formado por representantes de empregados e empregadores e um presidente neutro²⁸. Também a Argentina estabeleceu, através da Lei Federal 2.457/95, procedimento obrigatório de mediação prévia a todos os juízo²⁹, sendo posteriormente editada a Lei Federal 24.635/96, que fixou regras destinadas à conciliação em litígios trabalhistas.

Seguindo a tendência permeada pelo direito alienígena, a Lei 9.958/00 facultou a empresas e sindicatos a instituição de Comissões de Conciliação Prévia, compostas por representantes de empregados e empregadores, e destinadas a conciliar dissídios individuais relativos à relação de emprego³⁰. Obtendo-se acordo, será lavrado termo de conciliação que constitui título executivo extrajudicial³¹, não podendo a mesma controvérsia ser suscitada em sede jurisdicional, salvo, por exemplo, na hipótese de ocorrência de vícios inerentes ao próprio termo ou à constituição da comissão perante a qual este foi firmado.

Surgiram, contudo, discussões acerca da constitucionalidade da referida lei. O ponto de discórdia centra-se no disposto no artigo 625-D, que preceitua a necessidade

²⁸ Vide, nesse sentido, a dissertação de mestrado *As Comissões de Conciliação Prévia: uma discussão à luz do acesso à Justiça e da sua natureza processual*, de Isabelli Maria Gravará Maron, defendida em 2003 na Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

²⁹ “Art. 1º: Institui-se em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os juízos, mediação esta que será regida pelas disposições da presente lei. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia. As partes ficarão isentas do cumprimento deste trâmite se provarem que, antes do início da causa, existiu mediação perante os mediadores registrados pelo Ministério da Justiça.”

³⁰ “Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho”.

³¹ “Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.

Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.”

de prévia submissão da demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, quando esta existir na localidade onde se originou o conflito³².

Tal regra, segundo alguns autores, como José Affonso Dallegrave Neto³³ e Adolfo Mamoru Nishiyama³⁴, ofenderia o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, haja vista que subordina o ajuizamento de reclamação trabalhista ao insucesso da tentativa de acordo perpetrada frente às referidas comissões. Seria, portanto, um obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário imposto aos jurisdicionados.

Com base nesse argumento, foram propostas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.139-7, 2.160-5 e 2.148-6, que foram reunidas em uma só ação. Após os votos do Ministro Octávio Gallotti, indeferindo a liminar, e do Ministro Marco Aurélio, deferindo-a, em parte, dando uma interpretação conforme a Constituição com o objetivo de assegurar o livre acesso ao Judiciário, o julgamento foi adiado em face de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence³⁵.

Os Tribunais do Trabalho também divergiram quanto à constitucionalidade do comparecimento obrigatório à Comissão de Conciliação Prévia. O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, ao baixar o Provimento 55 de 2000, estatuiu que a passagem pela comissão seria apenas uma faculdade. Já o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná reconheceu, na Arguição de Constitucionalidade nº 01 de 2001, a obrigatoriedade do comparecimento à comissão. Esse entendimento foi acompanhado pelo Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro³⁶ e pelo Tribunal Superior do Trabalho³⁷.

O modo pelo qual foram instituídas as Comissões de Conciliação Prévia e o próprio ideal de Justiça do Trabalho, que privilegia a solução das demandas pela via conciliatória, leva a crer que o sistema criado pela Lei 9.958/00 não viola o princípio inscrito no inciso XXXV, artigo 5º, da Constituição.

A Carta Constitucional pátria, em seu artigo 114, § 2º, já favorecia a negociação quanto aos dissídios trabalhistas coletivos, que só poderiam ser levados à Justiça do Trabalho se não houvesse a possibilidade de acordo³⁸.

³² “Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.”

³³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações do Processo do Trabalho: Procedimento Sumaríssimo (Lei 9.957/2000) e Comissões de Conciliação Prévia (Lei 9.958/2000)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56-57.

³⁴ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. CLT: a constitucionalidade da Lei 9.958, de 12/01/2000. In: *Editorial Atlas, Direito*, n. 18, out.-dez. 2002, p. 5.

³⁵ Informativo nº 195 do Supremo Tribunal Federal.

³⁶ RO nº 11.053-01; DJ de 23/9/2002; Nona Turma; Rel. Juiz José da Fonseca Martins Júnior.

³⁷ RR nº 58279-2002-900-04-00; DJ de 22/11/2002; Terceira Turma; Rel.: Min. Terezinha Célia Kineipp Oliveira.

³⁸ Art. 114, § 2º - “Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”.

A prévia passagem do conflito pelas Comissões de Conciliação Prévia não inviabiliza de modo algum sua apreciação pela via judicial. Isso porque, caso não haja acordo, as partes poderão levar o litígio ao conhecimento do Poder Judiciário através da reclamação trabalhista.

Ademais, cumpre ressaltar que, se a sessão de conciliação não for realizada em dez dias, será emitida declaração de tentativa conciliatória frustrada, que possibilita o ingresso na via judicial³⁹. Tal prazo, frente ao longo período enfrentado pelos litigantes na Justiça do Trabalho à espera de uma decisão final, não pode ser concebido como instrumento apto a dificultar ou retardar a prestação jurisdicional.

7. Conclusão

Como se pode aferir, o presente trabalho consiste em uma pequena contribuição com o escopo de incrementar a discussão em torno do tema direito de ação, apresentando algumas questões controversas acerca do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, sem qualquer pretensão de exaurimento. Parte-se do entendimento de que o debate amplo é o principal veículo para incrementar a elaboração de propostas e a adoção de medidas que busquem o aprimoramento de normas e tornem efetivo o acesso à justiça.

³⁹ “Art. 625-F. As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado. Parágrafo único. Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração a que se refere o § 2º do art. 625-D.”

ALGUNS TÓPICOS SOBRE A LEI Nº 11.232/2005

Bárbara Gomes Lupetti Baptista

Advogada e mestranda em Direito pela Universidade Gama Filho

RESUMO

Pretende-se analisar neste estudo - sob o prisma das garantias fundamentais do processo - as mudanças produzidas no processo civil brasileiro através da recém-promulgada Lei nº 11.232/2005. Trata-se de importante alteração legislativa que consagrou a extinção do processo autônomo de execução, inserindo, no Livro I do Código de Processo Civil, parte do conteúdo do seu Livro II, deixando, contudo, algumas lacunas a serem preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência. O escopo deste trabalho é, tão-somente, conceder ao leitor um panorama inicial sobre as modificações advindas da publicação da referida lei, bem como sobre as suas possíveis repercussões no campo prático.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil. Execução. Reforma

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais 2. O conceito de sentença 3. Sentença e coisa julgada: mera adequação 4. Da liquidação de sentença 5. Do cumprimento da sentença 6. Dos embargos à execução contra a Fazenda Pública 7. Da ação monitória 8. Dos embargos à arrematação e à adjudicação 9. Dos honorários advocatícios 10. Considerações finais

1. Considerações iniciais

Trata-se de legislação oriunda do Projeto de Lei no 3.253/2004 (PLC nº 52/2004), publicada no Diário da União em 23 de dezembro de 2005, que diz respeito ao cumprimento de sentenças no processo de conhecimento, trazendo nova redação a diversos dispositivos do Código de Processo Civil, em especial, pondo fim à execução autônoma de sentenças, que, doravante, passa a se caracterizar como atividade ulterior do mesmo processo iniciado com a fase cognitiva.

A Lei nº 11.232/2005 está vigendo desde junho de 2006, tendo em vista a *vacatio legis* de 6 (seis) meses, prevista no art. 8º, e, como adiante se analisará, traz modificações substanciais ao cumprimento de sentenças.

2. O conceito de sentença

O art. 1º da Lei altera a redação dos artigos 162, 267, 269 e 463 do Código de Processo Civil, e o faz modificando o conceito tradicional de sentença, para adequá-los à nova concepção da execução.

A nova redação, inserida no Código de Processo Civil através da Lei nº 11.232/2005, sob estudo, define a sentença não mais como o ato do juiz que põe termo ao processo, julgando, ou não, o mérito da demanda, mas sim como o ato do juiz que ou resolve o mérito do processo ou o extingue, sem resolução de mérito. E mais: trata a sentença, doravante, como o ato do juiz que implica apenas *alguma* das hipóteses previstas nos incisos dos arts. 267 (julgamento sem resolução de mérito) e 269 (com resolução de mérito) do CPC. Em suma, pela nova redação, sentença é o que está previsto nos artigos 267 e 269 do CPC.

Infere-se o intuito do legislador de deixar clara a substituição, no art. 162 do CPC, da palavra “julgamento” por “resolução”. Isso ocorreu porque embora a sentença continue o ato de julgar a causa, trata-se de um ato que não mais finaliza o processo de conhecimento, pois o seu cumprimento, antes dado através do processo de execução, passa a ocorrer no mesmo processo cognitivo. Isto é, a execução passa a ser mera etapa do processo de conhecimento, daí a necessidade de se adequar o conceito de sentença aos termos dos artigos 162, 267, 269 e 463 do CPC.

Além disso, impõe salientar que, mesmo diante da sistemática anterior, em que o processo de execução era autônomo, a redação do art. 269 não era adequada, pois o juiz, ao acolher alguma das hipóteses previstas em seus incisos, como a homologação da transação ou da desistência do autor, previstas nos incisos III e V, respectivamente, na verdade, não julgava o mérito, proferindo simples decisão homologatória, ainda que extintiva do processo.

A nova redação, nesse sentido, parece ter suprimido tal incongruência, tendo deixado, de igual sorte, bastante clara a idéia de que a sentença é o ato do juiz que, mesmo ao decidir o mérito, não põe mais fim ao processo cognitivo.

Quanto à questão recursal, permanece inalterada a redação do art. 513, sendo certo que contra sentenças o recurso cabível continua sendo o de apelação.

3. Sentença e coisa julgada: mera adequação

O art. 2º da Lei nº 11.232/2005 cria os artigos 466-A, 466-B e 466-C, que, na verdade, representam, literal e respectivamente, os artigos 641, 639 e 640, do Código de

Processo Civil, ora revogados. O legislador apenas transportou tais dispositivos do capítulo que tratava das “obrigações de fazer e de não fazer” para o que trata da “sentença e da coisa julgada”, o que parece lógico, pois, de fato, se referem aos efeitos das sentenças em geral.

4. Da liquidação de sentença

O art. 3º da Lei nº 11.232/2005 insere os artigos 475-A, 475-B, 475-C, 475-D, 475-E, 475-F, 475-G e 475-H, que passam a compor um novo capítulo, IX, do título VIII, do Livro I, da Lei nº 5.869/73. Este capítulo passa a tratar da liquidação de sentença.

O art. 475-A corresponde ao antigo art. 603 do CPC - revogado por força da Lei nº 11.232/2005 - e merece análise.

A alteração procedida no *caput* revela que, doravante, somente são passíveis de liquidação as sentenças que não determinem o valor devido a título de condenação, excluindo-se os casos em que a sentença não individue o objeto da condenação. Isto é, agora não mais poderão ser proferidas sentenças sem individuação do objeto. A antiga redação assegurava a liquidação tanto para os casos em que a sentença não individuassem o objeto da condenação quanto para aqueles em que a sentença não determinasse o valor da mesma (art. 603).

Por força da alteração do dispositivo, todas as sentenças, obrigatoriamente, doravante individualizarão o objeto da condenação, isto é, discriminarão a coisa devida ou o fato exigível, desde logo, uma vez que a liquidação não poderá mais se proceder. A meu ver, por causa da limitação de tal procedimento, os autores das ações deverão, ao proporem as demandas, atentar com mais rigor para a previsão do art. 286, do CPC, no sentido de elaborar pedido certo ou determinado, ao invés de deixar tal ônus a critério do magistrado, como antes ocorria, sob pena, a meu sentir, de indeferimento da sua inicial, nos exatos termos do art. 296 do CPC.

O § 2º traz uma inovação: a liquidação provisória da sentença. O dispositivo prevê a possibilidade de a parte vencedora iniciar a liquidação da sentença mesmo na pendência de recurso recebido com efeito suspensivo. Parece uma importante forma de dar celeridade ao processo, sem criar obstáculos ou ferir garantias fundamentais das partes, adiantando a fase de execução.

O § 3º também inova, ao determinar que, nas causas de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre e de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, sujeitas, nos termos do art. 275, inciso II, alíneas “d” e “e”, ao procedimento sumário, é proibida a prolação de sentença

ilíquida, e cumpre ao juiz fixar, de plano, por força da nova lei, e a seu prudente arbítrio, o valor que entender ser devido, a título de condenação.

Os casos de acidente de veículo, em quase a totalidade, exigem liquidação de sentença, em razão, justamente, de seus efeitos supervenientes. Na maioria das vezes, a parte não possui condições e não consegue prever os gastos com eventual tratamento, bem como os danos estéticos, morais e materiais que lhe foram causados, sendo impossível valorar a condenação. A prática forense demonstra, sem sombra de dúvida, a absoluta impossibilidade de, na maior parte dos casos de acidente de veículo, um juiz fixar um valor qualquer, a título de condenação, a seu arbítrio, no momento de proferir a sentença.

O dispositivo, embora, em uma primeira análise, pareça inadequado, por seu cunho de arbitrariedade, chama a atenção, no entanto, para a necessidade, cada vez mais premente, de os julgadores conduzirem as causas de modo a tornar possível a quantificação do dano antes da sentença. Na instrução do feito, muitas vezes é possível a exigência de que as partes produzam provas capazes de alcançar a liquidez do pedido. É certo que os casos de acidente de veículo são os mais complicados, mas, sempre que possível, os juízes devem exigir das partes - caso não o façam de ofício - uma postura comprometida com a quantificação do valor do dano sofrido, o que se fundamenta, inclusive, no ônus imposto pelo art. 286, já comentado acima. Significa dizer que as partes deverão juntar laudos, receituários médicos, documentos e tudo mais que quantifique o dano sofrido, na fase instrutória, não mais em liquidação.

Caso a instrução do feito não possibilite a liquidação do valor do dano, o juiz deverá converter o julgamento em diligência, a fim de viabilizar a quantificação determinada pela lei, antes de prolatar a sentença.

O art. 475-B é, praticamente, idêntico ao antigo art. 604 do CPC - ora revogado - sendo certo que as modificações nele inseridas visam, apenas, a adequar a sua redação ao atual conceito de processo cognitivo, do qual a execução é mera continuação. Tal dispositivo prevê que, quando a quantificação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, é dever do credor instruir o pedido de cumprimento da sentença com a memória discriminada e atualizada do débito.

O § 2º merece destaque porque introduz pequena alteração. A redação do art. 604 - modificada pela nova lei - previa que, quando a quantificação do valor da condenação dependesse de dados, os quais estivessem em poder de terceiro ou do próprio devedor, o juiz, a requerimento do credor, poderia requisitá-los, fixando o prazo de 30 dias para o cumprimento da determinação. Caso os dados não fossem apresentados pelo devedor, os valores informados pelo credor seriam considerados corretos.

Todavia, havendo descumprimento por parte de terceiro, a sua resistência configuraria desobediência. A atual redação estende a responsabilidade do terceiro que, recusando-se, injustificadamente, a apresentar os dados solicitados, sofrerá as cominações impostas pelo art. 362 do CPC, cuja previsão é - além da configuração do crime de desobediência - de apreensão de documentos e eventuais dados.

O art. 475-C corresponde, literalmente, ao antigo art. 606 - revogado - ao prever os casos em que se procederá à liquidação por arbitramento. O art. 475-D foi modificado apenas para se adequar à nova sistemática processual, em que a liquidação de sentença é mero incidente. Portanto, a sua decisão final não é sentença - como a lei previa - mas decisão, de caráter interlocutório, passível de agravo de instrumento, nos exatos termos do art. 475-H, que, por sua vez, acaba revogando o inciso III do art. 520, que previa a interposição de apelação, recebida no efeito meramente devolutivo.

Nesse particular, vale lembrar a nova redação do art. 522 do CPC, introduzida pela Lei nº 11.187/2005, que transforma em regra geral o agravo retido e reserva o de instrumento para os casos em que a decisão recorrida causar lesão grave e de difícil reparação à parte, assim como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que é recebida.

Na comparação de tais diplomas, vê-se que o legislador da Lei nº 11.232/2005 - ao prever que contra a decisão final da fase de liquidação cabe agravo de instrumento, e não mais apelação - ou está pressupondo que, nesses casos, sempre haverá lesão grave e de difícil reparação à parte, incluindo-se, então, tal hipótese na ressalva do novo art. 522 do CPC; ou cria nova hipótese de interposição de agravo de instrumento, complementar à do art. 522.

O fato é que, independentemente da interpretação que se dê ao intuito do legislador, a exceção está *imposta* pelo art. 475-H: contra a decisão final de liquidação, o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Vale registrar, entretanto, que - ao se interpretar que o legislador previu a interposição de agravo de instrumento contra decisão proferida em sede de liquidação - por *pressupor* que em todos esses casos há, sempre, lesão grave e de difícil reparação à parte, indiscutivelmente, como consequência lógica, dever-se-á entender que, caso haja relevância de fundamentação (art. 558), a regra dos agravos de instrumento interpostos em casos tais será a concessão de efeito suspensivo pelo relator. Uma interpretação, necessariamente, levará à outra.

Nesse sentido, a única exegese razoável do art. 475-H é a de que o recurso cabível contra decisão de liquidação é o agravo de instrumento, porque assim determina a lei, ao qual se concederá, ou não, efeito suspensivo, conforme análise do caso concreto,



independentemente da motivação do legislador no momento da elaboração da Lei nº 11.232/2005.

Os artigos 475-E, 475-F e 475-G equivalem, expressa e respectivamente, aos artigos 608, 609 e 610 do Código de Processo Civil, todos revogados por força do art. 9º da lei estudada. Tais dispositivos tratam, respectivamente, da liquidação por artigos; e o último, da proibição de, em sede de liquidação, discutir-se de novo a lide ou modificar-se a sentença que a tenha julgado.

5. Do cumprimento da sentença: aspectos principais

O art. 4º da Lei 11.232/2005 insere, no texto do Código de Processo Civil, os arts. 475-I, 475-J, 475-L, 475-M, 475-N, 475-O, 475-P, 475-Q e 475-R, que compõem uma série de mudanças que tratam do cumprimento da sentença, valendo realçar as principais delas.

É importante registrar que as alterações introduzidas pela lei, especialmente no art. 4º, suscitam inúmeras dúvidas e questionamentos, tendo este trabalho o compromisso de sugerir alguns caminhos às obscuridades da lei, ou melhor, aqueles que a mim foi possível enxergar em uma primeira análise.

O § 1º do art. 475-I preconiza como definitivas as execuções originadas de sentenças transitadas em julgado e como provisórias, as decorrentes de sentenças impugnadas mediante recurso ao qual não se tenha atribuído efeito suspensivo. Neste aspecto, tal dispositivo se harmoniza com a previsão contida no art. 587 do CPC, não revogado.

A Lei nº 11.232/2005, ao inserir o art. 475-I no Livro I do CPC (Processo de Conhecimento), com redação equivalente a do art. 587 - que, por sua vez, permanece vigendo, na íntegra, no Livro II (Processo de Execução) -, apenas procura harmonizar os dispositivos à nova sistemática processual, sendo certo que o art. 475-I aplica-se, tão-somente, aos títulos judiciais; e o art. 587, aos títulos executivos extrajudiciais.

Tal adequação advém da proposta contida no PL nº 4.497/2004 (processo de execução de títulos extrajudiciais) - em trâmite na Câmara dos Deputados -, que, apesar de preservar a autonomia do processo executório, mantém em vigor, integralmente, o Livro II do CPC (Do Processo de Execução), que passa a ser aplicado, com exclusividade, às execuções de títulos extrajudiciais.

Assim, o Capítulo X, Título VIII, do Livro I do CPC, que cuida do cumprimento da sentença - ora analisado - não se aplica às execuções de títulos extrajudiciais, tornando-se lógica a alteração proposta no § 1º do art. 475-I.

O art. 475-J não tem correspondente na legislação anterior e se apresenta como sendo o dispositivo que, justamente, concretiza a nova concepção autônoma do processo executório.

Dispõe o referido artigo que, quando o devedor for condenado ao pagamento de quantia certa, ou fixada em incidente de liquidação, deverá efetuar o pagamento do valor da condenação, incontinenti, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de 10% sobre o respectivo montante e da imediata expedição de mandado de penhora e avaliação.

Chama atenção a fixação do prazo de 15 dias para pagamento, sem que se especifique a partir de que ato processual esse prazo deverá ser contado. Supõe-se, por lógica, que se iniciará a contagem a partir da publicação da sentença, onde existir Diário Oficial, ou da intimação do advogado, onde inexistir, isto quando não se impuser a liquidação. Caso haja, parece razoável que o prazo de 15 dias seja contado da data da publicação da decisão do incidente de liquidação, onde houver Diário, ou da intimação do advogado, onde não houver.

Sendo assim, no caso de sentença líquida, o prazo para pagar o valor da condenação e para apelar se findará na mesma data.

Embora a lei não defina com precisão as diversas conseqüências decorrentes da inserção desse artigo 475-J no Processo Civil, é possível compreendê-las em uma interpretação sistemática.

Em princípio, ao devedor restam duas hipóteses: 1) pagar o valor determinado na sentença; 2) prestar caução e recorrer, o que se fará ou mediante depósito do valor da condenação ou através da indicação de bens: tudo com o fito de evitar a incidência da multa de 10% sobre o montante determinado na sentença.

Se o devedor pagar, por concordar com a sentença que o condenou, basta depositar o respectivo valor em juízo, no prazo de 15 dias, e informar que se trata de pagamento para dar fim ao processo, requerendo a sua extinção e a respectiva baixa no distribuidor.

Caso pague, para dar fim ao feito, mas o faça após os 15 dias, deverá depositar o valor da condenação, acrescido da multa prevista no *caput* do art. 475-J, no percentual de 10%.

Se, por outro lado, desejar recorrer, as conseqüências serão as seguintes: a) no caso de opor embargos de declaração, o devedor não precisará pagar o valor da condenação, a fim de evitar a incidência da multa de 10%, porque os embargos têm efeito suspensivo; b) no caso de o devedor interpor apelação, ter-se-á de analisar o efeito em que a apelação deverá ser recebida, nos termos do art. 520 do CPC.

Caso a apelação seja recebida no duplo efeito, o devedor não precisará pagar, desde logo, o valor da condenação e não será penalizado, pois a sentença que o condenou terá os seus efeitos suspensos, até que se julgue o recurso.

No entanto, se o efeito da apelação for meramente devolutivo, o devedor deverá, preferencialmente, depositar em garantia o valor da condenação ou prestar caução, a fim de evitar a multa de 10%, e, concomitantemente, interpor o recurso. Todavia, o credor não poderá levantar a importância, sem que ele próprio dê garantias idôneas e suficientes ao juízo (inciso III do art. 475-O), como sempre se fez nos casos de execução provisória, cujas disposições se mantêm praticamente inalteradas, conforme o art. 475-O, a ser posteriormente analisado. Pois bem: se o depósito é em pagamento, o recurso está prejudicado. Se o é em garantia, o levantamento do dinheiro tem de esperar a execução provisória, a conversão do depósito em penhora e o prazo para impugnação.

Se o devedor não dispuser do dinheiro para proceder ao depósito, nem puder prestar caução, a fim de evitar a incidência da multa de 10%, ele deverá interpor o recurso de apelação e, em preliminar, antecipadamente, requerer a dispensa do pagamento da multa, enquanto não for julgado o recurso, evitando a lesão grave e de incerta reparação.

Uma outra hipótese possível - caso o devedor queira apelar e não tenha condições de depositar a multa ou de prestar garantia - é interpor o recurso de apelação e aguardar o despacho que o receberá. Se for recebido no duplo efeito, como dito acima, problemas não haverá. Entretanto, se for recebido no efeito meramente devolutivo, poderá provocar o juízo, por petição, e requerer a dispensa da multa, em razão da impossibilidade do depósito e da prestação de garantia, antes mesmo de iniciada a execução pelo credor. Caso o juiz defira o pedido - obviamente, com a garantia do contraditório à parte contrária - o devedor estará dispensando do pagamento da multa em futura execução. Todavia, caso o juiz indefira o pedido de dispensa, o devedor deverá interpor agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, evitando a lesão grave e de incerta reparação, com fundamento no art. 522, § 4º, do CPC.

Há, outrossim, a possibilidade de o devedor requerer, na impugnação à execução, a dispensa do valor da multa de 10%. Todavia, a meu sentir, tal hipótese não é a mais indicada porque há meios de, antes disso, se levantar a questão no tribunal, resguardando à execução apenas as questões afetas a este procedimento.

No caso de sucumbência recíproca, impõe-se esclarecer alguns fatos.

É cediço que o pagamento efetuado pelo devedor, com o intuito de pôr fim ao processo, só se perfaz mediante quitação irrestrita pelo credor.

É certo ainda que, nos termos do art. 503 do CPC, a parte que aceita, ainda que de forma tácita, a sentença ou a decisão, não poderá recorrer por falta de interesse

processual, considerando-se aceitação tácita a prática, sem ressalva, de um ato incompatível com a vontade de recorrer - por exemplo, o pagamento.

Com base nessas questões e tratando-se de sucumbência recíproca, o devedor terá de estar atento para o seguinte fato: caso queira quitar o valor da condenação, para dar fim ao processo, no prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, o devedor deverá pagar, mas ressaltar, desde já, o seu direito de recorrer adesivamente caso o credor recorra, pois, se assim não fizer, o pagamento efetuado configurará aceitação tácita da sentença e, por conseguinte, lhe faltará interesse de recorrer.

Em outras palavras, se o devedor, quando deposita a importância equivalente ao valor da condenação, esclarece que o faz para dar fim ao processo, porém resguarda-se ao direito de recorrer adesivamente caso o credor interponha recurso contra a sentença, terá a garantia de que a admissibilidade do seu recurso adesivo não será questionada por falta de interesse processual.

O recurso do credor poderá ser recebido no duplo efeito ou no efeito meramente devolutivo.

Se for recebido no duplo efeito, os efeitos da sentença serão suspensos e, por conseguinte, o devedor que depositou o valor da condenação com o intuito de pagar poderá levantá-la. Ao contrário, se o recurso for recebido no efeito meramente devolutivo, para evitar a incidência da multa de 10% do art. 475-J, o devedor poderá deixar o valor depositado como garantia ou substituí-lo por caução idônea.

O credor, caso queira levantar, em execução provisória, a importância depositada pelo devedor como garantia da não-incidência da multa, deverá prestar, ele próprio, caução idônea, como já explicitado anteriormente.

O *caput* do referido artigo 475-J fixa multa de 10% sobre o valor da condenação, como pena por descumprimento de comando judicial. Embora, pela redação do dispositivo, a multa pareça ter natureza moratória, na verdade, trata-se de sanção a fim de evitar a procrastinação do processo e conferir mais respeito às decisões judiciais.

Em função da própria ideologia¹ que rege as reformas processuais recentes, a má-fé e os recursos procrastinatórios têm sido veementemente reprimidos em prol da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional, havendo uma notória intensificação das cominações de penas de tal natureza.

¹ Nesse diapasão, foi promulgada, em 7/2/2006, a Lei nº 11.276/2006, que modifica a redação do art. 518 do CPC, a fim de criar um novo requisito de admissibilidade recursal, com o fito, justamente, de evitar recursos procrastinatórios, como se justifica na exposição de motivos do projeto de lei, ao se asseverar “[...] Trata-se, portanto, de uma adequação salutar [a modificação do art. 518 do CPC] que contribuirá para a redução do número excessivo de impugnações sem possibilidades de êxito.”. Vale transcrever a nova redação do art. 518, *in verbis*: “Art. 518 [...] § 1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”.

O fundamento subjacente da multa prevista no *caput* do art. 475-J é, sem dúvida, “coagir” a parte sucumbente a evitar a interposição de recurso protelatório - e, por conseguinte, a aceitar a sentença prolatada - tendo, tal pena, portanto, a natureza de sanção, criando mais um dever processual para a parte: o pagamento espontâneo da condenação.

Ocorre que o art. 475-J não exclui as cominações impostas com a mesma finalidade - de sanção - nos artigos 14, 17 e 600 do CPC, possibilitando, por conseguinte, a aplicação cumulativa de todas elas, o que caracterizará *bis in idem*, além do excesso de punição àquele devedor que se obstar ao pagamento do valor da condenação, causando-lhe ônus insuportável e desproporcional.

Nesse sentido, os magistrados deverão arbitrar - se for o caso, uma vez que, a meu ver, a multa incide automaticamente - somente uma das penas previstas nos dispositivos citados, interpretando-os isoladamente, em razão da similitude da natureza das cominações.

Outra ponderação deve ser feita. Na forma do referido dispositivo, caso o devedor fique inerte, ou seja, nem pague o valor da condenação nem recorra da sentença no prazo de 15 dias, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação, tão logo requeira o credor.

A lei dispõe no § 3º do artigo sob análise - o art. 475-J - que o exeqüente *poderá* indicar bens do devedor no momento em que requerer a penhora e a avaliação, donde se conclui que o legislador extirpou do executado a garantia de indicar os bens cuja constrição lhe traga menor ônus, o que, a meu ver, viola garantia fundamental do processo, prevista no art. 620 do CPC, no sentido de que a execução se dará, sempre, da forma menos onerosa possível para o devedor (art. 620 *c/c* art. 652 do CPC). O objetivo da execução não é enriquecer o credor, mas tão-somente possibilitar o pagamento do valor devido. Sempre que isso puder ser feito sem onerar demasiadamente o devedor, a finalidade do processo executório estará assegurada.

Além disso, como se infere da redação já citada, retirou-se do devedor o direito de se manifestar nos autos antes de ter seus bens penhorados, uma vez que o mandado de penhora e avaliação é imediatamente expedido após o requerimento do credor.

Nos casos em que, por exemplo, o processo tramitar à revelia do devedor, ele será cientificado de que é réu em uma ação judicial depois de já ter sofrido a constrição de seus bens pessoais, o que me parece grave lesão à garantia fundamental

do contraditório² e da ampla defesa. O direito de defesa é constitucional, e sofrer restrições sem saber o motivo é por demais arbitrário. O fato de o direito de defesa estar condicionado a uma garantia de pagamento parece-me muito mais razoável do que a restrição ocorrer antes mesmo da ciência do devedor. O direito à propriedade é uma garantia que não pode ser violada sem oportunidade de defesa.

Para equacionar tal problemática, a fim de se evitar lesão à garantia fundamental da parte, penso que deve prevalecer a sistemática antes adotada pelo Código de Processo Civil, que concedia ao devedor o direito prioritário de indicar bens à penhora. Até mesmo porque o novo dispositivo preconiza que o credor *poderá* indicar os bens do devedor, sem caracterizar uma imposição, nem mesmo prevê pena por descumprimento da determinação legal, o que se coaduna e permite a interpretação aqui sugerida.

Obviamente, caso o credor tome conhecimento da existência de um bem prioritariamente penhorável, por analogia ao art. 655 do CPC, poderá informar o fato ao juiz, a quem caberá decidir sobre qual deles recairá a restrição.

O § 1º deste artigo (art. 475-J) prevê que do auto de penhora e avaliação será intimado de imediato o executado, na pessoa de seu advogado ou, na falta deste, do seu representante ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação em 15 dias. Se tal artigo for comparado aos dispositivos que tratam dos embargos à execução, hoje cabíveis apenas nas execuções contra a Fazenda Pública - como se demonstrará - ver-se-á a majoração de 10 para 15 dias do prazo para defesa na execução (impugnação).

A lei não esclarece a partir de que ato será computado o prazo de 15 dias para impugnação (nova denominação dos embargos), ou seja, se da intimação do advogado quanto à penhora e/ou avaliação ou se, por exemplo, da juntada aos autos do mandado de intimação da penhora e avaliação.

Acredita-se que será mantida a prática até então vigente, relativa aos embargos à execução. Isto é, o devedor terá 15 dias para apresentar a sua impugnação, a serem contados ou da intimação do advogado, por Diário Oficial, tal como ocorre nas hipóteses do § 5º do art. 659 do CPC; ou da juntada aos autos do mandado de intimação da penhora e avaliação; ou da juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a intimação se fizer por correio.

² “Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação”. Nisso se resume o princípio do contraditório, nas palavras do professor Leonardo Greco, às quais me reporto para fundamentar o entendimento exposto. (GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 30 nov. 2005).

Outro fato que merece análise diz respeito à atuação do oficial de justiça a partir da vigência desta lei. A nova redação introduzida pela Lei nº 11.232/2005 indica que o próprio oficial de justiça avaliará o bem objeto da constrição. Diante disso, o § 2º do art. 475-J, ora comentado, prevê que, caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação dos bens a serem penhorados, fará apenas a penhora e a intimação e depois o avaliador a ser nomeado pelo juízo se encarregará daquela diligência.

Na prática, tal previsão traz conseqüências para a qual a lei não aponta as saídas, mas a razoabilidade acaba por indicá-las. Vejamos: o devedor tem o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar impugnação; prazo este a contar, por suposição, ou da intimação do advogado através do Diário Oficial; ou da juntada do mandado de intimação da penhora e avaliação aos autos; ou da juntada do aviso de recebimento, quando a intimação se fizer pelo correio. Pois bem: o artigo 475-L dispõe como uma das causas de impugnação a alegação de penhora incorreta ou avaliação errônea. Diante disso, na hipótese de o oficial de justiça não realizar a avaliação - por impossibilidade, nos termos do § 2º do art. 475-J -, procedendo apenas à penhora e respectiva intimação, o devedor não saberá se a avaliação foi errônea e, por conseguinte, não poderá alegar isso em impugnação. E como procederá? O mais razoável é que apresente impugnação com os fundamentos que lhe sejam possíveis até então e, *a posteriori*, apresente nova impugnação, especificamente para alegar, se for o caso, que a avaliação fora errônea.

O art. 475-L impõe modificações necessárias à adequação da execução à sua nova dinâmica, enumerando as causas que poderão fundamentar a impugnação do devedor. Nota-se que, em geral, as matérias a serem tratadas em sede de impugnação são equivalentes àquelas, objeto de embargos de devedor, nos termos do art. 741 do CPC. Vale destacar, apenas, o § 2º, que dispõe: “quando o executado alegar que o exeqüente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação”. Infere-se, na prática forense, que nem sempre é possível à parte quantificar, de imediato, o valor exeqüendo. Rejeitar liminarmente a impugnação em razão disso é por demais exagerado. Creio que tal dispositivo deva ser utilizado com certa cautela, demandando análise do caso concreto.

O art. 475-M determina que a impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz conceder tal efeito se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução causar dano grave e de incerta reparação ao devedor. Impedir o efeito suspensivo automático da impugnação é medida que, há muito, já poderia ter sido adotada, relativamente aos embargos de devedor, a fim de trazer celeridade processual. Os casos em que os fundamentos forem relevantes à concessão do efeito suspensivo e causarem dano grave de difícil ou incerta reparação deverão ser analisados pelo juiz, concretamente.

Vale registrar que tais requisitos - fundamentos relevantes e grave dano de difícil ou incerta reparação - previstos no *caput* do artigo são *concorrentes*.

Além disso, é importante destacar o § 3º, no sentido de prever a interposição de agravo de instrumento, e não mais de apelação, contra as decisões em sede de impugnação, o que se deve, obviamente, à nova natureza da execução. Os comentários acima, relativos ao recurso na liquidação de sentença, são extensivos a este dispositivo.

O art. 475-N é correspondente ao art. 584 do CPC, revogado pela Lei nº 11.232/2005, e enumera os títulos executivos judiciais, que se mantêm inalterados, salvo o inciso I, que excluiu da redação anterior a palavra *condenatória* como qualificadora da sentença, substituindo-a por “sentença que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Tal modificação se deve ao fato de que a atual lei respeita a classificação quinária das sentenças, para considerar títulos executivos também as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*.

O art. 475-O trata da execução provisória das sentenças, antes prevista no art. 588 do CPC, revogado pela Lei nº 11.232/2005. A redação do dispositivo foi praticamente mantida. No entanto, merece realce a inclusão de duas novas hipóteses em que se dispensa a caução na execução provisória, ambas previstas no § 2º do inciso III do referido dispositivo. São elas: a) os casos de créditos decorrentes de atos ilícitos, no limite de 60 salários mínimos, quando o exequente demonstrar situação de necessidade, tal como já ocorria com os créditos de natureza alimentar, por força do antigo art. 588 do CPC; b) os casos de execução provisória que dependem de julgamento de agravo de instrumento no STF ou no STJ.

Neste último caso, parece que a modificação se deve ao fato de que, na prática, tais recursos dificilmente são providos nos tribunais superiores. Em geral, as decisões dos tribunais de 2º grau, que denegam seguimento a recursos especial e extraordinário, são mantidas. Vale registrar que, de 13/12/1963 até o advento do código de 1973, com base na Súmula nº 228, o STF, com fulcro no Código de 1939, entendia se tratar de execução definitiva aquela em que pendia de julgamento recurso extraordinário ou agravo destinado a fazê-lo admitir.

O parágrafo único do art. 475-P institui, além das regras de competência já existentes, previstas no art. 575 do CPC - em geral mantidas - a possibilidade de o exequente optar, para dar cumprimento à sentença, pelo juízo do local onde se encontrarem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do atual domicílio do executado. Trata-se de regra de competência que merece destaque por comportar inovação que facilita o cumprimento da sentença (execução) e os atos de constrição, ampliando o acesso à justiça, garantia fundamental do cidadão.

O art. 475-Q trata das indenizações por ato ilícito e da constituição do capital, nos casos de prestações de alimentos, substituindo, em parte, o art. 602 do CPC, revogado por força da Lei nº 11.232/2005.

O referido dispositivo permite ao juiz a *opção* de determinar ao devedor a constituição de capital garantidor, em casos de indenização por ato ilícito em que haja prestação de alimentos. O antes vigente art. 602 do CPC impunha ao juiz que determinasse a constituição do capital garantidor, não lhe concedendo escolhas, salvo a caução fidejussória.

Nota-se tal alteração pela mudança no modo verbal utilizado na redação da lei. O art. 602 preconizava: “[...] o juiz [...] **condenará** o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento [...]”. Já a redação do art. 475-Q dispõe: “[...] o juiz, quanto a esta parte, **poderá ordenar** ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão [...]”.

Tal modificação pode ter ocorrido em razão das outras hipóteses de garantia instituídas pela nova lei, como: imóveis; títulos da dívida pública; aplicações financeiras em banco oficial; inclusão da vítima ou do beneficiário em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica; fiança bancária; garantia real; enfim, outros meios capazes de assegurar o cumprimento efetivo da obrigação.

Todavia, ainda que assim seja, parecia-me mais razoável a redação anterior, uma vez que, havendo tantas alternativas na lei, os juízes podem vir a utilizá-las da forma como entenderem, e, pela própria natureza da garantia, parece não ser recomendável haver “brechas” para distintas interpretações.

Para recompor o sistema, razoável será interpretar a nova norma, de modo a tratar como regra de garantia ao cumprimento de obrigações a constituição do capital, devendo-se aceitar as demais hipóteses inseridas pela nova lei apenas quando forem tão seguras e suficientes quanto à constituição do capital, tratando-as, destarte, como medidas excepcionais.

6. Dos embargos à execução contra a Fazenda Pública

O art. 5º modifica a denominação e, por conseguinte, a eficácia, do capítulo II, do título III, do livro II, do CPC, passando a constar “Dos Embargos à Execução contra a Fazenda Pública”, e não mais “Dos Embargos à Execução fundada em sentença”.

Em razão da mudança substancial, introduzida pela Lei nº 11.232/2005, na execução - que, como analisado, passa a ser fase do processo cognitivo, não mais

processo autônomo - o capítulo atinente aos embargos à execução deveria, em princípio, ser inaplicável a qualquer caso de cumprimento de sentença. Entretanto, assim não ocorreu. Nas execuções contra a Fazenda Pública, o capítulo atinente aos embargos à execução permanece inalterado. A Fazenda Pública, mediante a nova lei, passa a ser a única “parte processual” que, no Direito Processual Civil brasileiro, fará jus à defesa por meio de embargos de devedor nas execuções de sentença, pois todas as demais deverão se utilizar, para tanto, do confuso procedimento de impugnação, por ora analisado.

As alterações previstas no art. 5º destinam-se à mera adequação dos dispositivos pertinentes aos embargos, ao processo de execução contra a Fazenda Pública, que, como se sabe, tem normas próprias e distintas do processo comum, ao qual se adequavam os artigos 741 e seguintes do CPC. Vale dizer que o fato de não haver penhora contra a Fazenda Pública não justifica o benefício a ela concedido, nos termos da Lei nº 11.232/2005, de continuar usufruindo, com exclusividade, dos embargos de devedor. A paridade de armas no processo é uma garantia fundamental e não pode ser relativizada em prol de privilégios injustificáveis.

7. Da ação monitória

O art. 6º - que trata da ação monitória - permanece inalterado em seu conteúdo, correspondendo, a mudança nele introduzida, à simples adequação formal. De acordo com a nova lei, a execução, em casos de ação monitória, se dará exatamente como nas execuções de sentenças proferidas em processo cognitivo, ou seja, como fase continuativa deste - não como processo autônomo - e com todas as modificações e peculiaridades advindas com a lei.

8. Dos embargos à arrematação e à adjudicação

Os demais artigos da Lei nº 11.232/2005 não exigem considerações, sendo clara a sua interpretação.

Merece reflexão e estudo mais aprofundado uma lacuna da Lei nº 11.232/2005, quanto à possibilidade, ou não, de doravante as partes oporem embargos à arrematação e embargos à adjudicação nas execuções de sentenças. Sabe-se que o PL nº 4.497/2004 - que está na iminência de ser aprovado - mantém vigente o Livro II do CPC apenas para as execuções de título extrajudicial. No entanto, quanto às execuções de título judicial, perdura a dúvida - que esta lei não esclarece - quanto à permanência, no sistema processual, dos embargos à arrematação e à adjudicação.

Parece-me que, analogicamente, deve-se permitir a utilização dos embargos à arrematação e à adjudicação também nas execuções de título judicial, uma vez que são instrumentos que asseguram mais garantias ao devedor do que o procedimento de impugnação, inserido pela Lei nº 11.232/2005. Na verdade, o procedimento de impugnação previsto por esta lei não guarda qualquer semelhança e qualquer possibilidade de ser estendido às hipóteses abarcadas pelos embargos à arrematação e adjudicação até então cabíveis.

Entretanto, acredito que tal questão trará inúmeras divergências entre os operadores do Direito, pois certamente haverá aqueles que sustentarão que os embargos à arrematação e à adjudicação foram extintos do processo de execução de sentença - cabendo a sua utilização, apenas, nas execuções de título extrajudicial - porque a lei poderia tê-los estendido às execuções de sentença e assim não fez, o que demonstraria não ser a intenção do legislador mantê-los vigentes no atual sistema processual.

9. Dos honorários advocatícios

Por derradeiro, é oportuno refletir sobre a questão dos honorários advocatícios, segundo a nova concepção da execução de sentença, embora a Lei nº 11.232/2005 silencie sobre este tema.

Não obstante o Código de Processo Civil não preveja - como não prevê - de forma direta, a incidência de honorários a serem fixados especificamente nas execuções de títulos judiciais - além dos já arbitrados no processo de conhecimento - firmou-se entendimento nesse sentido, no Colendo Superior Tribunal de Justiça e nos tribunais estaduais. Ou seja, comumente, nas execuções por título judicial, são arbitrados honorários advocatícios, além dos pertinentes ao processo de conhecimento³.

O fundamento de tal exegese se consubstancia no fato de que a execução - ao menos até a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005 - se caracteriza como um novo processo, distinto e autônomo do processo de conhecimento, que acarreta a fixação de honorários específicos.

Mediante a nova dinâmica da execução judicial - introduzida pela Lei nº 11.232/2005 - esta passa a se evidenciar como fase contínua e complementar do processo de conhecimento. Assim, em princípio, poderia parecer que a Lei nº 11.232/2005 teria extinguido a possibilidade de incidência dos honorários advocatícios específicos da execução de títulos judiciais, tendo em vista que não mais se poderia admitir o arbitramento

³ Ver acórdãos do STJ (RESP 262.327/RS, RESP 200.407/SP, RESP 133.105/RS, RESP 141.511/RS)

de honorários em duas fases do processo (conhecimento e execução), visto que doravante só há uma fase, a de conhecimento.

Ocorre que a redação do § 4º do art. 20 do CPC - não revogado pela Lei nº 11.232/2005 - é clara no sentido de prever que nas execuções, embargadas ou não, serão fixados honorários, consoante apreciação equitativa do juiz.

Ademais, a Lei nº 11.232/2005 permanece denominando de EXECUÇÃO a fase de cumprimento da sentença, que, aliás, não perdeu as suas características essenciais.

Destarte, mesmo com a vigência da Lei nº 11.232/2005, a meu ver os honorários advocatícios deverão permanecer fixados em dois momentos distintos do processo, tanto no ato da prolação da sentença quanto no início da execução, uma vez que, se fosse intenção do legislador extinguir os honorários da execução, ele teria emprestado nova redação ao § 4º do art. 20 do CPC, o que não ocorreu.

10. Considerações finais

De fato, a execução, como asseverado na exposição de motivos do PL nº 3.253/2004, do qual se originou a lei sob estudo, é o “calcanhar de Aquiles” do processo civil, mas não se pode olvidar de que existem garantias fundamentais de um processo justo⁴, que não devem ser relativizadas em prol da celeridade, que, aliás, não se tem certeza sequer de que se efetivará.

O que se espera é que a nova lei, com tão pouco tempo de vigência, seja um instrumento eficaz no alcance da justiça e seja interpretada de forma a não ferir garantias processuais já conquistadas.

⁴ GRECO, op. cit.

O INCIDENTE DE REPERCUSSÃO GERAL COMO INSTRUMENTO DE APLICAÇÃO DE PRECEDENTE JURISDICIONAL. NOVAS HIPÓTESES DE EFEITOS VINCULANTES E IMPEDITIVOS DE RECURSO EM SEDE DE CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Caio Márcio Gutterres Taranto

Juiz Federal Substituto do 1º Juizado Especial de Niterói

RESUMO

O precedente jurisdicional representa o instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa suas razões de decidir. Esse estudo aborda as três hipóteses de aplicação dos precedentes criadas pela Lei nº 11.418/2006, ao regulamentar o incidente de repercussão geral como método de decantação da matéria a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a produção de efeito vinculante oriundo desses instrumentos em sede de controle incidental de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE

Constitucional. Processual Civil. Repercussão Geral - Lei nº 11.418/2006. Aplicação de Precedente. Efeito Vinculante

SUMÁRIO

1. Introdução. Esforço para definir precedente jurisdicional na experiência brasileira
2. O incidente de repercussão geral e a objetivação da pretensão do demandante
3. Instrumentos de aplicação de precedentes no incidente de repercussão geral
4. Conclusão 5. Bibliografia

1. Introdução. Esforço para definir precedente jurisdicional na experiência brasileira

Todos os ramos do saber, independentemente da indagação de constituírem, ou não, ciência, possuem um conjunto de conhecimento pré-construído, acumulado ao longo do tempo, e aplicado como ponto de partida em oportunidades posteriores. Em uma dada pesquisa, por exemplo, não é necessária a repetição da experiência apta a extrair a informação da temperatura em que a água muda do estado líquido para o gasoso ao nível do mar, na medida em que o respectivo resultado já é conhecido.

Esse conhecimento pré-construído também é utilizado de forma negativa. Nesse contexto, não se repetem experiências aptas a tentar transformar chumbo em ouro, na medida em que foi incorporado ao conhecimento geral não só essa impossibilidade, mas também as frustradas experiências pretéritas.

Essa mesma constatação é observada nas artes. *Verbi gratia*, um caçador incorpora o conhecimento a respeito da caça mediante o convívio com o pai, também caçador, repetindo as técnicas ou as adaptando para novas situações. O conhecimento, dessa forma, transfere-se ao longo das gerações.

O conhecimento jurídico, independente do questionamento de ser o Direito ciência ou não, da mesma forma não representa exceção a essa regra. Pelo contrário, a confirma. Parte do conhecimento jurídico pré-construído, uma vez conjugado com rigor terminológico, consubstancia o que se convencionou denominar de Dogmática Jurídica¹.

A outra parte desse conhecimento jurídico pré-construído é expressa por decisões (soluções) prolatadas em processos anteriores, empregadas como paradigmas para outros casos e utilizadas na qualidade de instrumento de exposição das razões de decidir quanto à matéria de direito. Para a elas se referir, várias expressões são comumente utilizadas, como jurisprudência, julgados e precedentes.

Para fins terminológicos, opta-se pela não-utilização do termo “jurisprudência”, apesar de, mesmo em textos jurídicos, poder representá-las, tendo em vista o sem-número de significados desta palavra ao longo da História do Direito nos diversos sistemas jurídicos, com a possibilidade de obtenção de significados antagônicos. Por força do mesmo cuidado, opta-se, também, pela não-utilização do termo “julgados”, por ser demasiado vasto e incerto.

Dentro desse contexto, propõe-se a utilização da expressão “precedentes”, com significado mais expressivo e determinado, além de representar terminologia cada vez mais utilizada pelas decisões judiciais no momento da respectiva aplicação. Para a linguagem comum, precedente representa aquilo que antecede a algo. Steven H. Gifis², em seu *Law Dictionary*, conceitua *precedents* no sistema da *common law* como sendo:

¹ Nesse sentido, Alexy sustenta que “os argumentos dogmáticos podem ser utilizados mesmo que eles próprios não sejam também fundamentados; porém, é possível utilizá-los em uma fundamentação, justificando-os com outros argumentos.” Mais adiante, o mencionado autor passa a defender que a dogmática possui a função de estabilização na medida em que, com a ajuda de enunciados dogmáticos, se fixam e se fazem, portanto, reprodutíveis, determinadas soluções a questões práticas. Isso é possível porque a dogmática opera institucionalmente.” Por outro lado, Alexy sustenta a função de progresso da dogmática jurídica. (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda H. Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 253 e 258, respectivamente.

² GIFIS, H. Steve. *Law Dictionary*, 5. ed, New York: Barron's, 2003 p. 388-389.

A previously decided case which is recognized as authority for the disposition of future cases. At common law, precedents were regarded as the major source of law. A precedent may involve a novel question of common law or it may involve as interpretation of a statute. In either event, to the extent that future cases rely upon it or distinguish it from themselves without disapproving of it, the case will serve as a precedent for future cases under the doctrine of stare decisis.

Entretanto, para delimitar o sentido de precedente na experiência brasileira, *a priori*, destaca-se que não pode ser confundido com processo, na qualidade de instrumento criado pela Jurisdição para a pacificação social. Um processo pode possuir uma pluralidade de precedentes, e até mesmo um único precedente pode ser formado por uma pluralidade de processos. Da mesma forma, há de se ressaltar que, não necessariamente, de um processo extrair-se-ão precedentes. Por outro lado, conforme já adverte Rogério Cruz e Tucci³, o precedente não se confunde com o costume, apesar da corrente utilização da expressão “costume jurisprudencial”.

Entretanto, o que são precedentes? Quais seriam os requisitos necessários para conceituá-los, em especial na experiência brasileira? *A priori*, cabe ressaltar que os precedentes, em uma visão funcional, se consubstanciam no instrumento mediante o qual o magistrado atribui racionalidade a uma certa decisão relativa à matéria de direito. Logo, o precedente apenas existe como tal no contexto de uma decisão que expõe o conhecimento pré-construído ao qual ele (o precedente) atua como veículo ou em outras manifestações aptas a provocar, de forma direta ou indireta, a decisão do Poder Judiciário em dado sentido, como em uma contestação, em um parecer do Ministério Público ou em uma contra-razões. Nesse sentido, Rogério Cruz e Tucci⁴ defende que o alcance do precedente “nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.”

Assim, o precedente não se confunde, também, com as orientações que dele emanam, por representar o instrumento mediante as quais são transmitidas. Logo, há uma relação de conteúdo e contingente entre o precedente e a orientação dele oriunda. O conjunto de orientações expresso pelos precedentes em vigor forma um *éndoxon* jurisdicional, consubstanciado pelo Direito aplicado em determinado contexto de tempo e lugar⁵.

³ CRUZ E TUCCI, Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 15.

⁴ Ibid. p. 12-13.

⁵ Alberto Nogueira sustenta que a “jurisprudência é o Direito aplicado em determinado contexto de tempo e lugar.” A nosso ver, o citado mestre utiliza a expressão “jurisprudência” para expressar o sentido aqui proposto de “orientações” (no plural), salientando-se que se entende, também, correta a referida forma de expressar, conforme o contexto (NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7).

Por outro lado, ao atribuir racionalidade à decisão, o magistrado que utiliza o precedente aplica o conhecimento pré-constituído (orientação) de forma positiva ou negativa, sendo que essa orientação assume a forma normativa, na medida em que consubstancia comando abstrato a ser aplicado a um caso concreto.

Dentro desse contexto, propõe-se conceituar precedente jurisdicional como o instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa suas razões de decidir⁶.

O precedente jurisdicional não possuiria razão de ser caso o sistema processual não desenvolva instrumentos para a respectiva aplicação, tornando-os necessários para o acesso à justiça e para a efetividade do processo. Dentro desse contexto, a Lei nº 11.418, de 19 de novembro de 2006, ao regular a repercussão geral, cria um complexo instrumento de aplicação de precedentes, inclusive com a produção de efeitos vinculantes e impeditivos de recursos, o que passaremos a tratar.

2. O incidente de repercussão geral e a objetivação da pretensão do demandante

À (pseudo)crise de excesso de demandas em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, a Reforma do Poder Judiciário, pela vertente concretizada pela Emenda nº 45/2004, que acrescenta o parágrafo 3º ao artigo 102, propôs apresentar, como remédio, a exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional versada em sede do recurso para o exercício da competência extraordinária. Pretende-se, assim, atribuir racionalidade⁷ ao sistema de recursos excepcionais.

Da mesma forma em que o recurso extraordinário inspira-se em similar instituto do Direito norte-americano - o *writ of error*⁸ -, a repercussão geral busca como paradigma o *petition for certiorari*, na qualidade de instrumento de racionalização do

⁶ O esforço para a conceituação de precedentes merece ser contextualizado perante os principais embates jurídico-epistemológicos da atualidade, em especial perante o realismo-sociológico, o procedimentalismo e o substancialismo, sobretudo naquilo em que essas orientações concluem a respeito do limite da independência funcional do magistrado.

⁷ O Eminentíssimo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 6/2/1998, aponta como causas que mais contribuem para a lentidão da prestação da atividade jurisdicional o formalismo excessivo das leis processuais e o sistema irracional dos recursos. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário e a Súmula Vinculante. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, V. 12. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 45-54.

⁸ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário: Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 168.

volume de trabalho de uma Corte Constitucional⁹. William Rhenquist¹⁰, com a autoridade de 16º *Chief of Justice*, sustenta que a apreciação dos *petitions for certiorari* consubstancia a primeira das três funções essenciais da Suprema Corte Norte-Americana, necessária para a decantação dos temas a serem apreciados, nos termos da *Rule 13*.

Dentro desse contexto, a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, ao inserir os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, disciplina a repercussão geral na qualidade de incidente processual no juízo de admissibilidade de recurso extraordinário, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. O parágrafo 1o do artigo 543-A positiva a objetivação que o Pretório Excelso deverá estabelecer ao recurso extraordinário, ao dispor que, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes dos pontos de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da demanda¹¹. A objetivação, assim, é proposta pelo jurisdicionado e acolhida pelo Judiciário.

Exorbitar os referidos interesses subjetivos representa atribuir caráter objetivo a uma demanda anteriormente subjetiva. A objetivação consubstancia, dessa forma, o instrumento de enbalsamento do precedente. O Poder Judiciário como instituição, assim, declara que a orientação a ser, ou não, acolhida e, posteriormente, fixada transcende a aplicação para o caso concreto, na medida em que o *thema decidendum* busca a defesa do *ius in thesi* por parte do demandante.

A doutrina de objetivação dos precedentes pelo Poder Judiciário pátrio possui como origem remota julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito do recurso extraordinário sob a égide da Carta de 1946. A própria iniciativa de sumular representa manifestação de objetividade. Seguindo essa postura, na qualidade de precedentes pluriprocessuais, foi editada uma seqüência de verbetes a respeito da objetivação, com especial ênfase para os de número 281¹², 282¹³, 283¹⁴, 284¹⁵, 285¹⁶, 286¹⁷, 369¹⁸ e 400¹⁹.

⁹ TAVARES, André Ramos. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). *Reforma do Judiciário - Análise e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 213.

¹⁰ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 1987. p. 224.

¹¹ O legislador utilizou, na redação do parágrafo 1º, a expressão “interesses subjetivos da causa”. Entretanto, entende-se que “interesse jurídico na demanda” atende à melhor técnica de linguagem processual.

¹² “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

¹³ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

¹⁴ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

¹⁵ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

¹⁶ “Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra “c” do artigo 101, III, da Constituição”.

¹⁷ “Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

¹⁸ “Julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial”.

¹⁹ “Interpretação que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do artigo 101, III, da Constituição Federal”.

Já a Emenda Constitucional nº 1/1969, ao atribuir nova redação ao artigo 119, inciso III, parágrafo único, admitiu que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal determinasse critério para a admissão de recurso extraordinário, em relação à natureza, à espécie e ao valor da causa. Então, o Egrégio Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental nº 3, de 12 de junho de 1975, modificando o regime jurídico do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, instituindo a argüição de relevância de questão federal. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 7/77 inseriu (expressamente) a relevância da questão federal no Texto Magno.

Comentando esse dispositivo, André Ramos Tavares²⁰ defende que a argüição de relevância representou solução de cunho restritivo e discricionário, espelhando-se no modelo norte-americano do *petition for certiorari*. Apesar dessas características, o incidente consubstanciou forte marco no esforço para atribuir objetivação às decisões jurisdicionais. Com o fim do antigo regime constitucional, as argüições de relevância de questão federal perderam objeto pela conversão *ipso iure* dos recursos extraordinários com matéria prevista no artigo 105 da Constituição de 1988 em recursos especiais²¹.

Já na experiência brasileira pós-88, a objetivação das orientações passou a assumir crescente relevância, tanto por força das Emendas Constitucionais (como as de nº 3 e 45) como pela militância do próprio Pretório Excelso. Assim, por exemplo²², na Medida Cautelar no RE 376.852, o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de relator, assevera o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional. Disserta o mencionado ministro que o recurso extraordinário:

Deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de

²⁰ TAVARES, André Ramos. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. In: *Reforma do Judiciário*: Analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). São Paulo: Método, 2005. p. 214

²¹ Argüição de Relevância. Recurso Extraordinário interposto com alegada ofensa a Constituição e negativa de vigência de norma ordinária. Inadmitido, não houve interposição de agravo de Instrumento contra o despacho, determinando-se, entretanto, o processamento da Argüição de Relevância. Com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, a Argüição de Relevância há de ter-se como prejudicada (Constituição, art. 102; ADCT de 1988, art. 27, parágrafo 1º). Não tendo havido Agravo contra o despacho que não admitiu o Recurso Extraordinário, preclusa está a alegação de ofensa à matéria constitucional. Não resta preclusa, porém, a matéria de nível legal deduzida na Argüição de Relevância. Hipótese em que se julga prejudicada a Argüição de Relevância, determinando-se, entretanto, a devolução do instrumento respectivo ao tribunal de origem, para que seu Presidente examine a possibilidade de admissão do recurso especial, em que se converteu, *ipso iure*, o recurso extraordinário, em face do art. 105, III, letra 'a', da Constituição, mas nos estritos limites da matéria deduzida na Argüição de Relevância (Supremo Tribunal Federal, Processo 13.103/RJ - Questão de Ordem na Argüição de Relevância, DJ: 5/5/1989, Relator; Ministro Néri da Silveira).

²² Como outro exemplo, vide a medida cautelar da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.231-DF, Relator: Ministro Néri da Silveira.

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 (subjéctivos) 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 Judge* 20/21, 2001, p. 33 (49)). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos.

Esse precedente assume o *status* de *leading case* em sede de objetivação dos precedentes. A Ministra Ellen Gracie, no voto da Ação Cautelar nº 272/RJ, expressamente faz menção ao citado Recurso Extraordinário nº 376.852, lembrando o caráter objetivo que vem assumindo a competência extraordinária. Nesse contexto, Rodolfo Camargo de Mancuso²³ leciona que não é errado dizer que através dos recursos excepcionais se faz um controle objetivo de legalidade, ou de constitucionalidade, das normas e dos atos administrativos ou governamentais.

A objetivação proposta pelo jurisdicionado em preliminar ao recurso, na medida em que defende a transcendência à repercussão objetiva, dessa forma, permite que o Poder Judiciário atribua linguagem normativa a um dado precedente, diferente da linguagem decisória, que poderá, em um dado processo posterior, ser utilizado como paradigma em um silogismo, por indução ou dedução.

Assim, o parágrafo 2º do artigo 543-A dispõe que o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, a existência da repercussão geral, ou seja, de que forma se pretende, com o respectivo instrumento de impugnação, defender o *ius in these* e de que forma a pretensão, até então subjetiva, transcender-se-á rumo à objetivação.

Por outro lado, cabe ressaltar que a Lei nº 11.418/2006 não derroga o artigo 557 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98, na medida em que admite que o relator poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com orientações contidas em precedentes dominantes do Supremo Tribunal Federal.

²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 7. ed. Recursos no Processo Civil V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 118.

3. Instrumentos de aplicação de precedentes no incidente de repercussão geral

Os instrumentos de aplicação de precedentes consubstanciam incidentes processuais desenvolvidos para que uma dada orientação seja acolhida por meio de uma decisão (em sentido estrito) ou uma sentença. Assim, o precedente que contém a orientação a ser aplicada atua como paradigma, incidindo por dedução ou indução. O sistema processual pátrio, em especial a partir da Lei nº 8.038/90, passou a desenvolver esses instrumentos, como por exemplo o artigo 557, *caput*, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98, o artigo 285-A, acrescido pela Lei nº 11.277/2006, o parágrafo 1º do artigo 518, com a redação dada pela Lei nº 11.276/2006, todos do Código de Processo Civil, entre outros.

O incidente de repercussão geral, dessa forma, pode atuar como instrumento de aplicação de precedente em três hipóteses previstas pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. A primeira ocorre nos termos do parágrafo 3º do artigo 543-A, que prevê que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à precedente dominante do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, assim, de hipótese de presunção de repercussão.

Ora, por “súmula ou jurisprudência dominante”, ou seja, por “orientações contidas em precedentes dominantes”, deve se entender as consolidadas pelo Pretório e em vigor, excluindo-se as contidas em precedentes já revogados. Logo, caso o recurso extraordinário transcenda o interesse subjetivo do demandante, ao ponto de proteger as orientações do Supremo, haverá, sim, repercussão geral, razão pela qual o dispositivo em comento consagra verdadeira hipótese de presunção absoluta.

Nesse instrumento, o precedente a ser aplicado é o que contém a orientação não seguida pelo juízo *a quo*. Por exemplo, caso o recurso extraordinário impugne decisão de tribunal regional que antecipou os efeitos da tutela *inaudita altera parte* em demanda em face da Fazenda Pública que tenha por objeto matéria prevista no artigo 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, o precedente a ser aplicado será a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04-6/DF (Relator: Ministro Sydney Sanches), que contém como orientação a constitucionalidade do artigo 1º do referido diploma, bem como produz efeito vinculante.

Assim, o sistema processual consagra instrumento de aplicação do precedente apto a obstar que um tribunal regional ou mesmo uma corte de superposição esbulhe a constitucional competência extraordinária do Supremo, ao desafiar orientações já consolidadas pelos excelsos precedentes. O sistema processual desenvolve, assim, instrumento apto a corrigir a supra-atuação de um juízo *a quo*, impedindo que atue na qualidade de (pseudo)Poder Moderador interno ao Judiciário.

Caso o recurso extraordinário pretenda defender orientação que já tenha sido revogada pelo Supremo, não há de se falar em aplicação do parágrafo 3º do artigo 543-A, na medida em que, nessa hipótese, o juízo *a quo*, na verdade, está acolhendo o precedente revogador, não impugnado o recurso, assim, precedente dominante do Pretório Excelso.

Já a segunda hipótese está disciplinada no artigo 543-A, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, que determina que, uma vez negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão liminarmente indeferidos. Negar a admissibilidade de um dado recurso significa não apenas impedir que o mérito da decisão do juízo *a quo* seja revista, mas pode (o que nem sempre ocorre) ensejar, por preclusão, que o provimento jurisdicional assuma a beatitude da imutabilidade.

Nessa segunda hipótese, então, o precedente a ser aplicado é o objeto do juízo negativo de admissibilidade, que assume a qualidade de paradigma, cuja orientação deverá ser seguida para todos os recursos que tenham a mesma matéria, prevendo, assim, a Lei nº 11.418/2006 mais uma hipótese de efeito vinculante em sede de controle incidental de constitucionalidade para um órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, mas persuasivo para o Pleno e impeditivo de recurso para um dado juízo *a quo* no instante da admissibilidade de um recurso extraordinário, na medida em que o *caput* do artigo 557 permanece em vigor e forma um sistema harmônico com o referido parágrafo 5º.

Por outro lado, cabe ressaltar que o parágrafo 5º do artigo 543-A prevê a possibilidade de revisão da orientação, revogando-se o precedente que a contém, ou seja, *overruled*, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Prevê também o dispositivo em comento hipótese de deslegalização da norma processual em sentido estrito, para que a regulação assuma sede regimental.

Quanto à terceira hipótese, *a priori* é necessário diferenciar os regimes de apreciação de repercussão geral previstos nos artigos 543-A e 543-B. De fato, o instrumento de aplicação de precedentes previsto pelo sistema do artigo 543-A seria mais amplo e, de certa forma, abrangeria a segunda hipótese. Entretanto, a Lei nº 11.418/2006 optou por disciplinar de forma específica o incidente de repercussão geral, em caso de demandas multitudinárias²⁴. Deve-se, pois, diferenciar o teor da expressão “matéria idêntica”, contida

²⁴ Inexiste conceito legal de demandas de massa. Entretanto, o tema é apreciado pela doutrina de uma forma geral. Rodolfo de Camargo Mancuso a elas se refere como “demandas múltiplas” pelo processo de “atomização das demandas.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 427 e 435. Antônio Gidi comenta a figura, no direito norte-americano, da *massive class action*, consubstanciando adaptação das demandas coletivas para as necessidades contemporâneas. GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 64. Vide, também, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 555.

no parágrafo 5º do artigo 543-A, do sentido de “idêntica controversa”, a ser aplicado em caso de multiplicidade de demandas.

Assim, a terceira hipótese de aplicação dos precedentes em sede de incidente de repercussão geral é relativa às demandas multitudinárias, envolvendo, em especial, direitos individuais homogêneos. Ao se iniciar o respectivo procedimento, o tribunal de origem deverá selecionar um ou mais recursos extraordinários representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal para o incidente de repercussão geral, suspendendo-se os demais até o pronunciamento definitivo do Pretório Excelso.

Caso o Supremo, em sede de incidente de repercussão geral do processo selecionado, entenda ausente relevância econômica, política, social ou jurídica apta a transcender aos interesses subjetivos da demanda, essa orientação deverá ser aplicada a todos os processos sobrestados, figurando o recurso extraordinário selecionado como paradigma (parágrafo 2º do artigo 543-B). Nesse caso, o precedente paradigma produz efeito impeditivo de recurso, evitando-se que o Supremo Tribunal Federal receba um sem-número de recursos extraordinários para que reproduza orientação já firmada.

Entretanto, nessa terceira hipótese, caso o Pretório Excelso entenda que há repercussão geral e julgue o mérito do processo, a orientação firmada deverá ser aplicada pelo juízo *a quo*, que deverá (não apenas poderá), ainda, declarar os recursos prejudicados ou retratar-se, figurando o recurso extraordinário selecionado como paradigma (parágrafo 3º do artigo 543-B).

Na hipótese do parágrafo 3º, entretanto, o precedente paradigma produz efeito vinculante em sede de controle incidental, determinando que a orientação oriunda do juízo de mérito que o Supremo tenha fixado seja obrigatoriamente reproduzida nos processos sobrestados. Poderá, assim, o prejudicado utilizar de reclamação, para que o Supremo possa cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada.

Cabe ressaltar que, apesar da similitude, não se deve confundir a nova extensão do efeito vinculante dada pela Lei nº 11.418/2006 com a doutrina do *stare decisis* não só pela origem histórica, mas pela diversa finalidade, mesmo que gerem resultados práticos parecidos. Aprofundando-se sobre o tema, Roger Stiefelmann Leal²⁵ defende que a vinculação foi forjada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade europeu, com a precípua função de impedir a reiteração material do vício de inconstitucionalidade. Disserta, ainda, o mencionado autor que:

²⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 127-128.

Encontram-se diferenças, também, em relação à abrangência dos institutos. Enquanto o *stare decisis* constitui instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, o efeito vinculante tem natureza impositiva externa, obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais, notadamente o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A abertura procedimental do controle incidental de constitucionalidade por força da Lei nº 11.418/2006 questiona certas orientações firmadas pelo Supremo no sentido da inexistência absoluta de uma teoria de precedentes obrigatórios na experiência brasileira²⁶. *Verbi gratia*, nesse sentido, em sede de medida liminar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231²⁷, em seção realizada em 5 de dezembro de 2001, o Ministro Néri da Silveira, na qualidade de relator, proferiu voto pelo deferimento do provimento de urgência para a suspensão da eficácia do parágrafo 3º do artigo 5º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Esse dispositivo dispõe que a liminar em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da decisão, ressaltando eventual efeito da coisa julgada. O referido voto sustentou que a esse dispositivo deveria ser dada interpretação conforme à Constituição, a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de impetrante dessa Ação Direta, defende, na petição inicial²⁸, que o comentado parágrafo 3º ofende as garantias insertas no artigo 5º, incisos XXXVII e LIV, e ao artigo 102, parágrafo 1º, ambos da Constituição da República. Sustenta que levar do juiz ao Supremo, diretamente, questão da lide que está sendo apreciada regularmente em processo em curso, e ainda permitir que a Corte Suprema suspenda o andamento do processo ou o efeito de decisões

²⁶ No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 179.560-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, o Supremo fixou a seguinte orientação: “Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado *binding effect*, ao contrário do que se registra, no sistema da *Common Law*, por efeito do princípio do *stare decisis et non quieta movere*, que confere força vinculante ao precedente judicial.”

²⁷ A Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-DF está pendente de julgamento, sendo que apenas o voto do relator fora proferido, seguindo-se pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence.

²⁸ Fonte: www.stf.gov.br.

judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição ofertada, configura concentração imprópria de poderes, atentando contra o devido processo legal. Sustenta também o impetrante que o dispositivo, na verdade, “faz lembrar tempos passados”, quando foi introduzido, no ordenamento constitucional, sem participação legislativa, o instituto da advocatária²⁹ (Emenda Constitucional nº 7 à Constituição Federal de 1967, artigo 119, I, “o”)

Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, em especial a partir do Recurso Extraordinário nº 418.918-6/RJ e da Ação Cautelar nº 272/RJ³⁰, ambos de relatoria da Eminente Ministra Ellen Gracie, passou a utilizar, na qualidade de instrumento de aplicação de precedente, os artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001 combinados com o artigo 321 do Regimento Interno, para suspender o trâmite de processos nos Juizados Especiais, a fim de que a orientação firmada em um dado recurso extraordinário seja aplicada. Esse mesmo instrumento fora aplicado na medida cautelar no Recurso Extraordinário nº 519.394 (Relator: Ministro Gilmar Mendes), para fins de continuação de julgamento dos Recursos Extraordinários nº 415.454 e 416.827.

Apreciando-se o complexo normativo do recurso extraordinário das decisões oriundas dos Juizados Especiais Federais, Gilmar Ferreira Mendes³¹ sustenta a presença de um tratamento diferenciado por parte do legislador, consubstanciando disposição assemelhada ao estabelecido no art. 21 da Lei nº 9.868/99, que prevê a cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, e no artigo 5º da Lei nº 9.882/99, que autoriza cautelar em sede de descumprimento de preceito fundamental.

Ora, na própria Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-DF (Relator: Ministro Néri da Silveira), o Supremo Tribunal Federal fixou a orientação de que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais. Dessa forma, as Leis nº 10.259/2001

²⁹ Esse entendimento é seguido pela doutrina, consoante denota lição de Lênio Streck, no sentido de que “trata-se de uma nítida advocatária, incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de uma vinculação indevida do sistema a decisões individuais, além da supressão de instâncias, ferindo a cláusula do devido processo legal.” STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 821.

³⁰ Nesse precedente pluriprocessual, o Supremo suspendeu todos os processos em trâmite nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais do Rio de Janeiro que tinham por objeto recomposição do saldo da conta de FGTS cujo titular celebrou o acordo previsto na Lei Complementar nº 110/2001 até decisão final. A respeito do tema vide: TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Efeito vinculante decorrente de recurso extraordinário*: estudo do RE nº 418.918-6/RJ e da Medida Cautelar nº 272-9. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil - Ajufe*, a. 23 - n. 84 - 2º trimestre de 2006; In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 17, ago. 2006. p. 19-42.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 283. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 572-578.

e 11.418/2006, como mecanismos de abertura procedimental do controle incidental de constitucionalidade, não possuem vício formal ao estabelecer hipóteses de efeitos vinculantes e impeditivos de recurso.

Todavia, como todos os dispositivos infraconstitucionais, essas normas merecem interpretação conforme a Constituição, no sentido de que elas não geram efeito avocatório, ou seja, o processo não é deslocado do juiz natural para o Supremo Tribunal Federal, mas sim efeito vinculante, para que a orientação firmada no precedente paradigma seja aplicada, mesmo porque o controle difuso de constitucionalidade historicamente adotado no Brasil nunca excluiu a competência extraordinária do Supremo Tribunal Federal.

Logo, há previsão de produção de efeito vinculante na Lei nº 11.418/2006, assim como na hipótese da combinação dos artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001 com o artigo 321 do Regimento Interno, quando o Supremo fixar a orientação em um dado precedente, inexistindo deslocamento dos demais processos, razão pela qual não há violação às garantias do devido processo legal e do juiz natural.

4. Conclusão

Tornar o precedente jurisdicional instrumento de acesso à justiça e de efetividade do processo, na qualidade de mecanismo mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição, edita normas jurídicas para que sejam aplicadas em decisões posteriores, exige que o ordenamento jurídico desenvolva incidentes processuais com o específico fim de aplicá-los.

O sistema processual pátrio, então, em especial a partir da Lei nº 8.038/90, passou a desenvolver esses instrumentos, como por exemplo o artigo 557, *caput*, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98; o artigo 285-A, acrescido pela Lei nº 11.277/2006; o parágrafo 1º do artigo 518, com a redação dada pela Lei 11.276/2006, todos do Código de Processo Civil, entre outros.

A Lei nº 11.418/2006, manifestação da reforma infraconstitucional do Judiciário, instituiu o incidente de repercussão geral para a admissibilidade de recurso extraordinário. Assim, o jurisdicionado deverá demonstrar a existência de questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que transcenda os interesses subjetivos da demanda. Logo, o demandante propõe a objetivação da pretensão, para que se tutele o *ius in thesi*. A objetivação acolhida pelo Judiciário, por conseguinte, atribui linguagem normativa às orientações emanadas nos precedentes.

Dentro desse contexto, a referida Lei desenvolve três instrumentos de aplicação de precedentes no incidente de repercussão geral, previstos nos parágrafos 3º e 5º do artigo 543-A e no artigo 543-B, todos inseridos no Código de Processo Civil. Esses instrumentos, assim como os artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001, combinado com o artigo 321 do Regimento Interno do Supremo, geram uma abertura procedimental do controle incidental de constitucionalidade, ao prever a edição de precedentes vinculantes e impeditivos de recursos, sem que, com isso, lesionem o devido processo legal, na medida em que não avocam processos distribuídos a outros juízos.

Dessa forma, antigas orientações do Supremo Tribunal Federal não mais se sustentam, na medida em que se desenvolve uma teoria de precedentes obrigatórios na experiência brasileira. Ora, se a finalidade da arguição de relevância consubstancia uma solução para a multiplicação de demandas, deve-se, *a priori*, reconhecer que apenas aparentemente a crise é de número de processos, um mero sintoma, pois essa crise é de paradigmas e de inefetividade de instrumentos processuais para a salvaguarda dos princípios constitucionais.

5. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda H. Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Recurso Extraordinário: Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRUZ E TUCCI, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIFIS, H. Steve. *Law Dictionary*. 5. ed. New York: Barron's, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 7. ed. Recursos no Processo Civil V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10/11/1999*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 1987.

STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Efeito vinculante decorrente de recurso extraordinário: estudo do RE nº 418.918-6/RJ e da Medida Cautelar nº 272-9*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 17, ago. 2006, p. 19-42.

TAVARES, André Ramos. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). *Reforma do Judiciário: Analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 214.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário e a Súmula Vinculante. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, V. 12. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 45-54.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROCESSO COMO ESTRATÉGIA DE PODER: UMA PAUTA DE ANÁLISE¹

Fernanda Duarte

Juíza Federal da 3ª Vara de Execução Fiscal;

Doutora em Direito;

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho/RJ

Rafael M. Iorio Filho

Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá;

Mestre e Doutorando em Direito pela UGF/RJ;

Advogado

RESUMO

Ao abordar os usos do processo pela Corte Constitucional brasileira o texto “O Supremo Tribunal Federal e o processo como estratégia de poder: uma pauta de análise” pretende apresentar reflexões acerca da legitimidade do STF em um pequeno recorte do jogo do poder no campo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição Constitucional. Processo. Estratégia de Poder. Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. Algumas reflexões iniciais necessárias: contextualizando a pertinência da abordagem processual. 2. O modelo teórico do processo como estratégia de poder
2.1. Delimitação das categorias adotadas 2.1.1 Sistemas simbólicos 2.1.2 Violência simbólica 2.1.3 *Habitus* 2.1.4 Campo de poder jurídico 2.1.5 Estratégia de poder

¹ O presente artigo se apresenta como um ponto de inserção entre duas experiências de pesquisa concretizadas no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Gama Filho. De um lado, evidenciam-se as principais reflexões travadas no projeto de pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia”, vinculado, em 2005, ao Laboratório de Análise Jurisprudencial - LAJ - que se materializaram na obra coletiva *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal - Laboratório de Análise Jurisprudencial* (DUARTE, Fernanda et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2006). De outro, inspira-se na dinâmica e na carga crítico-reflexiva desenvolvida pelos projetos que trabalham com as *Relações entre tribunais e sociedade: Acesso à justiça e ao direito e ao devido processo legal*, sob a coordenação dos professores Maria Stella de Amorim e Roberto Kant de Lima. Aproveitamos a oportunidade para registrar nossos agradecimentos aos alunos e professores que participaram em 2005 do LAJ. Em especial, agradecemos também aos professores Maria Stella de Amorim e Roberto Kant de Lima por suas lúcidas reflexões e valiosas críticas inspiradas nas Ciências Sociais. Agradecemos também aos então mestrands Bárbara Lupetti e Rubens Takashi Tsubone que nos ajudaram a melhor compreender nossa problemática.

- 2.2. Caracterização do processo como estratégia de poder
3. O jogo pelo poder: um projeto de continuidade via legitimidade da jurisdição constitucional
4. Salvaguarda dos direitos fundamentais: um discurso de legitimação no Estado Democrático de Direito
5. O Supremo Tribunal Federal e o processo como estratégia de poder
6. Bibliografia

1. Introdução - Algumas reflexões necessárias: contextualizando a pertinência da abordagem processual

A relevância que a temática dos direitos humanos tem assumido nas diversas agendas do mundo contemporâneo é um fato inquestionável. Não há de se despende um grande esforço de energia para comprová-lo.

Ao refletir sobre o tema, Perez Luño² reconhece que a questão dos direitos humanos se tornou uma referência obrigatória em quase todos os textos constitucionais, já que quase a totalidade dos sistemas políticos da atualidade admite virtualmente e de forma oficial uma certa doutrina sobre os direitos humanos, alerta que não se deve entender tal situação como uma prova irrefutável de sua efetiva realização.

Com essa advertência em mente, o cerne da questão desloca-se para um problema de aplicabilidade e eficácia desses direitos, traduzidos na idéia de sua proteção pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional³. Nesta cadeia de desdobramentos, chega-se ao próprio instrumento do exercício dessa função: o processo.

Adequação do sistema recursal, tensão entre excesso de demandas e celeridade, modelo do judiciário adotado, técnica processual própria à tutela pretendida são alguns dos temas recorrentes que interferem diretamente na efetividade⁴ do processo civil, que se agrava quando se trata da jurisdição constitucional⁵, de seus tribunais e da proteção aos direitos fundamentais.

² PERÉZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

³ Em uma abordagem recorrente na doutrina jurídica pátria, jurisdição significa o poder-dever, traduzido em monopólio, do Estado de solucionar os conflitos que permeiam as relações sociais e que naturalmente não atingem a autocomposição, sendo, pois, necessária a intervenção de uma “terceira vontade” em substituição à vontade das partes. Esse terceiro é o Estado-juiz, que de forma definitiva decide e pacifica no plano jurídico a controvérsia que lhe é submetida. Entretanto, a compreensão da jurisdição nos termos acima expostos, como advertem Amorim, Kant de Lima e Mendes, não se presta “a administrar e solucionar conflitos, pois estes não são vistos como um acontecimento comum e próprio da divergência de interesses que ocorre em qualquer sociedade. Pelo contrário, aqui os conflitos são visualizados como ameaçadores da paz social, e a jurisdição, longe de administrá-los, tem a função de pacificar a sociedade, o que pode ter efeito de escamoteá-los e devolvê-los, sem solução para a mesma sociedade de onde se originaram” (AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.). *Ensaio sobre a igualdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xxvi)

⁴ Neste trabalho, eficiência e eficácia são termos que se equivalem. A propósito, sobre essa equivalência, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Efetividade do Processo de Conhecimento. *Revista de Processo*, n. 74, p. 126-137, abr.-jun. 1994.

⁵ Para uma definição de jurisdição constitucional, cf. Grupo de Estudos “A jurisdição constitucional e a democracia”. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, out.-dez. 2003, p. 223-243.

Em outras palavras, a problemática da efetividade do processo repercute na qualidade da concretização da garantia do acesso à justiça e na própria institucionalização do Estado Democrático de Direito.

A doutrina debruça-se sobre esta crise⁶, no mais das vezes buscando prescrever remédios, baseados em diagnósticos exclusivamente de cunho dogmático-processual. E o legislador tenta, através de sua produção normativa, contorná-la na crença de que pela imputação⁷ disciplinaria e resolveria o fato social.

Ainda assim, o processo não funciona, e a consequência é a falência do sistema processual, com a consagração de um des(cesso) à justiça, que reproduz estruturas de desigualdade jurídica e exclusão social. Onde está o erro? Na percepção do problema. Na insuficiência do diagnóstico que desconhece que uma anamnese adequada deve levar em conta outras variáveis que não sejam só a norma, mas em especial a cultura jurídica do país, suas tradições, expectativas e os reais sujeitos de “carne e osso” que a ordem jurídica diz serem seus destinatários. E na forma de compreender o Direito e suas relações com a realidade social, negando seus paradoxos, contradições e fragmentações inerentes às sociedades modernas.

Essas foram as inquietações iniciais que motivaram nossa investigação, cujo esforço consubstancia-se na tentativa de estabelecer parâmetros, de base sociológico-jurídica⁸, que tragam referências taxionômicas e dinâmicas para a compreensão das decisões da Suprema Corte brasileira, que concorrem para a atualização do modelo ocidental de Estado de Direito no Brasil, desdobrado na consolidação de uma esfera de direitos fundamentais. Desta forma, pretendemos fornecer outros elementos que ajudem a melhor esclarecer o papel da referida corte na adjudicação de direitos enquanto último patamar a quem compete assegurar a garantia do acesso à justiça, dando, segundo nosso modelo jurídico, a palavra final aos conflitos sociais submetidos ao Estado-juiz - o que, ao final, fornece elementos de percepção dos paradoxos do Direito brasileiro e das relações entre os tribunais e a sociedade⁹.

Nesse sentido, duas observações preliminares devem ser declinadas a fim de dar consistência à nossa empreitada: são as premissas teóricas que permeiam nossas

⁶ Sobre a crise da efetividade do processo, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994; MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit.; MORELLO, Augusto Mário. *Avances procesales*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003; SIMONASSI, Mauro. *Os desafios legislativos da efetividade na tutela executiva cível: uma análise do Código de Processo de Civil*, 2005 (Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Gama Filho).

⁷ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

⁸ Sobre a necessidade de o estudo jurídico estar aberto a contribuições de outras disciplinas e principalmente da Sociologia, cf. OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Letra Legal: Rio de Janeiro, 2004.

⁹ Cf. AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.). *Ensaio sobre a igualdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; e AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann; KANT DE LIMA, Roberto. (Org.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

reflexões e os fenômenos que constatamos nessa virada de milênio tensionadores dos limites de atuação do Judiciário.

Quanto às premissas teóricas, em primeiro lugar, trata-se de explicitar nossa adesão a uma visão relativista do mundo, na qual os valores são apreendidos originariamente de forma subjetivista e, portanto, demarcamos inicialmente um movimento arbitrário de escolha, fruto da imponderabilidade das situações “novas e imprevisas”¹⁰. No entanto, isso não significa dizer que esse arbítrio não possa vir a ser racionalmente justificado, mas, sim, que o primeiro movimento é “injustificável”. Escolhe-se para depois racionalizar, ou seja, fazer crer que a escolha realizada é a correta. Portanto, a adesão que a fundamentação gera não se deve à qualidade moral da escolha (juízo de verdade), mas, sim, a seu potencial de convencimento, que passa a ser percebido, por aquele a quem se dirige, como não-arbitrário ou natural¹¹ - o que nada mais é do que um instrumento de poder/dominação pela linguagem.

Em segundo lugar, temos que a compreensão do Direito, resistente e encasnelado em si mesmo, fornece uma percepção precária e reducionista da realidade social¹². Daí a necessidade de uma abordagem interdisciplinar a fim de inserir aqueles elementos descartados pelo jurista, mas que integram e conformam essa realidade¹³.

¹⁰ Cf. BOURDIEU, Pierre. *Questões de Sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2004.

¹¹ Tal afirmação se relaciona com o conceito de *habitus* (raciocinar específico de legitimação) desenvolvido por Bourdieu e que será retomado mais adiante.

¹² Esse reducionismo é decorrência do *habitus* judicial, como se infere das reflexões de Rocha. “Esta noção é de extrema utilidade para se compreender a mecânica da resistência dos juristas, especialmente os magistrados, às mudanças no campo, cuja existência e manutenção a formação do seu *habitus* induz, quer dizer, o treinamento dos juristas, em especial os juizes, para sua ação no campo jurídico deve fazê-los acreditar na possibilidade de existência de um espaço social e mental onde se efetive a imparcialidade, onde não cheguem as pressões sociais externas. O conjunto de disposições pessoais criadas já na graduação em Direito, muitas vezes já preparada por uma trajetória de vida ligada às carreiras jurídicas de familiares, e completada nos primeiros anos da carreira, leva os juristas a desenvolver profundamente um *habitus* judicial que envolve toda uma visão do mundo através de categorias jurídicas, criando um universo autônomo fechado às pressões externas, e imune a tais questionamentos que têm como ilegítimos, por virem de fora do campo jurídico, originando-se nos interesses e lógicas próprios aos demais campos” (ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Judiciário e política: uma abordagem em sociologia do direito*. *Estudos Jurídicos*. Rio Grande do Sul, v. 36, n. 97, 2003, p. 104-105).

¹³ Sobre esta mesma visão acerca do Direito, mais especificamente em sua perspectiva criminal, ensinam Amorim, Kant e Burgos: “A naturalização dessas diferenças, operada de maneira institucional pelo sistema, embora as verdades por elas produzidas se desqualifiquem umas às outras, redundam em ‘dissonância cognitiva’, tanto para os operadores do sistema como para a população em geral. Quer dizer, ao mesmo tempo em que se apresenta como ‘sistema harmônico e coerente’, a admiração institucional de conflitos na área criminal se constitui de partes complementares e desiguais, as quais possui relativa autonomia, conseqüentemente, exigindo dos mesmos operadores condutas distintas para seu desempenho competente, dependendo do lugar aonde se encontram desempenhando suas funções. Isto termina por enganá-los em ‘preferências’ por esta ou aquela forma institucional presente no dito sistema, sem perceberem que estão optando por formas institucionais dispare de administrar conflitos e de construir verdades judiciárias. Estas diferentes disposições podem coexistir porque, por um artifício da chamada ‘dogmática jurídica’, as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas e se anula automática e reciprocamente quando entram em contradição observando-se para resolver os conflitos entre elas, a rígida hierarquia em que, teoricamente, se encontram disposta. Esta doutrina, portanto, como todo conhecimento dogmático não deixa espaço para que se explicitem as diferentes tradições e a sua história, que imprimem significados distintos a procedimentos semelhantes.” AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann; KANT DE LIMA, Roberto. (Org.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003. p. 19-20.

Por outro lado, a crise do Estado moderno¹⁴ e a judicialização da política¹⁵ são “fenômenos” que chamam nossa atenção para o fato de que a Jurisdição Constitucional, especialmente a partir do Pós-45, tem assumido um papel de alta relevância no cenário político-jurídico, tencionando o frágil equilíbrio do modelo de separação de poderes, com o deslocamento de seu eixo principal para o juiz¹⁶.

Assim, a fim de melhor compreender as relações travadas na sociedade, tendo como pano de fundo a problemática acima descrita e buscando desvelar aspectos alijados pela teoria jurídica, optamos por adotar como modelo teórico um instrumental de conceitos “que enfatiza a indeterminação e a incerteza também em questões de conhecimento. O significado não é preexistente: ele é cultural e socialmente produzido. O importante então é examinar as relações de poder envolvidas na sua produção. A questão não é saber se algo é verdadeiro, mas, sim, saber por que esse algo se tornou verdadeiro”¹⁷.

Sob esta inspiração, trabalhamos as relações entre poder e direito, recorrendo-as para o momento da aplicação do direito pelo STF (que ocupa “as posições mais altas na hierarquia do campo”¹⁸ jurídico). Por conseqüência, nosso objeto de reflexão migra para o processo, buscando explicitar uma de suas funcionalidades que não é usualmente reconhecida pelos juristas, tal seja, o processo como estratégia de poder, com pretensão de legitimar a atuação da Corte, a partir dos discursos atuais, aspirantes à legitimidade, dentro do campo jurídico, considerados na perspectiva dos seus autores.

2. O modelo teórico do processo como estratégia de poder

Para uma compreensão adequada¹⁹ da temática do processo como estratégia de poder, há a necessidade de definirmos as seguintes noções: “sistema simbólico”,

¹⁴ Cf. NOVAES, Aduato (Org.) *A crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

¹⁵ Cf. CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “A Judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.” Trabalho apresentado no 4º Encontro Nacional da ABCP - painel 1 - Direito, Justiça e Controle - PUC/RJ - 21-24 jul. 2004. Disponível em <http://www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf>. Acesso em 6. jan. 2005; SHAPIRO, M.; SWEET, Alec Stone. *On law, politics and judicialization*. London/New York: Oxford University, 2002.

¹⁶ Tanto que alguns autores falam em “judiciário imperial”, buscando redimensionar a importância do Judiciário no jogo democrático das instituições. Cf. BORK, Robert H. *Coercing Virtue: The worldwide rule of judges*. AEI Press: Washington, D.C., 2003; _____. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Free Press. New York, 1990. Como crítica a esta idéia Cf. KOZLOWSKI, Mark. *The Myth of the Imperial Judiciary: Why the Right is Wrong about the Courts*. New York: New York University Press, 2003.

¹⁷ FERREIRA, Eliza Bartolozzi. Resenha da obra: Silva, Tomaz Tadeu da. (1999). Documentos de identidade: uma introdução às teorias do currículo. *Educational Review*. Disponível em: <<http://edrev.asu.edu/reviews/revp11.htm>>. Acesso em: 22 set. 2004.

¹⁸ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. op. cit. p. 108.

¹⁹ Entendemos ser pertinente a descrição proposta, visto a dificuldade da auto-referencialidade que tais categorias apresentam para um leitor não familiarizado com seus modelos teóricos de origem. Sendo assim, ainda que sob risco de adoção de uma postura manuleira, meramente repetitiva, optamos por descrever, ainda que minimamente, aquelas categorias que entendemos necessárias para o estabelecimento de sentidos mínimos, com o intuito de viabilizar uma melhor compreensão para o “leitor de primeira viagem”.

“violência simbólica”, “*habitus*”, “campo de poder jurídico” e “estratégia de poder”²⁰, que permitem a compreensão da estrutura de análise que propomos.

Para tanto, estruturaremos este tópico com a seguinte disposição:

2.1. delimitação das categorias adotadas; 2.2. caracterização do processo como estratégia de poder.

2.1 Delimitação das categorias adotadas

2.1.1 Sistemas Simbólicos

Os sistemas simbólicos (ideológicos) são o resultado do monopólio dos agentes sociais²¹ em criar estruturas de comportamento e pensamento de dominação (poder simbólico), encaradas como arcabouço legítimo, na luta contra outros agentes na manutenção e distinção de seu campo social.

Esta definição faz com que se constate que a “produção - dos discursos, ideologias e fundamentos - é apropriada com exclusividade por um grupo ou corpo de especialistas, o qual estabelece os limites da produção e circulação dos discursos relativos aos valores de seu campo”²².

Constrói-se na realidade social uma divisão²³ de funções entre aqueles que serão os produtores e monopolizadores legítimos das ideologias e aqueles que dessa não participaram.

²⁰ Todas essas categorias são tributadas ao francês Pierre Bourdieu, à exceção da noção de estratégia atribuída ao também francês Michel Foucault, conforme bibliografia citada nesta pesquisa.

²¹ Entendemos que agentes sociais são os atores sociais com funções próprias, em razão de suas práticas, na autonomia do seu campo social.

²² ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. op. cit. p. 101.

²³ Ilustrativa para um trabalho jurídico, uma vez que o campo estatal ocupa hoje o que foi ocupado por séculos pelo campo religioso, é a passagem e a terminologia adotadas por Bourdieu em *A economia das trocas simbólicas* (p. 40) quanto à divisão estabelecida, na compreensão dos sistemas simbólicos, a partir do sistema religioso entre o sagrado e o profano. “A estes dois tipos extremos de estrutura da distribuição do capital religioso vão corresponder: a) tipos opostos de relações de relações objetivas (e vividas) com os bens religiosos e, em particular, tipos opostos de competência religiosa, a saber, de um lado, o *domínio prático* de um conjunto de esquemas de pensamento e de ação *objetivamente* sistemáticos, adquiridos em estado implícito por simples familiarização, e, portanto, comuns a todos os membros do grupo e praticados segundo a modalidade pré-reflexiva e, de outro lado, o *domínio erudito* de um *corpus* de normas e conhecimentos explícitos, explícita e deliberadamente sistematizados por especialistas pertencentes a uma instituição socialmente incumbida de reproduzir o capital religioso por uma ação pedagógica expressa; b) tipos nitidamente distintos de sistemas simbólicos, como por exemplo os *mitos* (ou sistemas mítico-rituais) e as *ideologias religiosas* (teogonias, cosmogonias, teologias) que constituem o produto de uma *reinterpretação letrada*, levada a cabo em resposta a novas funções, de um lado, funções internas correlatas à existência do campo dos agentes religiosos e, de outro lado, funções externas, como, por exemplo, as que resultam da constituição dos Estados e do desenvolvimento dos antagonismos de classe e que propiciam as razões de existência às grandes religiões com pretensão universal.”

Existe, na análise dos sistemas simbólicos, uma dupla perspectiva de abordagem. A primeira diz respeito aos papéis e às funções dos especialistas na construção de suas categorias pretensamente capazes de explicar a realidade no aspecto interno do campo social. Deles para eles mesmos. Já a segunda refere-se à necessária aceitação das construções internas do campo por aqueles que não pertencem ao campo, a fim de que possamos ter aí uma verdadeira constituição de poder (poder simbólico) ou, em outras palavras, a imposição não arbitrária da vontade de um campo social por estruturas discursivas de dominação.

2.1.2 Violência Simbólica

Fruto da relação estabelecida entre os agentes internos de um campo (especialistas) e os externos (profanos), este conceito, advindo da violência física - imposição de vontade por força material -, nada mais é do que a articulação de um instrumental de poder para convencer os agentes sociais, naturalizando os discursos pelo domínio da linguagem, de que determinada realidade é verdadeira e legítima porque não é arbitrária.

Quanto a esta violência e sua relação com o discurso jurídico, vejamos as palavras de Álvaro Filipe Rocha:

É esse o poder de fazer crer, fazer ver de um modo ou de outro o mundo social e seus agentes, no qual o discurso jurídico é o mais significativo, uma vez que a serviço do poder constituído da ordem das realidades, o Estado²⁴.

A violência simbólica dispensa a violência física por conseguir os mesmos efeitos de maneira mais eficaz. A naturalização das crenças realizada pelo domínio da linguagem, ao impor uma estrutura de pensamento específico (*habitus*), faz com que os dominados, diferentemente da arbitrariedade física, não percebam as imposições que lhes estão sendo apresentadas, criando desta forma uma estabilidade maior na manutenção do poder do campo.

2.1.3 *Habitus*

Categoria criada por Pierre Bourdieu para definir a estruturação de um raciocínio próprio da relação e práticas dos agentes sociais e seus campos, de forma a legitimar e criar o campo sobre o qual agem.

²⁴ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. op. cit. p. 103

Habitus pode ser definido como um sistema de aquisição durável de esquemas de percepção, pensamento e ação engendrados por condições objetivas, mas tendendo a persistir mesmo após uma alteração dessas condições. Ele (Bourdieu) vê o *habitus* como a chave para reprodução, porque é o que realmente generaliza as práticas regulares do fazer da vida social. O *habitus* é o produto das condições sociais e também as conexões do comportamento atual da estrutura de classes. (tradução livre)²⁵

Quanto a esta noção, interessante é a observação de Rocha sobre o *habitus* dos juristas:

Esta noção é de extrema utilidade para se compreender a mecânica da resistência dos juristas, especialmente os magistrados, às mudanças no campo, cuja existência e manutenção a formação do seu *habitus* induz, quer dizer, o treinamento dos juristas, em especial os juízes, para sua ação no campo jurídico deve fazê-los acreditar na possibilidade de existência de um espaço social e mental onde se efetive a imparcialidade, onde não cheguem as pressões sociais externas. O conjunto de disposições pessoais criadas já na graduação em Direito, muitas vezes já preparada por uma trajetória de vida ligada às carreiras jurídicas de familiares, e completada nos primeiros anos da carreira, leva os juristas a desenvolver profundamente um *habitus* judicial que envolve toda uma visão do mundo através de categorias jurídicas, criando um universo autônomo fechado às pressões externas, imune a tais questionamentos que têm como ilegítimos, por virem de fora do campo jurídico, originando-se nos interesses e lógicas próprios aos demais campos.²⁶

Esse modo de pensar específico dos agentes de um campo de poder é historicamente construído, evoluindo em novas formas de adaptação e reforço de suas convicções, sem contudo serem atingidos seus princípios essenciais. Ele procura ser maleável aos anseios dos agentes impedidos de adentrar ao campo, a fim de que possam se manter as relações de poder como legítimas.

2.1.4 Campo de poder jurídico

Outra noção importante, por complementar a de *habitus*, é a de campo de poder. Para as Ciências Sociais, este termo é impreciso, porém detém um consenso de ser o espaço do exercício das dinâmicas sociais de domínio ou sistema.

²⁵ No texto original: "Habitue can be defined as a system of durably acquired schemes of perception, thought and action, engendered by objective conditions but tending to persist even after an alteration of those conditions. He sees Habitus as the key to reproduction because it is what actually generates the regular practices that make up social life. It is the product of social conditioning and so links actual behavior to class structure". Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Habitus>>. Acesso em: 21 set. 2005.

²⁶ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. op. cit. p. 104-105.

Campo é um espaço social de relações de força, traduzidas na disputa de poder entre os agentes sociais, dotado de regras e conhecimentos específicos (*habitus*) para a estruturação das relações de poder. Nas palavras de Bourdieu:

Um campo, e também o campo científico, se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irreduzíveis aos objetos de disputas e dos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses, a outros investimentos, destinados assim a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas, e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de *habitus* que impliquem no conhecimento e no reconhecimento das leis imanentes da jogo, dos objetos de disputas, etc.²⁷

Um campo em sua estruturação interna estabelece valores e objetivos próprios, reconhecidos como metas a serem alcançadas pela disputa entre os agentes sociais. Sua organização dá-se por padrões de pensamento e matrizes de educação recebidos por investimentos possibilitadores de situar os agentes dentro do campo munidos do reconhecimento de sua hierarquização e lógica de mobilidade interna.

Estes investimentos ou capitais para a inserção nos campos são de três ordens: econômica, cultural e social.

A primeira caracteriza-se por ser a fonte econômica que detém um agente ou classe econômica em que se localiza.

A segunda, pelas formas de conhecimento, educação, muitas vezes providas desde crianças pelas famílias, que estrategicamente preparam as mentes, as lógicas específicas de cada campo.

Finalmente, o capital social, que pressupõe os anteriores, é recurso do reconhecimento como membro do grupo, tendo-se acesso às oportunidades, eventos, a uma rede de relações institucionalizada de mútuo reconhecimento.

Da soma desses capitais chega-se ao *habitus*, ao sistema de estruturas internas do campo que possibilitará aos agentes auferirem lucro, retorno dos investimentos

²⁷ BOURDIEU, Pierre. op. cit. p. 89.

aplicados, que em poucas palavras traduz a razoável possibilidade de avaliação das forças envolvidas no campo para se obter vitória nas disputas.

O autor aponta a situação específica de cada campo abordado, identificando-a com a orientação dos agentes que ocupam as posições mais altas na hierarquia do campo, e que surge claramente ao se indicar as instituições envolvidas. Mas há que se destacar também as estratégias adotadas por esses agentes para a realização de seus objetivos, ligados aos objetivos oficiais do campo. A adoção de estratégias mais ou menos rígidas, mais ou menos flexíveis em relação às demais instituições e seus agentes, relacionada à identidade entre os mesmos, em geral forjada em lutas anteriores, possibilita o estabelecimento ou não de novas estratégias, visando a manutenção do campo com o equilíbrio dos interesses dos agentes, o que pode determinar ações e lutas abertas ou silenciosas entre os grupos de agentes. Desse modo é que a estrutura do campo está sempre em disputa, pois o êxito das ações empreendidas determina a nova distribuição do capital específico associado ao campo, e assim estabelece as possibilidades de ascensão ou decadência de carreiras, projetos, pretensões, etc., sustentados por agentes ou grupos específicos. O monopólio da violência legítima associada a cada campo, e em especial ao campo jurídico dentro do campo estatal, não é questionado pelos agentes, pois é tido como definitivo.²⁸

Definido o que vem a ser campo de poder social, passemos neste momento a compreender o campo jurídico. Ele é o espaço social, decalcado do Estado, da disputa dos juristas ou agentes detentores do *habitus* adquirido pela educação jurídica, que apresenta na realidade social brasileira o Supremo Tribunal Federal como órgão especialista hierarquicamente superior. Nas palavras de Bourdieu:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, no qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

²⁸ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. op. cit. p. 108.

O monopólio da jurisdição é a força do campo jurídico. Por esta razão, apesar das disputas internas, os juristas mantêm um acerto de sobrevivência das posições por um acerto de reconhecimento referentes a todos, traduzido pelas visões naturalizadas (poder simbólico) impostas pelos dominadores, o conhecimento jurídico. Ele, desse modo, passa a fixar os limites do campo jurídico e a “criar a sua autonomia, baseada essencialmente na crença da ‘neutralidade’ dos magistrados”²⁹.

2.1.5 Estratégia de Poder

Vejamos a definição que Foucault nos dá sobre estratégia:

A palavra estratégia é corretamente empregada em três sentidos. Primeiramente, para designar a escolha dos meios empregados para se chegar a um fim; trata-se da racionalidade empregada para atingirmos um objetivo. Para designar a maneira pela qual um parceiro, num jogo dado, age em função daquilo que ele pensa dever ser ação dos outros, e daquilo que ele acredita que os outros pensarão ser dele; em suma, a maneira pela qual tentamos ter uma vantagem sobre o outro. Enfim, para designar o conjunto dos procedimentos utilizados para privar o adversário dos seus meios de combate e reduzi-lo a renunciar à luta; trata-se, então, dos meios destinados a obter a vitória. Estas três significações se reúnem nas situações de confronto - guerra ou jogo - onde o objetivo é agir sobre um adversário de tal modo que a luta lhe seja impossível. A estratégia se define então pela escolha das soluções “vencedoras”.³⁰

Como podemos depreender de tudo o que foi dito acima, há uma relação de lutas e jogos na apropriação, reprodução e manipulação dos discursos e práticas de dominação (poder) pelos agentes sociais dos campos, tanto em seu aspecto interno quanto externo. Mas como um agente que não é um simples autômato das estruturas sociais pode exercer sua vontade? Pelo *habitus*. E, mais especificamente, pelo exercício do livre arbítrio permitido por esse *habitus* na dinâmica social dos embates nos campos da escolha da melhor estratégia de poder para manter ou alcançar a legitimidade do monopólio de produção ideológica (dominar) outros agentes e campos. Daí a importância deste conceito para analisarmos o movimento das pedras no tabuleiro.

²⁹ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. op. cit. p. 115.

³⁰ O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, Hubert, RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma Trajetória Filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Tradução de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 247.

2.2 Caracterização do processo como estratégia de poder

A cada modo de organização estatal corresponde um modelo judiciário, razão pela qual somos levados a concordar com Mirjan Damaska³¹ no sentido de que é inútil realizarmos uma análise dos diferentes modelos processuais sem que prestemos atenção e estudemos os modelos políticos.

Em outras palavras, a admissão de que o político integra o mundo jurídico remete ao desenvolvimento de uma consciência metodológica alargada que reconhece o direito como um fenômeno também construído no nível do discurso, cujo enraizamento social e função política mostraremos.

O significado das normas jurídicas, mais especificamente para o presente trabalho, das decisões judiciais³², só é compreendido “quando as integramos no conjunto de complexos normativos que organizam a vida social”³³. O espaço de enraizamento do Direito não é arbitrário, com um único centro definidor de sentido, mas tem sentidos definidos pelos campos de poder ou práticas discursivas dos juristas. E essas práticas ou saberes só poderão ser analisadas pelo enfrentamento das questões de poder.

Adotando tal postura teórica, concordamos que o termo “poder” é indissociável do fenômeno político e jurídico (e, portanto do processo civil), e elegemos uma classificação relacional ou pluralista de poder.

O poder não é a propriedade de alguém³⁴ impor sua vontade a outrem, que não o detém, por ameaça de uma sanção, mas sim um símbolo³⁵, uma representação, uma prática discursiva de estratégias de força que desloca seu espaço na dispersão social.

Como já foi dito acima, essa concepção se distingue pelo caráter relacional, não sendo o poder encarado como um objeto/propriedade, mas uma relação entre indivíduos. Dessa constatação nasce a necessidade de sabermos como um indivíduo consegue exercê-lo perante outro. A solução para este problema é dada por Foucault pelo conceito de estratégia já explicado acima.

³¹ DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1984.

³² Aqui decisões judiciais devem ser entendidas como normas jurídicas em concreto, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³³ HESPAÑA, António Manuel. *Poder e Instituições no Antigo Regime*. Lisboa: Edições Cosmos, 2000. p. 16.

³⁴ Visão discursiva comum desde a Idade Moderna em relação a uma propriedade sobre o poder por parte do Estado absoluto. Cf. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. trad. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

³⁵ “É necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo o exercem” (BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. op. cit. p. 7-8).

3. O jogo pelo poder: um projeto de continuidade via legitimidade da Jurisdição Constitucional

Com as categorias de análise acima definidas, temos que as relações travadas nos diversos campos que compõem o tecido social representam uma permanente luta pelo poder traduzida em um jogo. Nesse jogo, ser vencedor implica compartilhar um projeto voltado para a continuidade/permanência/manutenção do poder, que se realiza através da adoção de estratégias voltadas para a legitimação, que transformam a dominação (violência simbólica) em reconhecimento de manejo de poder não arbitrário³⁶.

No campo jurídico, esse jogo é percebido em uma dupla perspectiva: a primeira refere-se às disputas entre seus agentes sociais e a afirmação de legitimidade aos profanos; a segunda manifesta-se no embate entre o campo jurídico e os demais campos/subcampos do Estado³⁷.

Pontuado na jurisdição constitucional, visto que esta no plano do *habitus* ocupa a posição mais alta da hierarquia desse campo, essas estratégias se traduzem em teses de legitimação³⁸ da própria jurisdição constitucional e de agentes - que disputam entre si primazia³⁹.

³⁶ “A adoção de estratégias mais ou menos rígidas, mais ou menos flexíveis em relação às demais instituições e seus agentes, relacionada à identidade entre os mesmos, em geral forjada em lutas anteriores, possibilita o estabelecimento ou não de novas estratégias, visando à manutenção do campo com o equilíbrio dos interesses dos agentes, o que pode determinar ações e lutas abertas ou silenciosas entre os grupos de agentes. Desse modo é que a estrutura do campo está sempre em disputa...” (ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. op. cit. p. 108).

³⁷ Essa disputa entre os subcampos do Estado, no plano constitucional traduz-se no princípio da separação de poderes. Como exemplo dessa disputa, interessante é a obra de Carlos Augusto Silva que levanta a hipótese de que o Executivo brasileiro estaria “vencendo” o Judiciário, através da edição de diversas medidas provisórias, com conteúdo processual e que viabilizam a imposição de sua vontade.

³⁸ Entre nós, Sampaio apresenta um inventário dos diferentes discursos pretendentes da legitimidade da jurisdição constitucional, que nada mais são do que uma pequena parcela do capital simbólico do qual a Corte Constitucional se apropria para reforçar sua posição de dominação no campo jurídico. São elas: a) a necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais no *Welfare State*; b) o déficit de legitimidade recorrente da práxis política; c) o reexame das razões do legislador: “a doutrina da metodologia ótima da legislação enquanto dever constitucional”; d) o entrelaçamento entre a maioria legislativa e a composição ou tendências do tribunal da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle pelo Legislativo; e) o respeito às regras do jogo: garantia de um processo político adequado com proteção de minorias; f) as declarações de direito e a necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais; g) a posição privilegiada do juiz: da imparcialidade à sabedoria; h) a argumentação como legitimidade; i) a legitimidade extraída do *status quo* e dos efeitos produzidos: do pragmatismo ao paternalismo judicial; j) a justificativa (de)ontológica: constituição como norma; l) a justificativa dogmática: a previsão constitucional expressa (SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 60-102).

³⁹ Como contraponto a essa legitimidade, em postura de crítica à jurisdição constitucional, ver a sistematização do debate sobre a supremacia da jurisdição constitucional, cf. DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Cap. 2.

Para tanto, entendemos que, entre os diversos discursos que pleiteiam legitimidade, “a salvaguarda dos direitos fundamentais” é o que melhor se ajusta a uma reflexão sobre o processo como veículo de solução dos conflitos apresentados perante o STF, e assim de concretização do acesso à justiça e ao direito.

A conexão entre a proteção de direitos e a jurisdição constitucional tem sido freqüentemente trazida para o debate teórico brasileiro e é apresentada em discursos, ora mais constitucionalistas, ora mais jusfilosóficos.

A propósito, respectivamente:

A equação parece ser simples. Com o desenvolvimento da teoria dos Direitos Fundamentais atribui-se à constituição a característica teleológica de base de proteção aos direitos fundamentais, em especial a certos direitos civis e políticos, e o Poder Judiciário, em razão da própria natureza de sua atividade, acaba por resultar na instituição estatal garantidora dos direitos constitucionais do cidadão, sejam estes direitos opostos contra o Estado, seja contra outros cidadãos - o que dá outro colorido à sua posição de guardião da constituição e justifica-se assim a jurisdição constitucional.⁴⁰

É nesse contexto que se assenta a legitimidade da justiça constitucional no quadro do Estado Democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas na existencialidade (no sentido hermenêutico heideggeriano-gadameriano) dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Disto se pode concluir que, enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo - no limite - de viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão, constituindo-se em remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra a atuação de maiorias. Por isso, quando perguntamos pela legitimidade desse agir da justiça constitucional, a resposta já encontrou guarida - desde há muito tempo - no caráter existencial do Estado Democrático de Direito, fulcrado no modo-de-ser próprio das democracias engendradas pela tradição do segundo pós-guerra.⁴¹

⁴⁰ DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. op. cit. p. 71-72.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 113.

Nesse sentido, entendida como estratégia de legitimação da corte, a tese da salvaguarda acompanha a demanda de proteção que deriva da adoção, pelo mundo ocidental, de declarações de direitos que caracterizam o movimento constitucionalista⁴².

Por essa lógica, na dogmática (doutrina) processual, a salvaguarda de direitos fundamentais traduz-se no fim legítimo da jurisdição constitucional. E, por consequência, determina a construção de discursos processuais estratégicos que façam do processo um símbolo de proteção de direitos, no Estado que se pretende Democrático e de Direito⁴³.

4. Salvaguarda de direitos fundamentais: um discurso de legitimação no Estado Democrático de Direito

Tendo como parâmetro as categorias acima trabalhadas de *habitus* e seu movimento histórico, como também de capital simbólico dos juristas, deduzimos que do discurso da salvaguarda de direitos, como fim da jurisdição constitucional, derivam outros discursos de legitimação, entendidos também como estratégias de poder.

Esses, por sua vez, têm por foco o processo em si e se encontram aparentemente dispersos no campo jurídico, sendo, na maior parte das vezes, reconhecidos como obra de autor. Contudo, não são isolados entre si, pois são construídos a partir de categorias referenciadas no imaginário coletivo dos juristas Pós-1988⁴⁴, sob a rubrica do *princípio do devido processo legal*⁴⁵.

⁴² Sobre o movimento constitucionalista, é interessante ver COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. Já em relação ao nascimento deste movimento no Brasil, cf. WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. *Pensamento Político e Elaboração Constitucional no Brasil: Estudos de História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: IHGB, 1994.

⁴³ Sobre a definição de Estado Democrático de Direito ensinam Amorim, Kant e Mendes: “Ambos os princípios mencionados acima (isonomia e devido processo legal) são fundamentos do instituto jurídico da cidadania e pressupostos do Estado Democrático de Direito, o qual, por definição, deve garantir a todos o acesso universal à justiça e ao direito, uma vez que os tribunais têm a função de tornar efetivos os direitos civis, entendidos aqui como todos os direitos disponíveis derivados do direito à liberdade e à igualdade, primeiro patamar da cidadania. Daí que o acesso universal isonômico e eficiente aos tribunais e ao direito é a garantia do primeiro conjunto de direitos de cidadania - os direitos civis - historicamente conquistados. Do mesmo modo, o acesso isonômico, universal às urnas, para votar, ser votado e para participar da esfera política do país, encerra o segundo conjunto de direitos de cidadania, enquanto garantias conquistadas.” AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.). *Ensaio sobre a igualdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁴ Essas categorias circulam nos meios acadêmicos e profissionais e são aceitas pelos agentes sociais internos (especialistas) como discursos legítimos, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Ilustrando a ampla aceitação desse princípio como legítimo, vejamos: “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of the law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 28); “A importância do princípio do devido processo legal: assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias; que o processo de tomada de decisão do Poder Público [em qualquer uma de suas funções, ou seja, executiva, legislativa e judiciária] não seja um procedimento kafkiano, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo pela participação do interessado” (SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 181).

⁴⁵ Sobre a imbricação do Estado Democrático de Direito e o devido processo legal, bem como a diferenciação desta garantia entre as culturas jurídicas brasileira e norte-americana, cf. AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.). *Ensaio sobre a igualdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Assim, no cenário brasileiro, como resultado de um esforço de classificação desta pesquisa, percebemos duas grandes vertentes significativas dos argumentos sobre processo que remetem à noção de salvaguarda de direitos, no contexto do devido processo legal: *uma concepção finalista e outra procedimentalista* ^{46/47}.

4.1 A concepção finalista

Nesta concepção, englobamos todos os discursos processuais que têm sua preocupação principal no resultado do processo. E, portanto, o processo é um instrumento de realização do direito material. E como tal, deve ser entendido e conduzido nos litígios judiciais, cabendo à técnica processual oferecer tão-só as ferramentas processuais necessárias à realização do direito em jogo.

Ilustrativa é a passagem de Tucci que demonstra este *habitus* atual:

Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até há bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a imprescindibilidade da *efetividade* do processo, enquanto instrumento de realização da justiça.⁴⁸

Nesse sentido, três podem ser os grandes vetores que informam essa concepção, que tem por palavra de ordem o *Estado Democrático de Direito*⁴⁹. São eles: uma forma de interpretação adequada; a preocupação com o resultado; e a duração razoável.

⁴⁶ Devemos esclarecer que a sistematização oferecida não tem uma abordagem personalista e, portanto, não pretende arrolar, de forma exauriente, todos os processualistas pátrios que se identificariam com uma ou outra concepção, classificando-os, individualmente, desta ou daquela maneira. A proposta se constrói a partir das idéias centrais (escopo processual) que perpassam os vários discursos. Muitas vezes, um autor pode expressar concepções de processo finalistas e em outras, procedimentalistas, pois são as premissas da argumentação (1. direito material como escopo; 2. forma como garantia) que determinarão seus posicionamentos. Por outro lado, em determinadas situações essas concepções podem ser complementares e em outras não, dependendo para tanto, da compreensão que se dá à tensão “conteúdo” versus “forma”, isto é, “bem da vida” versus “forma”.

⁴⁷ Sobre a compatibilidade dessas duas concepções, embora ressaltando a necessidade de ponderação, diz Oliveira: “[...] pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça. Em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais - efetividade e segurança jurídica - visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo22.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2005).

⁴⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A garantia do processo sem dilações indevidas. In _____. (Coord.) *Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: RT, 1999. p. 235.

⁴⁹ “Além disso, como o processo jurisdicional é instrumento para a concretização dos fins do Estado traduzidos na lei a ser efetivamente aplicada, não é legítimo o procedimento que realiza um direito discriminador ou desatento aos valores do ‘Estado Democrático de Direito’” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 78).

A forma de interpretação adequada⁵⁰ orienta que a norma processual seja compreendida a partir de uma perspectiva finalista, voltada para a entrega tempestiva do bem da vida em jogo, repudiando uma visão formalista excessiva^{51/52} das regras e estruturas processuais.

A idéia do resultado traduz-se em uma numa maior sensibilidade para com a problemática da efetividade. Logo, o processo deve cumprir seu fim, isto é, a proteção do bem da vida sob litígio judicial^{53/54}.

Para tanto, o elemento da temporalidade⁵⁵ desempenha papel central, pois a prestação jurisdicional deve ser realizada em tempo razoável⁵⁶, não se admitindo soluções

⁵⁰ A propósito, “os grandes princípios constitucionais do processo são em si mesmos perenes, mas nem por isso devem ser cultuados como fetiches, nem sua leitura há de ser estanque no tempo. As garantias constitucionais do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa, etc., são parâmetros a serem observados na construção e prática da lei processual, mas devem ser interpretadas segundo as necessidades do tempo e os legítimos valores da sociedade a que servem” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, v. II, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 905).

⁵¹ Sobre os diferentes sentidos da palavra “formalismo”, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvoro de. op. cit.

⁵² Inclusive para Dinamarco: “todo formalismo é, no processo, prejudicial à boa qualidade e à tempestividade da tutela jurisdicional, muito embora o processo seja em si mesmo formal e não possa dispensar os requisitos de forma racionalmente enunciados na lei e impostos pelo juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 902). “A técnica do processo não pode ser pensada de modo ‘formalista’, já que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual [...] A forma somente deve prevalecer, em face de um determinado ato processual, quando absolutamente necessária para a consecução dos fins colimados pelo próprio ato.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 64-65).

⁵³ Vejamos o que a doutrina diz a esse respeito: “A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados”. “[...] Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material” (BEDAQUE, José Roberto Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 14-15). “[...] toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. In *Temas de direito processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3).

⁵⁴ A satisfação da pretensão do autor é um problema a ser equacionado. “O principal problema da Justiça Civil, entretanto, era e ainda é o da morosidade dos processos. Não há dúvida, porém, de que o procedimento-base de tutela dos direitos, o tão mimado procedimento ordinário, somente após muito custo reconhece a existência de um direito. E, mais do que isso, o procedimento ordinário, em grande número de casos, reconhece, mas não dá ao autor o seu direito (sentença condenatória). A sentença condenatória, como se sabe, somente tem efetividade em caso de cumprimento espontâneo, já que, em caso contrário, o direito somente será conferido ao seu titular através do processo de execução” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22).

⁵⁵ Na verdade, toda a preocupação com o resultado e seus vetores tangenciam a questão temporal, pois o tempo é o elemento responsável pela criação de nossas expectativas, que nada mais são que os objetivos que almejamos alcançar. Quando temos por expectativa gerar um debate mais seguro e minucioso sobre as questões em pauta, realizamos nosso tempo na forma responsável pela segurança. O objetivo é a forma, e por isso nosso resultado é tempestivo. Entretanto, quando os fundamentos suficientes para a legitimidade, nas palavras de Perelman e Tyteca, o *habitus*, nas palavras de Bourdieu, focalizam uma nova expectativa, que não é formal, e sim de efetivação material, o tempo torna-se agora instrumento para introduzir esta expectativa, relegando a um aspecto secundário desperdiçar esforços no tempo com outras questões, entre elas a forma.

⁵⁶ Sobre o problema da duração do processo: “Acima de todos eles paira a garantia do acesso à justiça, também oferecida em sede constitucional e complementada pela outra garantia consistente no direito à realização do processo em tempo razoável” (DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 905). “Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. A garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____. (Coord.) *Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: RT, 1999. p. 235).

processuais que levem a uma dilação temporal desnecessária. Por trás disso, entende-se que o tempo, para o processo, é sempre algo e, portanto, lesivo. Logo, admite-se que o processo dure apenas o tempo que seja realmente necessário⁵⁷.

Em outras palavras, o processo desempenha um papel secundário⁵⁸, pois o objetivo da intervenção do Judiciário é assegurar a efetividade do direito material, no caso, direito fundamental, *sub judice*. Esta concepção é a que autoriza a aplicação da norma processual de forma relativamente flexibilizada em prol da “entrega de uma prestação jurisdicional” que viabilize o mais rápido possível o respeito ao direito questionado. Assim, o processo só deve ser usado, em tempo adequado, a serviço do Estado Democrático de Direito.

4.2 A concepção procedimentalista

Nesta concepção, alojamos aqueles discursos processuais que objetivam estabelecer um modelo ideal de processo, voltado para a construção de procedimentos que assegurem o respeito às regras do jogo. E derivam-se daí diversas garantias processuais são vistas como direitos fundamentais em si⁵⁹. Propõe-se a idéia de um processo justo que decorre da aplicação do *devido processo legal* - que é seu referencial emblemático.

[...] como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.⁶⁰

⁵⁷ Cf. A idéia de dano marginal desenvolvida por BEDAQUE, José Roberto Santos. op. cit.

⁵⁸ Dessa forma, o processo reveste de certa acessoriedade, como se infere: “O processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos. O processo que não chega a produzir os seus efeitos normais não só não permite à jurisdição realizar os seus objetivos como, também, gera angústia e decepção àqueles que buscam a tutela jurisdicional. O processo, em outras palavras, é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos aspectos da jurisdição” (MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 64-65).

⁵⁹ Como tal, os direitos processuais ostentam uma dimensão objetivo-institucional, pois garantem posições jurídicas subjetivas que se apresentam como direitos de defesa perante o Poder Público e funcionam, nos dizeres de Canotilho, “como princípios jurídicos objetivos para a conformação da organização dos tribunais e do processo judicial” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI, 1990. p. 192).

⁶⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21 maio 2005.

Nesse sentido, os vetores que informam essa concepção estão diretamente relacionados à idéia de segurança jurídica⁶¹, com regramento previamente ajustado, de conhecimento das partes, e concretizada na noção de garantias constitucionais processuais⁶². Essas garantias se polarizam com dois grandes núcleos de proteção interligados: a igualdade processual e o respeito ao contraditório.

A igualdade processual repercute no processo em diversos desdobramentos. Dela deriva a igualdade de acesso aos tribunais e de tratamento, o que pressupõe, respectivamente, a inafastabilidade da prestação jurisdicional e o recebimento, pelas partes, de uma mesma valoração pelo julgador - o que implica a imparcialidade do órgão. De igual sorte, dela decorre a chamada paridade de armas, bem como todas aquelas regras processuais que asseguram a figura do juiz natural e o exercício do próprio direito de defesa e contraditório.

O respeito ao contraditório traduz-se no direito de colaboração⁶³ das partes com o órgão judicial e na prévia discussão pelas partes da matéria objeto do litígio, resultando daí o direito do jurisdicionado a ver seus argumentos enfrentados e o correlato dever do juiz de fundamentar suas decisões.

Por outro lado, a concepção procedimentalista também sugere uma maior valorização da forma, percebida com um elemento com contornos de garantia. Apresenta-se o formalismo como elemento de limitação da vontade das partes, e, portanto, redutor do arbítrio.

O formalismo processual controla, por outro lado, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando, por conseguinte, como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si.

O fenômeno oferece duas facetas: no plano normativo, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de

⁶¹ Sobre a estabilidade e a previsibilidade como elementos estruturantes da segurança jurídica, cf. Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 380 e ss).

⁶² “Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna” (GRECO, Leonardo. *op. cit.*).

⁶³ Sobre o direito de colaboração: “Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente. Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *op. cit.*).

tornar-se o contraditório uma sombra vã; no plano do fato, ou seja, do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro.⁶⁴

Portanto, a pretensão de legitimidade da prestação jurisdicional fica vinculada ao modo pelo qual ocorre a aplicação das regras processuais e o manejo de suas formas que dê conta do escopo constitucional acima declinado e que, por conseqüência, se traduzirá em “justiça”.

5. Conclusão - O processo como estratégia de poder: uma proposta de pauta de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal

Partindo das vertentes finalista e procedimentalista, propomos um esboço de pauta para a análise de casos em concreto, a fim de verificar se, ao proferir sua decisão, o Supremo Tribunal Federal aproxima-se das concepções abordadas.

Essa pauta é proposta a partir dos vetores acima apontados: forma de interpretação adequada; preocupação com o resultado; duração razoável; igualdade de tratamento das partes e respeito ao contraditório. Se verificados nos casos sob análise, sugerem a utilização do processo, enquanto instrumento de legitimação da atuação da Corte, quer em uma vertente finalista quer em uma procedimentalista. E, como tal, o processo é estratégia de poder voltada para um projeto de permanência.

Assim, sugere-se a identificação, nas decisões, de alguns elementos que devem ser observados no processo, para habilitá-lo como instrumento legítimo da prestação jurisdicional, e em especial, em sede de jurisdição constitucional. Logo, é a aplicação dessa possível pauta que, no fim, poderá demonstrar se o exercício da jurisdição pelo STF, nas decisões que versam sobre os direitos fundamentais, é aceito como não arbitrário.

Por fim, entendemos que uma melhor compreensão do processo, necessariamente, deve enfrentar e desvelar os mecanismos de poder estruturados nas formas processuais⁶⁵. O processo passa a ser considerado também elemento integrante do jogo de poder que permeia as relações travadas em sociedades definidas a partir da jurisdição. E, portanto, é ele próprio uma estratégia de poder a ser descoberta a serviço da legitimação do juiz constitucional.

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶⁵ “Si entendemos la crítica como enjuiciamiento apoyado em um desvelamiento de relaciones no expresas, podemos deducir que la crítica del derecho consistirá em un enjuiciamiento del mismo basado em el desvelamiento de las relaciones existentes entre él y la realidad histórico-social de la que forma parte, la realidad histórico-social en la que aquél tiene su origen y en la que produce determinados efectos.” (SAAVEDRA, Modesto. *op. cit.* p. 193).

6. Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira. (Org.). *Ensaio sobre a igualdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira. (Org.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. A garantia do contraditório e seu conteúdo. *Âmbito Jurídico*, n. 3, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpc0016.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Efetividade do Processo de Conhecimento. *Revista de Processo*, n. 74, p. 126-137, abr.-jun. 1994.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In *Temas de direito processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BERMUDES, Sergio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

BORK, Robert H. *Coercing Virtue: The worldwide rule of judges*. Washington, DC: AEI Press, 2003.

_____. *The Tempting of America/ The Political Seduction of the Law*. New York: Free Press, 1990.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: EDUSP, 1992.

_____. *Questões de Sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI, 1990, p. 165 e ss.

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “A Judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.” Trabalho apresentado no 4º *Encontro Nacional da ABCP - Painel 1 - Direito, Justiça e Controle* - PUC/Rio de Janeiro - 21-24 jul. 2004. Disponível em: <http://www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf>. Acesso em 6. jan. 2005.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

COELHO JUNIOR, Sérgio. O Processo Justo e a Constituição de 1988: Breve reflexão sobre a cláusula do Devido Processo Legal. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COHN, Gabriel. *Weber*. São Paulo: Ática, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, n. 90. São Paulo: RT, abr.-jun. 1998, p. 95-150.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (Coord.) *Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: RT, 1999

DAHL, Robert A. *A Moderna Análise Política*. Rio de Janeiro: Lidador, 1966.

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1984.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Paris: Minuit, 1986.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUARTE, Fernanda et al. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal - Laboratório de Análise Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. In: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

_____. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, Hubert, RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma Trajetória Filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Tradução de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

GARCIA, Lenise Aparecida Martins. *Transversalidade e interdisciplinaridade*. Disponível em: <http://www.ensino.net/transversalidade_print.cfm>. Acesso em: 13 out. 2005.

GRECO, Leonardo. Falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 1. São Paulo: Dialética, abr. 2002.

_____. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21 maio 2005.

_____. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21 maio 2005.

Grupo de Estudos “A jurisdição constitucional e a democracia. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, out.-dez. 2003, p. 223-243.

HESPANHA, António Manuel. *Poder e Instituições no Antigo Regime*. Lisboa: Cosmos, 2000.

JUNQUEIRA, Eliane. *A Sociologia do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KANT DE LIMA, Roberto. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, 2004, p. 49-59.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZLOWSKI, Mark. *The Myth of the Imperial Judiciary: Why the Right is Wrong about the Courts*. New York: New York University Press 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 351-380.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MALDONADO, Alejandro Sahuí. Dogmática jurídica y sistema social breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: Faculdades do Brasil, n. 21, jul.-dez. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 4 abr. 2005.

_____. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MORELLO, Augusto Mário. *Avances procesales*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: *Temas de Direito Processual* - 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MASCARO, Alysson Leandro. Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis). *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 57. São Paulo, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*, 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.

NOBRE, Marcos. *Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

NOVAES, Adauto (Org.) *A crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo22.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*.

Rio de Janeiro, Letra Legal: 2004.

PERÉZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário e política: uma abordagem em sociologia do direito. In: *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, Porto Alegre, n. 97, v. 36, maio-ago 2003, p. 93-123.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAAVEDRA, Modesto. El juez entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: Faculdades do Brasil, n. 21, jul.-dez 2002, p.185-216.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SHAPIRO, M.; SWEET, Alec Stone. *On law, politics and judicialization*. London/New York: Oxford University, 2002.

SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SIMONASSI, Mauro. *Os desafios legislativos da efetividade na tutela executiva cível: uma análise do Código de Processo de Civil*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970.

WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. *Pensamento Político e Elaboração Constitucional*

no Brasil: Estudos de História das Idéias Políticas. Rio de Janeiro: IHGB, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História de Direito*, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

O DESPACHO “AO CONTADOR”: APARENTE SIMPLICIDADE NA CONTRAMÃO DA CELERIDADE

Guilherme Bollorini Pereira
Juiz Federal da 35ª Vara

RESUMO

“Ao contador”. Esse singelo despacho do magistrado que encaminha os autos ao contador judicial pode dar início a uma das mais tormentosas vias do trâmite processual, aquela referente à fixação do valor líquido que será base para o início da fase de execução. Outros despachos podem ter destino idêntico: “ao contador para calcular o débito de acordo com a decisão transitada em julgado”; “diga o contador”, etc. A pretensão deste pequeno artigo é tentar esclarecer a respeito de um dos maiores entraves à celeridade do processo, mormente na fase de satisfação do credor, nos casos em que é necessária a requisição dos serviços da contadoria do juízo, apta a elaborar cálculos para se chegar ao valor que corresponda exatamente ao que ficou decidido no processo.

Uma das possibilidades de se chegar àquele valor é requisitar o trabalho do contador judicial na elaboração dos cálculos, mormente nos casos em que a parte a quem interessam é beneficiária da gratuidade de justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Celeridade. Cálculo. Critérios. Despacho. Contadoria

SUMÁRIO

1. Introdução: A razão de escrever 2. A atividade-meio do contador judicial 3. A necessidade de o juiz entender o julgado em todos os seus detalhes 4. Do reinício da via-crúcis 5. Exemplos do dia-a-dia 6. O abarrotamento da Contadoria 7. Inferências

1. Introdução: A razão de escrever

Confesso que relutei um pouco em escrever esse artigo. Não por medo de reações contrárias, pois é isso justamente o que acontece cada vez que prolatamos uma sentença ou uma decisão que desagrade uma ou ambas as partes. “Faz parte”, para usar uma expressão já fora de moda. Meu receio era de que algum ou alguma colega pudesse

pensar que estivesse tentando ensinar alguma coisa ou tivesse a intenção de criticar o trabalho de alguém. Mas a relutância logo passou, pois minha intenção sempre é a de colaborar, de alguma forma, no intuito de buscar o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, especialmente no que tange à celeridade do trâmite.

E, o *mais importante*, tudo o que vou dizer a seguir tem como base minha própria experiência na judicatura, trabalhando em varas cíveis, em vara do interior, em juizados especiais, em turmas recursais, na Turma Nacional de Uniformização e em vara previdenciária e de propriedade industrial.

Assim, os erros e acertos que motivaram essas linhas são meus mesmo e os exemplos são hipotéticos. Vou prosseguir então, na certeza de poder, ao menos, chamar à reflexão. Se conseguir isso, já terá valido à pena.

2. A atividade-meio do contador judicial

A importância do trabalho técnico da contadoria do juízo não pode ser exagerada, pois é fundamental para a razoável duração do processo em sua fase final a presença e atuação desse auxiliar, esclarecendo o juiz a respeito da quantia em dinheiro que resulta da liquidação do que ficou decidido nos autos, geralmente na prolação de acórdãos dos tribunais de segundo grau ou dos tribunais superiores. Normalmente, esse órgão é composto por profissionais de alto nível técnico e competência comprovada.

Entretanto, essa atividade é sempre um *instrumento*, um *meio* à disposição do juízo para utilizá-lo nas circunstâncias que o processo exigir.

3. Da necessidade de o juiz entender o julgado em todos os seus detalhes

Cabe observar que antes de o juiz encaminhar os autos à contadoria, ele mesmo, acima de qualquer outro órgão auxiliar, deve examinar os autos e ter ciência dos exatos limites do que transitou em julgado no processo.

Sem saber quais são esses limites, corre o risco de se omitir indevidamente em um momento crucial do processo, como naqueles casos em que o autor saia vencedor, ao menos parcialmente, e se necessite apurar o *quantum debeatur*, ocasião em que será necessário o auxílio da contadoria do juízo.

O resultado dessa escolha pelo magistrado, sem estabelecer detalhadamente os critérios de cálculo, é *transferir* ao *contador judicial* o papel de intérprete da coisa julgada, quando tal função, aliás, um dever, é do órgão jurisdicional.

Com isso, o auxiliar do juízo elabora os cálculos que *ele* entende retratarem o resultado final do processo. Nesse mister, obviamente, teve de compulsar os autos, verificar documentos, analisar os termos do acórdão e, às vezes, também da sentença de primeiro grau, nos casos em que o julgado superior a mantém, assim como a incidência de índices de correção monetária, dos juros legais, enfim, uma análise completa.

Por último, mas não o menos importante, pode ocorrer que o contador entenda necessário examinar dispositivos de lei (como nos casos envolvendo prestações em dinheiro e de trato sucessivo pagas pelo Estado, como aposentadorias e pensões), interpretando-os segundo seu critério, pois não há outro para guiá-lo, pois aquele deve partir justamente de quem tem a responsabilidade de decidir *definitivamente* a respeito da conta a ser elaborada.

Uma observação se impõe: pouco importa se o juiz que remete os autos ao contador seja o mesmo que prolatou a sentença confirmada pelo tribunal, turma ou conselho recursal. Mesmo nesses casos, e por mais forte razão, deve o magistrado, ao determinar a elaboração de cálculos judiciais, explicar os critérios que adotou para firmar sua convicção, *com fundamento no que ficou definitivamente decidido no processo*. É evidente que a dificuldade aqui será menor, mas isso não prescinde da mesma providência esclarecedora a cargo do juiz.

Também não é relevante para a realização dos cálculos que o dispositivo legal aplicável contenha em seu texto elementos de operação matemática, *desde que o órgão jurisdicional aponte exatamente qual regra incidirá*. Não é incomum que o contador judicial, ao receber autos para elaboração de conta com despacho genérico, devolva-os com observações a respeito da interpretação da sentença ou do acórdão em cotejo com tal ou qual dispositivo legal.

Ora, tais questões não devem se intrometer na relação do juiz com a contabilidade. O que pode ocorrer é que, para aplicar determinada regra legal, haja necessidade de a parte juntar esse ou aquele documento. Mas isso é outra coisa, nada tendo a ver com a fixação, pelo juiz, dos critérios de elaboração da conta.

Também pode ocorrer que o despacho, embora detalhado e preciso, contenha algum erro material, uma contradição em si mesmo. Nesses casos, sim, o contador judicial pode, e a meu ver deve, retificar aquele despacho nesses pontos específicos, corrigi-los, elaborar os cálculos, se possível, e informar ao juízo a providência de correção adotada.

4. Do reinício da via-crúcis

Não poucas vezes, já elaborados os cálculos com base em despacho genérico, os autos retornam às partes, que podem tomar uma de duas posições: ou concordam

com eles, o que é incomum, ou uma delas, ou ambas, os impugna, alegando tal ou qual defeito nos critérios apontados pelo contador.

Veja bem que aqui se abre nova oportunidade ao juiz para examinar os autos, estudá-los, fixar critérios baseados em regras legais, tudo em conformidade com o que ficou decidido no processo e que servirá de base ao trabalho do contador judicial.

Só não é aconselhável, a meu ver, que se remeta os autos ao contador para novos esclarecimentos sem a indicação dos critérios a seguir. Quando isso ocorre, o contador esclarece, o juiz dá vista dos autos às partes e se reinicia o círculo vicioso, que só pode ser quebrado por uma atitude firme do órgão jurisdicional (até podem as partes concordar com os cálculos, mas aí já vencidas pelo cansaço de tantas idas e vindas dos autos à contadoria). Retomado o comando do trâmite pelo juiz, vários meses decorreram desde o primeiro dia em que os autos foram ao contador. Ora, por que não fazê-lo de início?

Em uma comarca com movimento processual pequeno, o que está se tornando cada vez menos corrente nos dias atuais, pode-se dar ao luxo de suportar esse alargamento do trâmite, embora, mesmo nesse caso, a parte a quem interessam os cálculos acabe sendo prejudicada pelo simples fato de que, como qualquer um de nós que necessite de uma prestação jurisdicional, seu processo durará mais do que o necessário.

Quando se transfere esse cenário para comarcas e subseções judiciárias de grande volume de feitos, isso acaba se tornando um problema e tanto, pois analisar autos judiciais não é coisa fácil, mormente para quem não é do ramo.

5. Exemplos do dia-a-dia

Um exemplo, embora simples, esclarece: determinado autor, segurado da previdência social e beneficiário da gratuidade de justiça, situação bastante comum no meio forense, tanto federal quanto estadual, saiu-se vencedor em uma ação na qual pleiteava o pagamento das diferenças decorrentes da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos (TFR), questão ainda recorrente (embora em número bastante reduzido atualmente) na Justiça Federal do Rio de Janeiro, e para a qual a contadoria já dispõe de programa próprio para efetuar o cálculo, necessitando de alguns dados complementares, embora fundamentais para o resultado esperado.

Pois bem. Transitada em julgado a última decisão de mérito no processo (sentença ou acórdão) vêm os autos ao juiz que, nos casos em que o autor é beneficiário de gratuidade de justiça, ou mesmo para decidir em embargos de devedor, remete os autos ao contador.

Aí está um momento importantíssimo. Dependendo do despacho do juiz, pode-se ou não iniciar para o credor, e também para o contador, como se verá adiante, o calvário a que se aludiu acima.

Ele pode proferir um despacho simples, aliás, simples demais, como este: “ao contador para efetuar os cálculos de acordo com a decisão transitada em julgado”. Aí está o contador pronto para assumir o papel do magistrado, tendo que examinar os autos, fazer juízos de valor, pesquisar o voto condutor (ou vencedor) do acórdão, os termos da sentença, o que transitou em julgado e o que não transitou, etc.

Ou então o juízo pode ser mais explícito e detalhista, em benefício do processo e de todos, despachando nos seguintes termos: “ao contador judicial para calcular a aplicação ao benefício do autor da Súmula nº 260 do TFR, pelo critério da política salarial, com data de início do benefício em 3/8/1980 e renda mensal inicial de Cr\$ 4.520,22, respeitada a prescrição quinquenal (fls. 2), com correção monetária pela tabela de precatórios da Justiça Federal e juros de 6% ao ano, contados da citação do INSS, mais honorários de 5% sobre as parcelas atrasadas contadas até a publicação da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça; sem reembolso de custas”.

Para processos repetitivos, como o do exemplo acima, basta elaborar um modelo de despacho para que sirva de padrão para outros semelhantes, nos quais serão alterados apenas dados pessoais do credor¹.

Em qualquer caso, o contador judicial ficará “amarrado” ao despacho, não tendo de pesquisar os autos a fundo, pois essa atividade, além de atípica, provoca a intromissão do contador judicial naquela relação processual angular mencionada na doutrina². O resultado dessa nova postura do juiz certamente causará alívio para o servidor da contadoria, que deixará de assumir uma responsabilidade que não é dele e, conseqüentemente, *menos tempo os autos permanecerão em seu setor*.

Na Justiça Estadual, não poucas vezes ocorre a mesma situação, tanto nas varas cíveis quanto nas varas de Fazenda Pública. Veja-se um exemplo.

Transitado em julgado o acórdão a favor do autor da ação, na fase de elaboração dos cálculos a Fazenda apresentou suas contas *que foram aceitas pelo autor*. Expedido o precatório, os autos do processo foram arquivados, restando pendente apenas o pagamento. Tempos depois, o juiz decide mandar desarquivar os autos

¹ Outras hipóteses poderiam ser mencionadas: qual a legislação aplicável no recálculo do valor da renda mensal inicial de benefício previdenciário do Regime Geral de Previdência Social, sabendo-se que a lei tem alterada de tempos em tempos; quais os índices de correção monetária com incidência ou não de expurgos inflacionários, etc.

² No ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, com base em Hellwig. In: *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 294.

do processo e determinar ao contador a atualização dos cálculos mediante o singelo despacho “ao contador”.

A atualização, portanto, só poderia ser daqueles cálculos apresentados pela Fazenda, *com os quais a parte autora concordou*. No entanto, o contador elaborou novos cálculos - seguindo critérios próprios - sem que o juiz tivesse fixado qualquer parâmetro, até porque se tratava de simples atualização.

O autor, inconformado, explica ao magistrado que a contadoria não atualizou os cálculos, mas elaborou outros a seu modo. Daí por diante, os despachos que se seguem a cada intervenção do autor são sempre os mesmos: “ao contador”. Este, por sua vez, informa o seu entendimento quanto à forma de elaborar os cálculos. Esse vai e vem pode durar meses.

Esse é um exemplo de como se prolongam os procedimentos de satisfação do crédito com conseqüências funestas para o credor, que já teve de suportar todo o trâmite do processo de conhecimento. Ora, isso poderia ter sido evitado se, após o desarquivamento, o juiz determinasse no despacho que o contador simplesmente atualizasse os cálculos à vista dos quais *as partes já haviam concordado*.

6. O abarrotamento da contadoria

Se imaginarmos, por hipótese, que um grande número de processos apresenta despachos genéricos para o contador judicial, o resultado não é difícil de se prever: centenas de processos aguardando por meses a disponibilidade de um servidor para a elaboração dos cálculos. Sim, porque enquanto o servidor prepara a memória para *um* processo (compulsando cuidadosamente os autos, o que demanda tempo), outros chegam diariamente. E, como nunca há servidores em número suficiente, fica comprometida a “razoável duração do processo”, garantia alçada à dignidade de norma constitucional³.

Isso sem falar no segundo ciclo referido acima, ou seja, quando os autos são devolvidos ao juízo, que abre prazo para as partes falarem; basta uma impugnação para novamente os autos serem devolvidos ao contador (*sem a decisão* sobre os critérios a seguir) e lá ficarem por mais tempo, pois aqueles autos não recuperam seu lugar na fila onde estavam por ocasião do primeiro cálculo.

É evidente que tal situação não ocorre em todos os processos, assim como pode acontecer de o contador elaborar cálculos com os quais concordem as partes. Neste caso, questão resolvida. Mas situações assim não ocorrem com freqüência.

³ Art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Naturalmente, o juiz, ao definir os critérios de cálculo, pode equivocarse em relação a eles, mas aí *o contador atua no seu mister*, advertindo o magistrado a respeito de qualquer erro material do juízo que comprometa a exatidão da conta.

O que não pode ocorrer, a meu ver, é que se inicie uma discussão sobre a legalidade de tal ou qual critério. Ora, se o juiz escolheu um critério e o utilizou na requisição dos cálculos, elaborada a memória, dada vista às partes e prolatada a decisão, se qualquer delas ou ambas não se conformar, caso o juiz insista em mantê-la, que se utilizem as vias recursais, abundantes em nosso sistema processual.

Outra observação que penso ser importante: por ocasião da prolação da sentença, deve o órgão jurisdicional especificar logo quais os parâmetros a serem observados por ocasião da liquidação do julgado, como a data do início para a contagem dos juros legais ou, se for o caso, contratuais, dos índices de correção monetária, do percentual de honorários e da base de cálculo destes, e apontar claramente quais os dispositivos legais e documentos nos autos servirão de base à elaboração da memória.

Enfim, munido de todos os subsídios para a elaboração da conta, o servidor poderá, com tranqüilidade e sem se preocupar em compulsar os autos cuidadosamente para buscar essa ou aquela decisão, a fim de cumprir o despacho a contento, trabalhar de acordo com as instruções que recebeu do juiz, este sim com a obrigação de entender o julgado para que os cálculos resultem exatamente do que transitou em julgado.

Caso o contador ainda permaneça na dúvida, pode achar conveniente esclarecer o juízo a respeito de alguma questão relevante, mas entendo que a conta sempre deva ser elaborada (salvo se ausente algum elemento indispensável do qual não dispõe o técnico), e, ao devolver os autos, o contador deve alertar o magistrado *nesse ponto específico*. Caberá, então, ao juiz decidir se é caso de os autos retornarem ou não à contadoria e, no primeiro caso, definir que caminho seguir.

7. Inferências

Nunca é demais repetir a importância da atividade da contadoria para se assegurar o cumprimento do julgado, bem como a confiança e transparência que devem firmar a relação entre a atividade jurisdicional e a contadoria do juízo.

Isso, naturalmente, não impede o contador judicial de exprimir sua opinião técnica a respeito da conta, suscitar dúvidas caso haja alguma contradição ou obscuridade no despacho, solicitar esclarecimentos, etc. Tenho para mim que é um dever agir assim. Mas entendo que tais questionamentos devem resultar do que determinou o juízo, e não do exame completo dos autos, função que não é da contadoria.

Portanto, os limites de atuação devem ficar claros, e a iniciativa para delimitar a atividade da contadoria, técnica por excelência, mas cingida à elaboração da conta, deve *sempre* partir do órgão jurisdicional, com o máximo de detalhamento possível, pois é dele a obrigação de interpretar o julgado, determinar a aplicação de algum dispositivo legal quanto ao que interessa à conta e prolatar decisão final sobre ela.

Agindo assim o órgão jurisdicional, penso que se prestigia o respeito à segurança jurídica de todos os envolvidos no processo, que, nunca é demais repisar, é um instrumento de pacificação social.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE COMPETÊNCIA, EM EXECUÇÃO FISCAL

Maria do Carmo Freitas Ribeiro

Juíza Federal da 8ª Vara de Execução Fiscal

RESUMO

A partir da experiência como juíza de vara especializada em execuções fiscais, desde maio de 2000, procuro, neste artigo, refletir acerca de algumas questões controvertidas, em matéria de competência em execução fiscal para, à luz dos princípios constitucionais e dos que informam o processo civil, sugerir soluções que contribuam para a maior efetividade da prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE

Execução Fiscal. Competência. Desjudicialização

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Regras primordiais de fixação de competência em execução fiscal 3. O domicílio do devedor como parâmetro específico para definição de competência de foro, em execução fiscal 4. Sobre a possibilidade de declinação de competência, de ofício 5. Sobre a necessidade de reunião dos feitos conexos, no juízo da execução fiscal 6. Sobre a proposta de desjudicialização da execução fiscal

1. Introdução

O processo de execução fiscal tem por objeto a cobrança de crédito da Fazenda Pública, após a sua regular inscrição em dívida ativa, oriundo do inadimplemento de obrigação tributária ou não-tributária (Lei nº 4.320/64); é processo de expropriação do devedor, aparelhado por um título extrajudicial - a Certidão de Dívida Ativa -, que, ao contrário dos demais títulos de crédito, pode ser constituído unilateralmente pela Fazenda Pública, caso não haja impugnação do contribuinte ou devedor na via administrativa.

Assim como qualquer processo de expropriação, é subordinado ao princípio da legalidade estrita, com fundamento no comando do inciso LIV do art. 5º, da CF/88: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal, como garantia constitucional, é, assim, um conjunto de ações ou de prescrições, cuja inobservância acarreta a nulidade do processo.

Dentro desse conjunto de ações se inclui a garantia de que seja julgado e processado o feito pelo juiz competente.

2. Regras primordiais de fixação de competência em execução fiscal

Até o presente momento, a execução fiscal, para cobrança da dívida da Fazenda Pública - União, Estados, DF, Municípios e respectivas autarquias -, é uma causa, ou seja, processa-se judicialmente, sendo regida pela Lei nº 6.830/80 (LEF) e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. É uma lei nacional, dirigida a todos os entes da federação.

Com efeito, a LEF é extremamente sucinta quanto às regras de competência.

No *caput* do art. 6º, singelamente diz que “a petição indicará apenas o juiz a quem é dirigida.”

No art. 5º, dispõe que “a competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”.

Com tal regra, pretendeu-se reconhecer o privilégio do crédito fazendário - privilégio relativo, é claro, que cede diante do crédito trabalhista, assegurando-se que os bens penhorados previamente à quebra da empresa não se sujeitem à arrecadação pelos juízos coletivos.

Já no art. 38, dispõe que a discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma daquela lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida de depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Da aplicação desse último dispositivo, decorre uma série de problemas que serão tratados com mais vagar mais a frente, em especial sobre a conveniência (ou não) da reunião daqueles diversos feitos em um mesmo juízo, notadamente onde houver vara especializada em execução fiscal (VEF).

Da singeleza dos dispositivos da LEF, podemos concluir que as regras primordiais para a fixação de competência em execução fiscal devem ser procuradas na própria CF e no CPC.

Assim, em uma primeira aproximação, combinando-se o objeto da cobrança com a titularidade do crédito ou, por outro giro, a legitimação passiva (critérios definidores

de competência material e, por conseguinte, absoluta), com base no art. 109, I, da CF/88, temos que se processarão na Justiça Federal as execuções fiscais para cobrança de créditos inscritos em dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações autárquicas, para cobrança dos tributos federais (IR, PIS, COFINS, II, IPI, contribuição sobre o lucro, contribuição previdenciária ou outras contribuições arrecadadas pelo INSS, mas destinadas a terceiros - contribuição salário educação, SEBRAE, etc.); taxas de ocupação em terreno de marinha; multas da extinta SUNAB; multas ou taxas de fiscalização do IBAMA, CVM, BANCO CENTRAL; débitos de origem não tributária, com base em condenações do Tribunal de Contas da União ou dos TRÊS, etc.

Por outro lado, pacificou-se na jurisprudência que se processam na JF as execuções fiscais para cobrança de créditos dos Conselhos Fiscalizadores das Profissões regulamentadas (multas ou anuidades), a partir da decisão proferida pelo Eg. STF, na ADIN nº 1.717-6, com a declaração da inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos, da Lei nº 9.649/98, reconhecendo-se a natureza jurídica de Direito Público daqueles órgãos.

Finalmente, na Justiça Federal se processam as execuções ajuizadas pelos Estados ou Municípios em que figurem como devedores entes públicos federais (ex.: execução ajuizada pelo Município para cobrança de IPTU ou taxas em face de órgãos públicos federais) ou organismos internacionais (inciso II do art. 109 da CF/88).

Tendo em vista tal competência material, ressalvas foram estabelecidas através da EC nº 45, de 8/12/2004, que retirou parcela da competência da Justiça Federal, nesta matéria de cobrança fiscal, atribuindo-se à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II e seus acréscimos legais decorrentes das sentenças que proferir, conforme os incisos VII e VII, do art. 114.

Ademais, embora se possa questionar a adequação do instrumento normativo, a Lei nº 11.250, de 27/12/2005, que regulamenta o inciso III, do § 4º do art. 153, da CF, autorizou a União Federal, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, a celebrar convênios com o DF e os Municípios, visando a delegar-lhes as atribuições de fiscalização e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural.

Tirante as normas definidoras da competência material da Justiça Federal, outra norma constitucional de grande repercussão nas execuções fiscais é a possibilidade de delegação de competência para a Justiça Estadual para o processamento e julgamento dos feitos no foro do domicílio do devedor, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal (§ 3º do art. 109 da CF/88).

3. O domicílio do devedor como parâmetro específico para a definição da competência de foro, em execução fiscal

Com efeito, ao lado das regras de competência material, que vão discriminar os campos de competência entre a Justiça Federal e a Estadual (e agora, também, entre a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho, que vem cada vez mais deixando de ser uma justiça especial para passar a ser uma justiça comum), a regra do ajuizamento da execução fiscal pelo domicílio do devedor é a que vai servir como parâmetro para definição da competência de foro (territorial).

Temos, aqui, regra específica, que estabelece uma ordem de preferência para fixação do foro, distinta das regras para as execuções de outros títulos extrajudiciais. Enquanto que, para a cobrança dos demais títulos, o foro de eleição ou o foro do lugar do pagamento precedem ao foro do domicílio do devedor, o art. 578 do CPC estabelece ordem inversa para a execução fiscal:

Art. 578. A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu, se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Parágrafo único. Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.

Com todo o respeito pelas opiniões divergentes, entendo que a regra do *caput* do art. 578 deve prevalecer sobre o parágrafo único, em homenagem à efetividade da prestação jurisdicional e à eficiência da máquina judiciária. Não se trata, então, de uma regra instituída apenas em benefício do interesse da defesa do executado, como interesse privado, mas porque no domicílio do réu é mais fácil para a Justiça realizar os atos de execução, seja porque cita-se aquele com mais facilidade e presteza seja porque, de regra, aí estarão localizados os seus bens.

Assim sendo, *d.v.*, só se deve admitir que a Fazenda Pública Federal ajuíze a execução fiscal fora do domicílio do devedor, quando for desconhecido o domicílio daquele ou quando o credor não tiver representação naquele foro. Cito como exemplo desse último caso as execuções fiscais ajuizadas pelos Conselhos Regionais fiscalizadores de profissões regulamentadas, que são organizados por Estado, não tendo representação

fora daquele. Nessa última hipótese, aplicável à regra subsidiária da determinação do foro onde se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, devendo os atos executórios serem praticados por precatória.

4. Sobre a possibilidade de declinação de competência, de ofício

Nesse passo, é o momento de se perguntar: PODE O JUIZ DA EXECUÇÃO, DE OFÍCIO, DECLINAR DA COMPETÊNCIA, TRATANDO-SE DE HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL, OU SEJA, RELATIVA?

As normas pertinentes à declaração de incompetência (arts. 112 a 124 do CPC) estabelecem que “argúi-se, por meio de exceção a incompetência relativa” (art. 112) e que “a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.” Por outro lado, entende-se que é absoluta e inderrogável por convenção das partes a competência em razão da matéria e da hierarquia, sendo relativa a competência em razão do valor e do território (art. 111 do CPC).

Embora não haja vedação expressa à declinação de ofício da incompetência relativa (em razão do território), todavia, como não há a autorização expressa, a jurisprudência predominante, inclusive sumulada pelo Eg. STJ, é no sentido de que “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.” (Súmula nº 33 do STJ), mas apenas após a exceção argüida pelo devedor.

Com todo o meu respeito pela posição dos tribunais superiores, entendo, todavia, que estamos em uma situação em que seria conveniente a revisão dessa jurisprudência, mormente se levarmos em consideração que alguns órgãos exeqüentes, sistematicamente, ajuízam as execuções fiscais apenas na capital dos estados, desconsiderando que a Justiça Federal já conta com varas no interior. Ademais, também desconsideram o § 3º, do art. 109, da CF/88, que permite a delegação de competência à Justiça Estadual para processar e julgar as execuções fiscais, pelo domicílio do devedor, desde que a comarca não seja sede de vara federal.

Coibindo-se os excessos de decisões declinatórias de competência por “economia processual” (v.g., o fundamento de assoberbamento de trabalho, até porque todos os órgãos judiciários estão assoberbados de trabalho), é o momento de se olhar com mais atenção àquele posicionamento - o da vedação ao juiz de primeiro grau declinar de competência na execução fiscal.

Efetivamente, se não estamos no terreno da incompetência absoluta, onde há o risco de nulidade, todavia há de se verificar o que é mais conveniente à instrução

processual e à efetividade da prestação jurisdicional, *d.v.* Por outro giro, há de se indagar se à cobrança do crédito público (execução fiscal) podem se aplicar os mesmos parâmetros das execuções dos demais títulos extrajudiciais.

Por um lado, observa-se que, a despeito da interiorização da Justiça Federal, com a instalação de varas não mais só na capital dos estados, o rigor dessa jurisprudência, *d.v.*, não colabora com o princípio da efetividade e da eficiência, fazendo com que os juízes tenham de trabalhar, sistematicamente, com a expedição de precatórias, o que onera todo o sistema e dificulta a defesa dos executados, contribuindo para se perenizar uma execução que, de outro modo, teria o seu destino decidido mais rapidamente.

Por outro lado, com todas as vênias, a aplicação mecânica da Súmula nº 33 do Eg. STJ tem impedido o exame do mérito de diversos conflitos de competência. Cito o exemplo da situação, corriqueira, de juízes estaduais declinarem da competência (apesar de a execução ter sido ajuizada no foro do domicílio do devedor), em comarcas onde ainda não há vara federal, sob o fundamento de que os juízes estaduais estão assoberbados de trabalho e não podem assumir a competência delegada! Embora, aplicando-se a referida súmula, a solução dos conflitos de competência suscitados pelo juiz federal seja sempre a de se declarar a competência do juiz estadual (suscitado no conflito), contudo parece-me que a situação de insegurança permanece, tendo em vista que o fundamento da decisão declinatória (possibilidade ou não da delegação) não vem sendo examinada, mas, apenas, a impossibilidade da declinação de competência de ofício.

O caminho da solução passa, portanto, pelo reconhecimento de que a determinação da competência na execução fiscal, pelo foro do domicílio do devedor, atende a duplo interesse: do réu e do Judiciário (efetividade do processo), não se lhe podendo dar o mesmo tratamento dos demais processos cíveis, onde é aplicável a regra da possibilidade de prorrogação de competência pelo interesse do réu.

Ainda quanto à declinação de competência, outra questão importante é o do momento em que o juiz pode/deve praticar tal ato.

Não raras vezes ocorrem declinações de competência e conseqüentes conflitos de competência em função de modificações de domicílio do devedor ou por inclusão de co-responsável no pólo passivo da execução.

Nesse caso, entendo que a faculdade da declinação de competência em favor do juízo do foro do domicílio do devedor deve ser exercida apenas no momento do exame da inicial, sendo “irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia” (art. 87 do CPC), o que enseja hipótese de incompetência absoluta.

5. Sobre a necessidade de reunião dos feitos conexos no juízo da execução fiscal

O segundo grande problema de fixação de competência em execução fiscal, cuja solução é um desafio, de modo a se conferir maior efetividade e eficácia à prestação jurisdicional, diz respeito à NECESSIDADE OU NÃO DE REUNIÃO, EM UM MESMO JUÍZO, DAS DIVERSAS AÇÕES RELATIVAS A UMA MESMA COBRANÇA. Tal questão, em nível de justiça federal, ganha realce a partir da Lei nº 9.788/99, com a instalação de varas especializadas em execução fiscal (VEFs).

A lei deixou a cargo dos Tribunais a regulamentação da competência daquelas varas especializadas.

O provimento do Eg. TRF-2ª Região estabelece que as VEFs são competentes para o processamento das execuções fiscais.

Tem sido tranqüila a jurisprudência no sentido de que devem ser processadas e julgadas naqueles Juízos especializados, também, os respectivos embargos à execução, embargos de terceiros, embargos à arrematação e as medidas cautelares fiscais.

O que fazer, no entanto, com ações anulatórias de débito fiscal (ajuizadas prévia ou posteriormente à execução fiscal); medidas cautelares ajuizadas pelo devedor visando a garantir antecipadamente débito já inscrito em dívida ativa (execução ainda não ajuizada); medidas cautelares ou mandados de segurança para expedição de CPDN (certidão positiva de débito com efeito de negativa); ações ordinárias para dação em pagamento; medidas cautelares para autorização de parcelamentos ou reinclusão em parcelamentos; ações consignatórias, etc. ?

O problema passa a ser maior porque aquelas VEFs foram instaladas com uma lotação de servidores inferior à das demais varas, sob o fundamento de que careciam de maior agilidade e porque se pressupunha que tinham um trabalho “mais simples” do que os juízos de competência cível plena. Embora aquela disparidade administrativa já tenha sido superada, todavia, subsistem “preconceitos” acerca da “simplicidade” dos feitos de execução fiscal.

Com efeito, tais varas especializadas têm uma dinâmica em que há uma pequena demanda de audiências e de pedidos de medidas de urgência - a não ser pedidos de garantia de débito, tendo em vista necessidade de expedição de CPDN para fins de participação em licitação ou em caso de suspensão de leilão.

Tais fatores, entretanto, são contrabalançados com o enorme volume de seu acervo e com a agilização na tramitação daqueles feitos e o conseqüente incremento da efetividade da recuperação de créditos fiscais, comparando-se com o processamento dos feitos antes da instalação das varas especializadas (confira-se, por exemplo, o Boletim

das Varas de Execução Fiscal da Justiça Federal no Rio de Janeiro, Ano I, nº 1- jan./abr. 2005, no qual se registra que a participação da Justiça Federal na cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Nacional no Rio de Janeiro passou de 12% do acervo para mais de 80% em 2004). Por outro lado, além dos inúmeros incidentes no curso da execução, em especial relativos às modalidades de penhora ou às possibilidades de redirecionamento em face dos administradores, no caso de empresas não mais localizadas ou que não tenham patrimônio social para garantir o débito, a defesa do executado não se processa apenas através de embargos à execução, destacando-se o incremento da defesa em fase pré-penhora, mediante petições de exceção de pré-executividade.

Um balanço realista da implantação e funcionamento desses juízos especializados demonstra a necessidade de se avançar na definição da sua competência, de forma a se deixar claro na lei ou nos Provimentos dos Tribunais Regionais a sua competência para o processamento de todos os feitos relativos à dívida ativa, em benefício da maior efetividade da prestação jurisdicional e para que se evitem decisões contraditórias relativas a uma mesma cobrança.

Com efeito, ofendem o princípio do juiz natural a admissibilidade e o processamento de ações ordinárias, medidas cautelares ou mandados de segurança nas varas cíveis comuns (às vezes, inclusive, em foro distinto ao da execução, por exemplo, no Distrito Federal) para a impugnação de débito já em fase de cobrança judicial através da execução fiscal.

Em favor da reunião dos feitos na vara especializada, por prevenção, em função de ajuizamento anterior da execução fiscal em relação à ação ordinária, confira-se o acórdão a seguir ementado, proferido em agravo de instrumento de decisão que rejeitara exceção de incompetência da VEF para o processamento da execução fiscal:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA E EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 106, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

1. Existe conexão entre as ações anulatória e de execução fiscal, eis que nos dois feitos, discute-se a incidência de encargos nos mesmos títulos executivos, o que justifica a reunião dos feitos, a fim de se evitar a proliferação de decisões conflitantes. Precedentes.
2. Tratando-se de ações conexas de mesma competência territorial, deve ser aplicada a regra insculpida no artigo 106, do CPC, pelo qual considera-se prevento o juiz que proferiu o primeiro despacho, no caso em tela, o da 8ª Vara de Execuções Fiscais.
3. A ação anulatória, apesar de também servir como uma defesa do executado, não é causa de suspensão de execução fiscal. Precedentes.

4.Recurso parcialmente provido. (Agravo 2005.02.01.011228-0, rel. Des. Federal Paulo Barata, 3ª Turma do TRF-2ª Região, DJ 04/08/06, seção 2, fls. 211/215).

No Eg. STJ, também encontramos decisões favoráveis à reunião dos feitos, embora não esteja claro se o critério da reunião é o da prevenção ou o da prevalência das varas especializadas em execução fiscal, tendo em vista que, por se tratar de competência em razão de matéria, as VEFs têm competência absoluta para aqueles feitos e, por conseguinte, inderrogável, donde se deduz que teriam prioridade na atração dos feitos conexos, ainda não julgados, a meu ver.

Confira-se o seguinte aresto:

PROCESSO CIVIL - CONEXÃO DE AÇÕES - REUNIÃO DOS PROCESSOS PARA JULGAMENTO SIMULTÂNEO - AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

1. A Primeira Seção pacificou a jurisprudência no sentido de entender conexas as ações de execução fiscal, com ou sem embargos e a ação anulatória de débito fiscal, recomendando o julgamento simultâneo de ambas.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RESP 758333/RS - 2005/0096658-0, Rel. Ministra Eliana Calmon - 2ª T. DJ 17.08.2006 p. 344)

Interessante julgado é, também, o do Resp 722.303/RS - 2005/0018977-8, (Relator: Ministro Luiz Fux, 1ª T. do STJ, publicado no DJ de 31/8/2006, p. 216), no qual se pronunciou sobre a necessidade da reunião dos feitos, mas, no caso concreto, não reconheceu a conexão, pois os débitos eram distintos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. ART. 103 DO CPC. REGRA PROCESSUAL QUE EVITA A PROLAÇÃO DE DECISÕES INCONCILIÁVEIS. DÉBITOS EXECUTADOS QUE NÃO OBJETO DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA. SÚMULA 07/STJ

1. Dispõe a lei processual, como regra geral, que é título executivo extrajudicial a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei (art. 585, VI, do CPC).

2. Acrescenta, por oportuno, que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução (§ 1º, do 585, VI, do CPC).

3. A finalidade da regra é não impedir a execução calcada em título da dívida líquida e certa pelo simples fato da propositura da ação

de cognição, cujo escopo temerário pode ser o de obstar o processo satisfativo, desmoralizando a força executória do título executivo.

4. À luz do preceito e na sua exegese teleológica, colhe-se que a recíproca não é verdadeira; vale dizer: proposta a execução, torna-se despidianda e, portanto, falece interesse de agir a propositura de ação declaratória, porquanto os embargos cumprem os desígnios de eventual ação autônoma.

5. Conciliando-se os preceitos, tem-se que, precedendo a ação anulatória a execução, aquela passa a exercer perante esta inegável influência prejudicial a recomendar o simultaneous processus, posto conexas pela prejudicialidade, forma expressiva de conexão a recomendar a reunião das ações, como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis.

6. O juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prosiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo.

7. Refoge à razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada.

8. Deveras, na sessão de 21 de março de 2006, a Primeira Turma, nos autos do AgRg no Resp 802683/RS, assentou o entendimento de que “a suspensão do processo executivo fiscal depende de garantia do juízo, nos termos do art. 151 do CTN, o que impede que se entenda como regra a suspensão do feito executivo em face do trâmite concorrente de demanda anulatória de débito fiscal. Precedentes: REsp nº 763.413/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 07/11/2005 e REsp nº 764.612/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 12/09/2005”. (AgRg no Resp 802683/RS Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 10.04.2006).

9. In casu, restou verificado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição dos fatos e provas que permeiam a demanda, que o objeto da ação consignatória não compreende os débitos cobrados no executivo fiscal, não havendo lugar à conexão, com a conseqüente união dos processos.

10. O recurso especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ.

11. Recurso especial não conhecido.

6. Sobre a proposta de desjudicialização da execução fiscal

O TERCEIRO PROBLEMA que pretendo abordar, questão já posta na mesa de discussão, não só dos operadores do Direito, mas para a própria sociedade, diz respeito à

proposta de DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, com a revogação da Lei nº 6.830/80 e o estabelecimento da execução administrativa. Ou seja, a execução fiscal deixaria de ser uma “causa” e passaria a ser um processo administrativo.

Em síntese, com tal alteração, todos os atos executórios (citação para pagamento, arresto, penhora, leilão, arrematação, adjudicação) passariam a ser feitos pelos próprios órgãos exequentes, só vindo a discussão para o Judiciário para a resolução dos embargos à execução.

Refiro-me ao PL nº 5.615, apresentado pelo deputado Celso Russomanno (PP), acolhendo sugestão e contribuição do Eminente Desembargador Federal Souza Prudente, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Tal proposta, é importante ressaltar, vem sendo defendida desde a década de 70 do século passado pelo ex-procurador da Fazenda Nacional, professor Leon Frejda Szklarowsky, com base na admissibilidade de hipóteses de cobrança pelo próprio credor (execução hipotecária do SFH, execução da alienação fiduciária).

Finalmente, a proposta parece encontrar eco não só na Procuradoria da Fazenda Nacional, mas também entre juízes federais, conforme noticiado no *site* da Associação de Juízes Federais, em que se divulga outro anteprojeto de lei, com o mesmo escopo daquele PL, por iniciativa do Ministério da Fazenda e do Ministério da Justiça, além da Secretaria da Reforma do Judiciário, não tendo sido divulgada, todavia, até o presente momento, a sua exposição de motivos.

Sem ter nenhuma pretensão de esgotar o assunto, ao contrário, porque a discussão agora é que começa a ser pública, procurarei me limitar a fazer alguns questionamentos, em especial quanto à constitucionalidade da proposição.

E, aqui, volto ao início do meu texto.

De acordo com o inciso LVI, do art. 5º da CF/88, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nesse sentido, há de se indagar: o respeito ao princípio da legalidade fica atendido pelo simples fato de uma lei estabelecer, de agora em diante, que a execução fiscal será administrativa, não será mais uma causa, deverá ser feita pelos próprios credores?

A questão é que aqui não se trata de qualquer credor. Nem se trata de qualquer execução. Nem se trata de execução de qualquer título de crédito.

Trata-se de uma execução de um título de crédito, que já tem uma posição privilegiada em sua constituição e de um credor - a Fazenda Pública -, que já goza de uma posição privilegiada diante do contribuinte particular, pela natural supremacia do interesse público.

Ao contrário dos demais títulos de crédito, constituídos a partir da declaração de vontade do devedor, a Certidão de Dívida Ativa prescinde da anuência daquele. Por outro lado, nos outros modelos de execução tomados como referência para justificar a possibilidade da “execução fiscal administrativa” (o da execução do crédito hipotecário-SFH e o da alienação fiduciária), o que temos é a garantia através de um bem determinado, vinculado ao respectivo contrato, cujo inadimplemento enseja a execução forçada. Situação totalmente distinta da execução fiscal, em que a totalidade do patrimônio do devedor responde pela dívida.

A meu ver, a modificação ora pretendida não é uma questão apenas infra-constitucional, mas passa necessariamente por uma revisão na Constituição.

Com efeito, a atual Constituição consagrou o sistema de jurisdição una, não reproduzindo dispositivos da Constituição do regime político anterior (CF de 1967, com a redação da EC nº 1, de 17/10/69), na qual se previa a possibilidade de criação de contencioso administrativo, inclusive para o julgamento de “causas” (art. 111, por exemplo). É interessante observar, ainda, que, mesmo naquela Constituição, quando se previam os contenciosos administrativos, federais e estaduais, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho, deixava-se claro: “sem poder jurisdicional”. (art. 203).

O que fazer, agora, quando se pretende atribuir poder jurisdicional às procuradorias dos órgãos exeqüentes?

A não ser que se evolua na teoria para se chegar à conclusão de que atos de execução não são atos jurisdicionais. O ato jurisdicional se restringiria, nesta hipótese, à declaração do direito, não tendo o juiz nenhuma responsabilidade pela execução daquela declaração, o que, *d.v.*, vai de encontro a toda a filosofia que está por trás das modificações operadas na lei processual, a partir de 1997, no sentido de se conferir maior eficácia à prestação jurisdicional (possibilidade de antecipação de tutela, execução de obrigação de fazer, sentenças mandamentais, obrigação de o juiz proferir sentenças líquidas ou liquidáveis, etc.)

Por outro lado, diz o art. 2º da CF que os Poderes da República, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Nesse sentido, quais as conseqüências políticas de uma opção de se retirar do Judiciário parcela significativa de sua competência para atribuí-la ao Executivo?

Assim sendo, com todo o respeito, penso que é fundamental se ampliar a discussão dessa matéria para incluir a questão política, de que Estado queremos, de que Poder Judiciário queremos, qual a relação com os demais poderes.

A questão não pode, ademais, ser reduzida a um ingrediente de reforma do Judiciário.

Nesse sentido, um dos argumentos que alimenta a proposta é a de que o Judiciário é assoberbado por esses feitos de execução, que são de difícil desfecho, se perenizam (em especial pela não-localização do devedor), o que estrangula o Judiciário, comprometendo a eficiência e os índices de produtividade.

D.v., entendo que as razões da baixa eficácia das execuções fiscais (além de questões processuais e administrativas, como o baixo número de servidores e de juizes, a falta de depósito público para os bens penhorados, a falta de estrutura nas procuradorias dos órgãos exequentes, etc.) residem fundamentalmente em questões materiais, pré-processuais. Afinal, como é possível se pretender recuperar créditos fiscais com prazos tão dilatados de decadência (para a constituição do crédito fiscal) e de prescrição? Como se pretender, por exemplo, recuperar um crédito fiscal de FGTS, se a execução fiscal é ajuizada 30 anos após a ocorrência do fato gerador?

Não se trata, por outro lado, de ficar em uma discussão meramente “garantista” de direitos, mas reconhecer, na nossa ordem jurídica, quem tem melhores condições políticas, pela imparcialidade, de levar a cabo o processo de execução, de modo a se aumentar a eficácia da recuperação do crédito fiscal, velando pelo direito de defesa do executado.

Também não se trata de cair em uma posição imobilista. Ao contrário. Apenas entendo que, conquanto seja uma tarefa para todos os protagonistas da administração da justiça a formulação de projetos e propostas visando à efetividade do processo de execução fiscal, devemos ter cuidado com a formulação de “soluções mágicas” que, apenas e tão-somente, estão transferindo o problema de uma esfera para outra, sem que sejam atacadas as suas reais causas e entraves.

PROCEDIMENTO ARBITRAL

Michelle Brandão de Sousa Pinto

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
Técnico Judiciário da 1ª Turma Recursal - Seção de Recursos Extraordinários

RESUMO

Analisa-se o estudo do procedimento arbitral no direito brasileiro, demonstrando ser um meio eficaz para a solução de conflitos que se baseia na autonomia da vontade, sem que haja, em princípio, a necessidade de envolvimento do Estado-juiz, por também ser jurisdição. Primeiro, faz-se um estudo acerca da convenção de arbitragem. Em seguida, analisam-se os principais aspectos do procedimento arbitral, que abrange: (i) exceções processuais arbitrais, subdividas em exceções de impedimento, de suspeição e de incompetência; (ii) revelia; (iii) instrução probatória; (iv) medidas cautelares e antecipatórias de mérito, isto é, a medida cautelar propriamente dita e a tutela antecipada; e (v) litisconsórcio na arbitragem. Por fim, examina-se a sentença arbitral e os meios de impugnação.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem. Convenção de Arbitragem. Procedimento Arbitral

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Cláusula compromissória e compromisso arbitral 3. Procedimento arbitral 3.1 Exceções processuais arbitrais 3.2 Revelia 3.3 Instrução Probatória 3.4 Medidas Cautelares e antecipatórias de mérito 3.5 Litisconsórcio 4. Sentença arbitral e meios de impugnação 5. Conclusão 6. Bibliografia

1. Introdução

A sociedade clama por meios céleres de solução de conflitos, haja vista a morosidade cada vez mais presente no universo judiciário. Entretanto, esta mesma sociedade anseia por meios em que a solução para os litígios ora existentes seja segura e possa ser revista, caso eivada de vício.

Sob este aspecto, surge a arbitragem como um mecanismo em que as partes se submetem à sentença proferida pelo árbitro para obter a solução da lide proposta não só no direito doméstico, como também em sede internacional.

Contudo, há de se verificar se alguns institutos pertinentes ao Direito Processual Civil são cabíveis, também, em sede arbitral. Pode-se mencionar, como um rol exemplificativo, as exceções, as medidas cautelares, a instrução probatória, o litisconsórcio, além da possibilidade de haver revelia no procedimento arbitral.

O procedimento arbitral é, via de regra, um procedimento processual. Contudo, é um procedimento restrito a algumas lides, ao contrário do processo civil em si, que, com sua diversidade de ações e mecanismos, abrange toda e qualquer contenda amparada pelo direito material civil. Pode-se afirmar que o juízo arbitral é uma espécie do gênero processo civil, mas com algumas peculiaridades próprias.

Urge esclarecer que, assim como a jurisdição estatal, a arbitragem - por ser jurisdição - também se submete ao processo civil, ou seja, o instituto em estudo para ser desenvolvido e aplicado deve seguir regras procedimentais, formais, em que o árbitro exerce a função do juiz e, assim como o magistrado, age por provocação das partes em busca da solução da lide, respeitando o contraditório, a legalidade e outros princípios de extrema relevância.

Além disso, as partes possuem à sua disposição uma gama de mecanismos processuais a fim de que possa ser garantida a solução justa e igualitária. Ora, seria inviável conceder razão a uma das partes envolvidas no litígio se não houvesse instrução probatória para que se traga à presença do árbitro o rol de provas que embasam a argumentação. Outro exemplo seria a impossibilidade de se argüir suspeição do árbitro no caso de ele ser amigo de um dos litigantes ou inimigo do outro. Enfim, as normas procedimentais não são apenas úteis, mas, principalmente, essenciais para a validade do procedimento, não restringindo o instituto a uma solução arbitrária, sem fundamentação, mas sim concedendo a ele o caráter de legalidade e de segurança jurídica.

Por fim, a arbitragem não é apenas um mecanismo para que se obtenha uma resposta à pretensão resistida, como também um meio para alcançar a justiça, visto que ao submeterem a controvérsia a um terceiro imparcial, as partes não anseiam tão-somente uma solução, mas, sobretudo, uma solução justa que conceda à parte possuidora do direito violado a reparação do seu direito e à parte violadora, a certeza de que a sentença foi proferida embasada em provas, seguindo um rito, e não a partir de um mero juízo de valor.

2. Cláusula compromissória e compromisso arbitral

A atual Lei de Arbitragem traz como requisito essencial para a instauração do juízo arbitral a existência de uma convenção de arbitragem, gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Contudo, cláusula compromissória e compromisso arbitral não se confundem. A cláusula compromissória é uma previsão de compromisso futuro como meio de solucionar os litígios que venham a surgir durante a execução do negócio jurídico firmado entre as partes. É uma verdadeira promessa de firmar futuramente o compromisso e levar a lide ao juízo arbitral em meio a uma eventual disputa.

Azevedo¹ define a cláusula compromissória como “o acordo que as partes incluem no contrato ou em documento, nacional ou internacionalmente firmado, obrigando-se a submeter ao juízo arbitral os conflitos de interesses que possam advir dessa contratação”.

Por ser um pacto preliminar, a cláusula compromissória cria obrigação de fazer para um evento futuro e é parte acessória de um contrato principal, podendo estar inserida no corpo do contrato ou em documento apartado que faça referência ao documento principal. Com isso, possui efeito vinculante, obrigando os contratantes ao juízo arbitral.

Em razão disso, a cláusula inserida em um contrato é meio suficiente para submeter a questão à arbitragem, excluindo do Judiciário a apreciação do conflito, ou seja, gera derrogação da competência da justiça ordinária. Deste modo, deve ser expressa e por escrito, não sendo admitida no direito brasileiro a cláusula compromissória verbal.

Já o compromisso arbitral refere-se a litígios atuais, isto é, pressupõe a existência de uma controvérsia entre as partes e traz em seu bojo as regras que nortearão todo o procedimento.

Com o compromisso, há o reconhecimento prévio de um direito (do credor), que será efetivado quando for proferida decisão pelo julgador privado, conforme esclarece Pedro Antonio Batista Martins²:

O compromisso seria o ato extrajudicial inequívoco de que trata a nossa Lei substantiva, pois firmado espontaneamente pelas partes, configura manifesto documento probatório do questionamento que fortemente recai sobre o objeto da disputa, consentido a parte, de antemão, no direito da outra, se vier a não prevalecer seu ponto de vista no julgamento final. Resulta do esforço e diligência do interessado e configura o reconhecimento de um direito a tutelar.

Por se tratar de um contrato escrito, o compromisso arbitral deve obedecer às normas concernentes aos contratos e pode, inclusive, prever cláusula penal e multa sobre

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. v. 2, p. 203 apud MAJADAS, Marcia Fratari. *Arbitragem: Solução de controvérsias no mapa da geografia social*. Revista dos Tribunais. vol. 813. a. 92. p. 82-102. São Paulo: jul. 2003.

² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 232.

o valor da contratação, desde que observado o limite previsto no art. 412 do Código Civil, ou seja, o valor da sanção não poderá ser superior ao valor da obrigação principal.

Na arbitragem antiga, se fosse firmada a cláusula compromissória, e no momento da ocorrência do litígio uma das partes se recusasse a submeter a questão ao juízo arbitral, não era possível constranger a parte recalcitrante a cumprir a promessa antes firmada. Nesse caso, só era cabível à parte lesada pleitear perdas e danos.

Atualmente, o compromisso pode ser substituído por sentença judicial, se não houver consenso entre as partes, por meio da ação de celebração de compromisso arbitral. Conforme esclarece Alexandre Câmara, “abandona-se, assim, a idéia de que o descumprimento da cláusula compromissória só seria capaz de gerar o direito à percepção de uma indenização por perdas e danos”³.

A cláusula compromissória não é uma disposição obrigatória, pois as partes - ao ocorrer o conflito - podem estabelecer o compromisso arbitral sem que haja cláusula compromissória no contrato firmado anteriormente.

Além disso, tal cláusula é independente do contrato principal, e a nulidade deste não gera a nulidade da cláusula, que se mantém aplicável caso haja a ocorrência de algum litígio, conforme inteligência do art. 8º da Lei de Arbitragem⁴.

Com isso, pode-se afirmar que impera o princípio da autonomia da cláusula compromissória, em que, apesar de ser acessória, a referida cláusula, em casos de nulidade, não segue a sorte do contrato principal, ou seja, não é declarada nula pelo fato de, sob a ótica jurídica, a cláusula compromissória não se confundir com o contrato a que se vincula.

Contudo, pode ocorrer de a causa de nulidade do contrato principal também ser capaz de abranger a cláusula compromissória, tornando esta nula. Seria o caso, por exemplo, de um dos contratantes ser absolutamente incapaz, visto que além de ser incapaz para celebrar sozinho um contrato, também o é para figurar em um dos pólos do procedimento arbitral, pois somente pessoas capazes para contratar podem se valer da arbitragem.

Surge, ainda, um questionamento acerca da possibilidade de ser aposta cláusula compromissória nos contratos de adesão.

Pode-se afirmar que a inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão seja a única restrição imposta pelo legislador, no que concerne aos direitos

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/96. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

⁴ “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

patrimoniais transigíveis, objeto da arbitragem, conforme inteligência do artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem.

Neste íterim, deve-se, primeiro, conceituar o contrato de adesão, que é o oposto de contrato paritário e pode ser definido como “aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto”⁵. Com isso, o aderente deve se sujeitar às cláusulas propostas, sem que lhe seja permitido efetuar alterações que julgue relevantes, havendo uma certa restrição quanto à sua livre vontade, conforme esclarece Carreira Alvim⁶ ao afirmar que “em tais contratos, a vontade é livre apenas *a priori* (precede o contrato), pois, se decidir contratar, quem dita, *a posteriori*, as regras é a parte proponente”.

O art. 54, *caput*⁷, do Código de Defesa do Consumidor também conceitua o contrato de adesão, trazendo o conceito de tal tipo de contrato para as relações de consumo a fim de preservar o consumidor, parte mais fraca da relação consumerista.

Já a exigência da Lei de Arbitragem se dá pelo fato de, na maioria das vezes, o aderente sequer ler o conteúdo do contrato de adesão e, ainda que leia, não dispor de poderes para modificar cláusulas que porventura discorde.

Segundo o já citado artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, o aderente dispõe de duas opções no que concerne à instituição da arbitragem, quais sejam: ele mesmo instituir a arbitragem ou dar sua concordância expressa acerca da instituição, se a iniciativa de instituição for da parte contrária.

A concordância do aderente pode ser judicial (art. 7º da Lei de Arbitragem) ou extrajudicial (art. 6º da mesma lei). Caso o aderente não concorde com a instituição da arbitragem, só resta a via judicial para solucionar o conflito de interesses, visto que o juiz não pode suprir judicialmente a vontade do aderente nem impor a este a lavratura do compromisso.

No caso das relações de consumo em que há a existência de contrato de adesão, pode-se afirmar que a Lei de Arbitragem está em plena consonância com o CDC, visto que, assim como a Lei nº 9.307/96 exige que a cláusula compromissória em contratos de adesão seja grifada ou em apartado, a fim de chamar a atenção do aderente,

⁵ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires, 1952, v. I, p. 440 apud RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. V. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, n. 20. p. 44.

⁶ ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 54.

⁷ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

o Código de Defesa do Consumidor, no art. 54, § 4º, preleciona que as cláusulas que impliquem restrição a direitos do consumidor devem ser redigidas com destaque. Ora, a inserção de uma cláusula que derogue a competência do Judiciário para atuar em um conflito oriundo da relação contratual consumerista importa uma espécie de restrição, pois o consumidor se verá “impedido” de recorrer à jurisdição estatal para obter solução do litígio ocorrido. Em razão disso, pode-se constatar que há harmonia entre o preceito do CDC e a própria Lei de Arbitragem, pois ambas ditam normas para evitar abusos do proponente em detrimento do aderente.

Além disso, o CDC traz no inciso VII do art. 51 a vedação à arbitragem compulsória, que seria, inclusive, uma das espécies de cláusula abusiva, considerada nula caso inserta num contrato.

A cláusula que prevê a arbitragem compulsória permite ao fornecedor e tão-somente a este escolher entre a arbitragem e a jurisdição estatal, ofendendo não só o regramento do CDC, como também da Lei de Arbitragem, pois, conforme afirma Nelson Nery Júnior⁸, “a opção pela solução do litígio no juízo arbitral, bem como a escolha da pessoa do árbitro, é questão que deve ser deliberada eqüitativa e equilibradamente pelas partes, sem que haja preeminência de uma sobre a outra”.

Com isso, não há qualquer incompatibilidade entre o CDC e o art. 4, § 2º, da Lei de Arbitragem, estando ambos em vigor. Assim, é plenamente aceita a inserção de cláusula que determine a solução de litígios pela via arbitral nos contratos de consumo, desde que haja bilateralidade, ou seja, desde que não seja uma imposição do fornecedor em um contrato de adesão, por exemplo; principalmente porque, em caso de dúvida, a cláusula deverá ser interpretada de maneira mais favorável ao consumidor, visto ser este a parte hipossuficiente da relação.

Cumprе salientar, ainda, que se houver convenção de arbitragem, e a parte propuser ação perante a justiça estatal, caberá ao réu argüir em preliminar de contestação a existência de convenção arbitral, de acordo com o art 301, IX, do CPC, visto ser um óbice ao exame da questão pelo julgador ordinário, pois há extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, VII, do CPC). Contudo, se o réu não alegar em preliminar a existência de convenção arbitral, haverá renúncia à arbitragem e, conseqüentemente, o processo judicial seguirá o seu curso.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 524.

3. Procedimento arbitral

Pode-se entender como procedimento a sucessão de atos que formam o processo em si. É um meio externo que permite com que o processo seja instaurado e se desenvolva, ou seja, um verdadeiro mecanismo composto de atos que permitem a própria formação do processo.

No que concerne à arbitragem, o procedimento será instaurado quando o árbitro aceitar a nomeação para dirimir o conflito.

Ao iniciar o processo arbitral, o árbitro verifica se a convenção de arbitragem foi devidamente respeitada, isto é, se os termos e requisitos constantes na convenção estão disciplinados no processo ora instaurado de acordo com a vontade expressa das partes, que podem litigar sozinhas, serem assistidas por advogado ou, até mesmo, por um terceiro.

Caso haja alguma matéria relevante que esteja omissa no compromisso arbitral, cabe ao árbitro convocar as partes para elaborar um termo aditivo a fim de ser sanada a omissão. Sob este aspecto, urge esclarecer que tal termo integrará o compromisso anteriormente firmado.

Em um primeiro momento, as partes trazem à presença do árbitro seus requerimentos, que versarão acerca da relação jurídica entre elas e conterão os direitos transigíveis que porventura foram violados ou estejam ameaçados, assim como os atos e fundamentos do pedido. Vale ressaltar que o pedido pode estar na esfera nacional ou internacional, dependendo do negócio jurídico envolvido.

Antes da apresentação do requerimento das partes no procedimento arbitral, o árbitro as convoca para uma audiência preliminar de conciliação, na qual se tenta obter uma solução amigável ao conflito, ou seja, uma composição.

Caso seja firmado o acordo, este será objeto de uma sentença homologada pelo árbitro e terá força de título executivo judicial. Entretanto, se não for possível a conciliação, o procedimento arbitral se desenvolverá normalmente, culminado em uma sentença de procedência ou improcedência do pedido.

3.1. Exceções processuais arbitrais

Em uma visão ampla, considera-se “exceção” um mecanismo de defesa da parte que impugna determinada situação, geralmente, mas não necessariamente, a parte ré. Por ser uma questão de interesse da parte em si, esta deve arguí-la, não sendo pertinente que o árbitro conheça de questões que dependam da iniciativa do litigante,

isto é, o interessado deve trazê-las aos autos para que o árbitro dela conheça e profira um julgamento.

Contudo, há questões que o árbitro pode conhecer “de ofício”, como o caso das exceções de suspeição e impedimento, já que este pode declarar-se suspeito ou impedido, independentemente da argüição de qualquer das partes.

Acerca das defesas no procedimento arbitral, bem esclarece J. E. Carreira Alvim⁹ que se a defesa for dirigida contra o processo, sendo uma questão de validade ou existência da relação processual, a exceção será processual e independerá do momento de alegação. Contudo, se a defesa tem por escopo um direito material da parte ré em detrimento ao direito da parte autora, que se acolhida pode impedir total ou parcialmente a pretensão desta última, a exceção será substancial.

Pode-se citar como exemplos de exceção processual a de incompetência, impedimento e suspeição; e como defesas substanciais, a argüição de prescrição, a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), entre outras.

As exceções de impedimento e suspeição estão ligadas ao princípio da imparcialidade do julgador, a fim de que se tenha segurança jurídica nas decisões que venham a ser proferidas pelo árbitro. Sob este aspecto, esclarece Duval Vianna¹⁰:

[...] o princípio legal é o da imparcialidade do árbitro, de modo que, ainda que as partes aceitem o árbitro impedido ou suspeito com base nas mesmas regras impostas aos juízes estatais, não poderá aceitar o encargo por ser nulo o processo arbitral, permitindo à parte prejudicada a propositura perante o Judiciário da correspondente ação de decretação de nulidade da sentença arbitral.

O indicado para funcionar como árbitro no procedimento arbitral deve revelar o quanto antes se existe qualquer fato que demande suspeição ou impedimento que inviabilize sua atuação como julgador da demanda, conforme inteligência do art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem¹¹.

No que se refere à independência e à imparcialidade, pode-se afirmar que são verdadeiras garantias tanto para as partes quanto para o procedimento em si, sendo uma pressuposto da outra, pois o árbitro dependente não é imparcial e vice-versa, o que

⁹ ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 328 e 330.

¹⁰ VIANNA, Duval. *Lei de Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23-9-96*. DOU de 24-9-96. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1998, n. 72, p. 136.

¹¹ “Art. 14. *Omissis*”

§ 1º - As pessoas indicadas para funcionarem como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. (grifo nosso).”

acarreta vício no procedimento instaurado e, conseqüentemente, nulidade da sentença que possa vir a ser proferida.

Para que se verifique o que seja um árbitro suspeito ou impedido, deve-se recorrer ao Código de Processo Civil, que traz as causas de impedimento e de suspeição dos juízes¹². As causas previstas na legislação processual são plenamente aplicáveis ao procedimento arbitral, tanto que a própria Lei de Arbitragem, no art. 14, *caput*, diz que estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes foi submetido, alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou de suspeição dos juízes.

Em uma interpretação extensiva das regras de suspeição previstas na legislação processual, é pertinente dizer que o árbitro pode se declarar suspeito por motivo íntimo, podendo, inclusive, manter em segredo o motivo para tal declaração.

Contudo, se o motivo íntimo surgir após a instauração do juízo arbitral, deve fundamentar o porquê do seu afastamento, pois o árbitro, após ter aceitado o encargo não pode renunciar sem justo motivo, principalmente pelo fato de o abandono ser visto como injustificado e vir a ocasionar responsabilidade civil (reparação por perdas e danos às partes).

O impedimento tem caráter objetivo: basta que o árbitro se enquadre em uma das hipóteses legais para ser passível de afastamento. A parcialidade, no caso de impedimento, tem presunção absoluta, *iuris et iure*, não admite prova em contrário. Mais do que isso, o impedimento constitui vício gravíssimo, ou melhor, é um caso de vício de procedibilidade, não sendo sanado, no processo civil, pela coisa julgada, mas tão-somente pela coisa soberanamente julgada, isto é, a que se forma depois de decorrido o lapso temporal de dois anos do trânsito em julgado da decisão, prazo previsto para a propositura de ação anulatória.

Já a suspeição tem um caráter subjetivo, tanto que a parte que argüí-la deve comprovar os motivos que lhe deram causa a fim de que se possa afastar o árbitro do exercício de suas funções. Em virtude desse caráter subjetivo, a Lei de Arbitragem disciplinou expressamente a suspeição, no já mencionado § 1º do artigo 14. É por ter este aspecto subjetivo que a suspeição tem presunção *ius tantum* de parcialidade, ou seja, admite-se prova em contrário por ser relativa.

O momento de propor a exceção é a primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar nos autos após a instituição da arbitragem, sob pena de preclusão. Como o procedimento arbitral é variável, ou seja, as partes estabelecem o rito que

¹² Arts. 134 e 135 do CPC.

deverá ser aplicado no momento da elaboração do compromisso, deve-se avaliar o caso concreto para aferir qual seria o primeiro momento para manifestação da parte.

O excipiente deve apresentar a exceção ao árbitro da causa ou ao presidente do tribunal arbitral com suas razões e provas (art. 15 da Lei de Arbitragem), ao contrário do que previa o então revogado parágrafo único do art. 1.079 do CPC¹³: “A exceção de impedimento ou de suspeição será apresentada ao juiz competente para a homologação”. Com isso, retirou-se do Poder Judiciário a competência para processar e julgar as referidas exceções e, conseqüentemente, proporcionou-se maior autonomia ao procedimento arbitral.

É importante mencionar que as partes podem, se assim desejarem, afastar as causas de impedimento e de suspeição ao elaborarem a convenção arbitral. Além disso, podem recusar um árbitro por não confiar nele, tendo em vista que o comportamento esperado de um julgador é o pautado nos princípios éticos, fazendo com que o árbitro transpareaça fidúcia.

Existe, também, em sede arbitral, a possibilidade de contestar a competência do julgador. Competência pode ser definida como a delimitação do poder concedido ao árbitro para que solucione a lide proposta.

Assim, o árbitro competente é o designado pelas partes no compromisso arbitral, a fim de que solucione uma demanda concernente a direito patrimonial transigível. Nisso consiste uma grande diferença entre a jurisdição estatal e a arbitral, pois enquanto esta tem a competência fixada pelas partes, aquela tem regras de competência decorrentes de lei.

A incompetência não é propriamente do árbitro, mas do órgão arbitral em si, sendo decorrente de uma falha na aplicação do compromisso ora pactuado.

A argüição da incompetência deve ser proposta no primeiro momento em que couber à parte se manifestar após ser a arbitragem instaurada, assim como ocorre com as exceções de impedimento e suspeição, pois, caso contrário, estará precluso o seu direito de excepcionar. Pode-se inclusive mencionar que, na hipótese de haver preclusão, o juízo antes incompetente se convalida, tornando-se competente para o julgamento da lide proposta.

Os efeitos da exceção de incompetência, caso acolhida, são a substituição do árbitro incompetente ou a transferência da demanda para o juízo estatal competente para julgar a causa.

¹³ Revogado pela Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem).

3.2. Revelia

No Código de Processo Civil, a revelia ocorre quando o réu, devidamente citado, se mantém inerte no que se refere à contestação, sem contraditar a pretensão do autor, ou seja, “o réu não tem o dever de contestar o pedido, mas tem o ônus de fazê-lo”¹⁴.

Além disso, a contumácia gera confissão ficta (efeito material da revelia), pois, conforme preleciona o art. 319 do CPC, se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Isto é, o principal efeito da revelia no processo civil é a própria presunção relativa de veracidade dos fatos argüidos pelo sujeito ativo da relação processual, não sendo, pois, necessária a produção de provas.

No que concerne à arbitragem, não ocorre a revelia prevista no processo civil, ou seja, não gera confissão ficta, mas gera efeito equivalente, conforme o art. 22, § 2º, 1ª parte, da Lei de Arbitragem, *in verbis*:

Art. 22. *Omissis*

.....
§ 2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa ao proferir sua sentença. [...] - (grifo nosso).

A revelia no procedimento arbitral é a ausência de uma das partes (autor ou réu), e não apenas da parte que ocupa o pólo passivo, como ocorre no processo civil. Seria possível a contumácia do autor quando este se abstém de comparecer a um ato processual do qual deveria fazer parte, como, por exemplo, o depoimento pessoal.

Além disso, a Lei de Arbitragem não é específica quanto aos efeitos da revelia em tal processo, mas evidencia que a ausência ou inatividade será considerada no momento da prolação da sentença, que não deixará de ser proferida pela falta de manifestação de uma das partes. Ou seja, a contumácia não é causa impeditiva para que a decisão final do árbitro seja proferida.

Assim, não há paralisação ou suspensão do processo arbitral em virtude do não-comparecimento de uma das partes. A lei traz a continuidade do procedimento, que culminará na sentença.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 396, p. 434.

Outro aspecto a ser considerado é a hipótese de uma das partes ser resistente em firmar o compromisso (art. 7º da Lei de Arbitragem) e não comparecer quando intimada para este fim.

No caso de a parte interessada ter proposto ação de instituição de arbitragem e a outra parte, devidamente citada, não comparecer à audiência destinada à formação do compromisso, o juiz poderá, após ouvir o autor, nomear árbitro único¹⁵. Além disso, o juiz poderá estabelecer o conteúdo do compromisso arbitral.

Urge esclarecer que, caso o autor não compareça à audiência para lavrar o compromisso, haverá extinção do processo sem resolução de mérito¹⁶. Logo, cabe propositura de nova ação, conforme inteligência do art. 268 do CPC.

A Lei de Arbitragem pretendeu, ao utilizar o termo “revelia”, trazer a idéia de não-comparecimento assim como a idéia de inércia de uma das partes durante o curso do procedimento. Todavia, conforme mencionado anteriormente, a ausência de atitude de qualquer das partes não tem o condão de impedir a atividade do árbitro e, conseqüentemente, a prolação da sentença.

Vale salientar que a sentença ora proferida pelo árbitro poderá ser com ou sem resolução de mérito.

A sentença será com resolução de mérito (sentença definitiva) se, apesar de uma das partes ter deixado de comparecer, a causa puder ser provada apenas por via documental, ou seja, se a causa estiver madura para julgamento. Contudo, a sentença será sem resolução de mérito (sentença terminativa) se a causa não estiver madura, isto é, se o julgamento pelo árbitro for inviável sem o comparecimento das partes.

3.3. Instrução Probatória

A instrução probatória na arbitragem, assim como no processo civil, destina-se a valorar os fatos trazidos pelo demandante e pelo demandado, sempre com respeito ao princípio do contraditório.

Com a produção de provas, que pode ser a requerimento dos interessados ou de ofício pelo árbitro, as partes têm a oportunidade de dar veracidade aos fatos narrados, comprovando-os, o que gera o convencimento do julgador para a prolação da sentença. Com isso, as partes, ao se manifestarem, devem suscitar os fatos que justifiquem a pretensão de um (demandante) e a resistência do outro (demandado).

¹⁵ Art. 7º, § 6º, Lei de Arbitragem.

¹⁶ Art. 7º, § 5º, Lei de Arbitragem.

Contudo, não basta apenas alegar a violação de um direito ou o porquê de uma resistência. Devem-se dar subsídios ao árbitro para que este se certifique da veracidade dos fatos ora alegados.

Durante o procedimento probatório, há uma série de “degraus” para que a produção da prova seja satisfeita. Em um primeiro momento, as partes mencionam as provas que pretendem produzir para que sejam dadas condições ao árbitro de formar sua convicção acerca da matéria discutida. Cabe ao árbitro determinar as provas necessárias para a devida instrução processual, caso essas não sejam requeridas pelas partes. Do mesmo modo, é permitido ao árbitro indeferir as provas e diligências que considere inúteis ou protelatórias, havendo, com isso, aplicação subsidiária do art. 130 do CPC.

Sob este aspecto, pode-se afirmar que o intuito da norma supramencionada é conferir ao procedimento probatório um verdadeiro juízo de utilidade. Ou seja, só serão cabíveis as provas realmente pertinentes e capazes de trazer ao processo algum aspecto relevante no que concerne à demonstração da veracidade dos fatos ora alegados pelos litigantes.

Em um segundo momento, o árbitro defere ou não as provas requeridas pelas partes e, conforme mencionado alhures, possui poderes para indeferir as provas inúteis ou protelatórias.

Urge esclarecer que o árbitro está adstrito ao que as partes convencionaram no compromisso arbitral, não podendo deferir prova ausente na convenção. Caso no compromisso não haja qualquer menção às provas que possam ser produzidas no procedimento arbitral, cabe ao árbitro designar as que considerar mais convenientes.

Posteriormente, as provas serão realmente produzidas. Este é o momento em que as provas trazem para o mundo jurídico o que ocorreu no mundo dos fatos, ou seja, exteriorizam os acontecimentos que ocasionaram a lide e deram origem ao procedimento arbitral.

Além disso, o árbitro deve manter contato com as partes e as provas, fazendo com que haja um lapso temporal diminuto entre a efetiva produção probatória e a prolação da sentença. Com isso, os fatos trazidos e provados estarão presentes na mente do julgador ao decidir a causa.

Vale salientar que, ao contrário do que ocorre no juízo cível, em que cabe o recurso de Agravo de Instrumento, visto ser tal decisão de natureza interlocutória, não cabe qualquer recurso para impugnar o indeferimento pelo árbitro quanto à produção de alguma prova. A parte lesada poderá, eventualmente, valer-se do art. 32, inciso VIII, da Lei de Arbitragem para impugnar a sentença proferida em procedimento que teve requerimento para produção de provas indeferido.

Entretanto, como bem ilustra Duval Vianna:

Observe-se que o juiz competente para decidir a ação de nulidade **não poderá dizer** se a prova rejeitada imotivadamente pelo perito **era ou não necessária à instrução do processo arbitral**, pelo simples motivo de que ele, juiz estatal, não é o destinatário da prova, nem pode avaliar a qualidade da sentença arbitral. O que deve ser avaliado, no âmbito da ação anulatória, é a **ocorrência de algum motivo que possa gerar a nulidade da sentença arbitral**.¹⁷ (grifo do autor)

Cumpra esclarecer que todos os meios de prova são admitidos na arbitragem, exceto se as partes convencionarem a exclusão de algum ou estabelecerem apenas um único meio para provar os fatos alegados, como, por exemplo, o fato de as partes acordarem que somente a prova documental será admitida, o que poderia limitar a busca pelo convencimento do árbitro. Vale lembrar que o árbitro está adstrito ao que fora convencionado, sendo a autonomia da vontade a mola propulsora do procedimento.

Mister se faz ressaltar que as partes não têm o dever de provar, do mesmo modo que não têm o direito de exigir a produção de prova pelo adversário, mas sim o ônus de provar, ou seja, a parte que deixa de provar aquilo que alegou pode perder a causa por não haver comprovado o direito subjetivo que pretendia resguardar. Afinal, fato narrado e não provado, em termos processuais, é fato inexistente.

Questão interessante é verificar se é possível a produção antecipada de provas no juízo arbitral. Sobre este tema, a Lei de Arbitragem é omissa, o que faz com que o intérprete utilize subsidiariamente as regras contidas nos arts. 846¹⁸ e 849¹⁹ do CPC. A produção antecipada de provas é pertinente nos casos em que há risco de a prova não mais existir no momento em que deva ser produzida, como, por exemplo, o depoimento de testemunha enferma ou a perícia acerca de uma falha em dado serviço que tenha gerado a rescisão contratual. Portanto, é não só possível, como plenamente admitida a produção antecipada de provas na jurisdição arbitral.

É importante ressaltar que a Lei de Arbitragem, no art. 22, *caput*, estabelece que o árbitro poderá colher o depoimento das partes, suprimindo o termo *personal*, ou seja, pode-se depreender da leitura do referido dispositivo que o depoimento das partes

¹⁷ VIANNA, Duval. op. cit., n. 86, p. 163.

¹⁸ “Art 846. A produção antecipada de da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.”

¹⁹ “Art 849. Havendo fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.”

pode ser realizado pessoalmente ou por meio de representação, seja por advogado, seja por outro representante a quem a parte conferiu poderes para tal. Pode, inclusive, a parte nomear preposto para este fim, que dará seu depoimento quanto aos fatos de seu conhecimento, obrigando a parte quanto ao que houver narrado, exceto quanto à confissão, se não possuir poderes que lhe permitam praticar o ato de confessar.

Quanto às testemunhas, não há qualquer restrição para que sejam adotadas no procedimento, salvo se as partes tiverem excluído tal meio de prova ao firmarem o compromisso arbitral.

Aplicam-se às testemunhas no procedimento arbitral os dispositivos que regulam a matéria no Código de Processo Civil, ou seja, podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes e as consideradas impedidas ou suspeitas pela legislação processual, bem como é possível a testemunha não depor acerca de fatos sobre os quais deva guardar sigilo ou que lhe acarretem dano.²⁰

Caso a testemunha não compareça, o árbitro deverá requerer sua condução obrigatória ao juiz que seria competente para o julgamento da causa, demonstrando a existência da convenção de arbitragem²¹. O árbitro não possui o poder de império atribuído ao juízo estatal. Logo, não tem competência para impor medidas coercitivas contra testemunhas recalcitrantes.

O juiz a quem for dirigido o pedido de condução, em verdade, não conduz a testemunha, mas apenas autoriza a condução coercitiva por meio de Oficial de Justiça.

Por fim, urge mencionar que em sede arbitral é aplicável o princípio da identidade física do árbitro, visto que, caso haja falecimento ou impossibilidade de proferir decisão/voto pelo árbitro julgador da causa, será nomeado novo árbitro que poderá requerer a repetição de provas já produzidas sem seu efetivo acompanhamento, a fim de formar sua convicção acerca da lide proposta, conforme inteligência do art. 22, § 5º, da Lei de Arbitragem.

3.4. Medidas cautelares e antecipatórias de mérito

A ação cautelar refere-se à efetividade do processo para que a prestação jurisdicional se torne efetiva, isto é, para que se mantenha a situação de fato existente no instante da configuração do conflito de interesses.

²⁰ Vide arts. 405 e 406 do CPC.

²¹ Art. 22, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Urge esclarecer que, em sede cautelar, não é pertinente a investigação de quem possui razão, ou seja, o escopo não é verificar a possibilidade de êxito do requerente ou satisfazer sua pretensão, mas sim acautelar, garantir o futuro provimento jurisdicional.

Enquanto o processo principal (cognição ou execução) almeja a composição do litígio, o procedimento cautelar apenas concede situação provisória de segurança para o interesse das partes, isto é, a ação cautelar funda-se no direito de assegurar que o processo principal consiga um resultado útil, sendo, pois, uma verdadeira medida preventiva. Em virtude disso, não satisfaz direitos, somente os garante. Com isso, sua tutela não é satisfativa, mas sim assecuratória.

O objetivo da tutela cautelar é afastar a *dilatio temporis*, isto é, evitar que a morosidade da prestação jurisdicional a quem de direito pereça o próprio objeto do litígio. Com o curso da demanda, corre-se o risco de o objeto se depreciar, e a medida cautelar garante à parte que este terá a oportunidade de ser discutido em juízo, e, assim, gerar, em sede cognitiva, a satisfação do direito.

Já a tutela antecipada permite ao juiz antecipar, provisoriamente, a solução do processo principal e, ao contrário da medida cautelar, possui caráter satisfativo.

A questão a ser discutida é se são cabíveis medidas cautelares e antecipatórias de mérito em sede arbitral. A resposta é positiva.

Primeiro, o processo arbitral é mais célere que o judicial, contudo não é instantâneo, o que dá ensejo a mudanças na situação fática do objeto da demanda e, conseqüentemente, possibilidade de risco aos demandantes.

Há na doutrina uma divergência acerca da possibilidade de o árbitro conceder ou não medidas cautelares e antecipatórias de mérito. De um lado está a posição ortodoxa, na qual ao árbitro é vedado deferir as medidas mencionadas, devendo solicitá-las ao juiz que seria competente para julgar a causa; e de outro, está a posição heterodoxa na qual o árbitro pode conhecer e conceder a medida assecuratória por possuir poderes para apreciar a lide proposta e decidi-la, sem poder, contudo, utilizar meios de coerção para efetivar a medida. Logo, ao árbitro é permitido deferir medidas cautelares e antecipatórias de mérito, podendo, inclusive, deferir liminar *inaudita altera pars*, ou seja, sem ouvir a parte contrária quando o seu conhecimento possa acarretar a ineficácia da cautela, mas lhe é defeso efetivar tais medidas, tarefa reservada ao juiz estatal por possuir o *imperium*. Posição esta mais acertada e de acordo com o atual sistema legislativo acerca da arbitragem²².

²² O art 22, § 4º, da Lei de Arbitragem declara expressamente que, caso haja a necessidade do uso de medidas coercitivas e cautelares, deve o árbitro solicitá-las ao juiz competente para julgar a causa. Daí infere-se que não é vedado ao árbitro conceder a medida, mas sim a sua efetivação.

No que se refere ao poder do árbitro de conceder medidas cautelares e antecipatórias de mérito, esclarece Joel Dias Figueira Júnior²³:

O pedido, assim como a demonstração dos fatos e fundamentos jurídicos da pretensão incidental serão articulados e apresentados no próprio juízo arbitral, que, no caso, é o detentor do poder jurisdicional paraestatal com competência (funcional, ou, ainda melhor, com jurisdição “para o caso”) outorgada pelos próprios litigantes para a prestação da tutela principal perseguida e todas as medidas incidentais necessárias à consecução e efetivação do processo.

O árbitro pode conceder ou decretar a cautela, determinando que uma das partes se abstenha de certa conduta ou pratique determinado ato, como a apresentação de um documento ou a prestação de caução, por exemplo.

Todavia, ainda que haja sujeição das partes quanto às medidas adotadas pelo árbitro, há casos em que as decisões cautelares envolvem terceiros, que não estão legalmente obrigados a atender o árbitro por não terem firmado compromisso ou, até mesmo, por estarem impedidos de praticar certos atos sem ordem judicial, como seria o caso da quebra de sigilo bancário, por exemplo.

Com isso, faz-se necessário recorrer ao juízo estatal para efetivar a medida já deferida pelo árbitro. Afinal, o árbitro possui poder jurisdicional e de cognição, o que lhe permite fazer justiça em nome do Estado e, em virtude disso, conceder a medida. Contudo, não possui o poder de império restrito ao juízo estatal, a quem cabe efetivar a medida ora concedida, se esta não for cumprida voluntariamente.

Cumpra esclarecer que as partes devem recorrer ao árbitro para que este determine a medida, não sendo cabível que recorram ao juiz estatal, visto que este deve tão-somente efetivar a medida quando forem necessários atos de coerção.

Entretanto, o magistrado limita-se a exercitar coercitivamente a medida já deferida pelo árbitro, visto que a tutela já fora concedida em jurisdição privada, não sendo, pois, cabível novo juízo de admissibilidade.

A partir de então, verifica-se que não cabe ao juiz togado rever ou modificar a decisão arbitral que concedeu determinada cautela nem questionar se é necessária ou útil a prova testemunhal no caso de condução coercitiva de testemunha recalcitrante, exceto se a medida deferida pelo árbitro violar a ordem pública e os bons costumes.

²³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit., n. 37, p. 221.

Contudo, se a medida cautelar for preparatória, ou seja, requerida antes da instauração da arbitragem, só poderá ser pleiteada na jurisdição estatal. Caso haja deferimento, a parte requerente terá o prazo de 30 dias, conforme previsto no art. 806 do CPC²⁴, para firmar o compromisso arbitral e, então, instaurar o procedimento. O ato de firmar o compromisso pode ser tanto extrajudicialmente quanto pela via judicial, no caso de uma das partes se recusar a prestar o compromisso e ser proposta ação própria para este fim.

3.5. Litisconsórcio

Em sede arbitral, o litisconsórcio necessário deverá ser respeitado, ainda que as partes não o tenham regulado na convenção, “[...] pois não se pode admitir valha a sentença para uns e não para outros quando se cuidar da mesma relação jurídica e que deva ser decidida, na maioria das vezes, uniformemente”.²⁵

Se for verificada indispensável a presença de um litisconsorte necessário, o árbitro pode convidar, de ofício ou a requerimento da parte, o litisconsorte que não tenha firmado o compromisso arbitral a fim de que integre um dos pólos da relação, ou como co-autor ou como co-réu.

Nesse caso, o árbitro se limita a convidar o terceiro, e não ordenar o seu comparecimento, tendo em vista que não é dotado de *imperium* e, em virtude disso, não pode coagir o litisconsorte necessário a exercer o contraditório no processo arbitral.

Além disso, na hipótese de recusa, não poderá recair sobre o terceiro as conseqüências cabíveis no processo judicial, como, por exemplo, a revelia.

Afinal, o compromisso gera efeitos para os que o firmaram, não sendo exigível seu cumprimento por terceiros que não integraram tal relação e, logo, não estão obrigados sem que haja sua prévia anuência, visto ser a arbitragem um meio **facultativo** para a solução de litígios.

Ao receber o convite para integrar a relação arbitral, se o litisconsorte necessário se opuser expressa ou tacitamente a atuar na jurisdição privada, nada obsta que ingresse com ação em face das partes que estão litigando via arbitragem na jurisdição estatal a fim de postular seu direito, assim como uma ou ambas as partes originárias

²⁴ “Art. 806. Cabe à parte propor a ação no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

²⁵ NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. *Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (Lei 9.307/96)*: breve análise de pontos controvertidos. Revista do Tribunais. V. 780, a. 89. p. 82. São Paulo, out. 2000.

também podem valer-se do Judiciário, independentemente da existência do compromisso, por não ser cabível alegar exceção de compromisso, haja vista que a arbitragem não pode se consolidar se estiver ausente alguém essencial para a relação arbitral, ou seja, pela ausência do terceiro que recusou o convite.

Existe, ainda, mais um argumento sobre a possibilidade de o litisconsorte necessário que se recusou a ingressar na relação arbitral recorrer ao Judiciário para exercer seu direito de ação, qual seja, o fato de a Lei nº 9.307/96 ser omissa quanto a esse caso. Com isso, recorre-se à regra geral, isto é, busca-se a tutela jurisdicional por meio do juízo estatal originariamente competente para o julgamento da lide.

Além disso, há o preceito constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que afirma ser defeso à lei excluir do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ora, o litisconsorte necessário e/ou as partes que litigam via arbitragem não podem ter o seu direito à tutela jurisdicional mitigado pelo fato de um dos litisconsortes se recusar à adoção da justiça privada.

Caso as partes originárias insistam em manter o procedimento arbitral, tendo havido recusa do litisconsorte necessário em ingressar em tal relação, só restará ao árbitro extinguir o processo sem resolução do mérito, pois a reunião das pessoas por meio do litisconsórcio é essencial para o êxito e a eficácia do procedimento.

No entanto, se o terceiro aceitar o convite para ingressar na relação arbitral, estará impedido de transferir a demanda ao juízo estatal, visto que anuiu ao compromisso antes firmado pelas partes originárias, fazendo com que fosse derogada a jurisdição ordinária.

Urge esclarecer que a referida aceitação pode se dar de forma expressa ou tácita. Neste último caso, o terceiro se limita a manter-se silente, não declarando oposição ao procedimento arbitral no momento oportuno. Com isso, há a preclusão do seu direito de discordar, ou melhor, de recusar o convite feito pelo árbitro.

Caso haja ação em trânsito no Judiciário, o juiz certifica o litisconsorte necessário que não participou da instituição da arbitragem para que expresse se concorda ou não com a jurisdição privada. Caso concorde, haverá extinção do processo judicial sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, inciso VIII, do CPC²⁶. Se discordar, o processo judicial seguirá normalmente o seu curso.

²⁶ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: [...] VIII - pela convenção de arbitragem.”

4. Sentença arbitral e meios de impugnação

A Lei de Arbitragem traz no art. 23²⁷ o prazo de seis meses, a partir da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, para o proferimento da sentença, se outro não houver sido estipulado pelas partes. Nesse sentido, urge mencionar que as partes podem estabelecer prazo diverso, tendo, inclusive, a possibilidade de prorrogar o prazo por elas estipulado.

O art. 31 da Lei de Arbitragem²⁸ afirma que a sentença arbitral deve produzir às partes e a seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judicial, isto é, o árbitro deve levar em consideração os fatos que fizeram com que o autor litigasse no processo arbitral, transpondo os efeitos jurídicos da sentença para um momento anterior ao de sua prolação, qual seja, o momento da ocorrência dos fatos.

Logo, os efeitos da sentença arbitral, em regra, são *ex tunc*, retroagem para antes da prolação da sentença e, inclusive, antes da propositura da ação arbitral, a fim de produzir efeitos na relação jurídica instaurada em que houve direito material violado, trazendo equilíbrio à relação ora existente e satisfazendo a pretensão resistida do litigante vencedor. A exceção é a sentença constitutiva, que produz efeitos *ex nunc* (valem como início de uma nova situação jurídica então formada).

Além disso, a sentença arbitral poderá produzir efeitos condenatórios e, neste caso, constitui título executivo judicial.

Caso apresente defeitos, a sentença arbitral pode ser impugnada por meio de “embargos declaratórios” ou por ação anulatória.

Toda sentença deve ser dotada de clareza e precisão, isto é, a sentença não pode gerar ambigüidade, deve possuir fácil entendimento, a fim de evitar obscuridade e contradição, e se limitar àquilo que foi pedido pelas partes.

Caso haja algum ponto obscuro, duvidoso ou contraditório, além da hipótese de erro material na sentença proferida pelo árbitro, a parte interessada pode valer-se de um mecanismo similar ao recurso de embargos de declaração para dirimir a questão, conforme se extrai do art. 30 da Lei de Arbitragem.

Contudo, ao contrário do que ocorre no processo civil, a parte que fizer uso dos “embargos declaratórios arbitrais” deve notificar a outra parte, além de solicitar ao

²⁷ “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de 6 (seis) meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo Único - As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.”

²⁸ “Art. 31. A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

árbitro as medidas cabíveis no prazo de cinco dias, prazo também aplicável aos embargos de declaração do processo ordinário.

Urge ressaltar que, ao serem opostos embargos de declaração arbitrais, o prazo para eventual ação anulatória estará interrompido até que as partes sejam notificadas do aditamento da sentença.

A ação anulatória é o remédio adequado para impugnar sentença arbitral eivada dos vícios que a tornem anulável.

O art. 32 da Lei de Arbitragem lista os vícios que acarretam a nulidade da sentença. Surge o questionamento se o rol do referido art. 32 seria ou não *numerus clausus*, ou seja, taxativo. Ora, se o legislador enumerou apenas as hipóteses de anulação previstas em tal comando legal, infere-se que se trata de um rol taxativo. Afinal, se assim não fosse, a lei mencionaria a possibilidade de as partes convencionarem outras situações que ensejariam a ação anulatória, como, por exemplo, inserir um inciso para prever que as partes poderiam convencionar outras situações que implicariam tal ação, com o fim de “inutilizar” a sentença ora proferida pelo árbitro.

A parte interessada em argüir a nulidade da sentença arbitral deverá fazê-lo no prazo de noventa dias, contados da intimação²⁹, prazo este decadencial, pois importa no direito de agir e sujeitar a outra parte a seu direito, ou seja, trata-se de um direito potestativo sujeito a prazo, que se não for cumprido ocasiona a perda do direito em razão da inércia.

A ação de nulidade seguirá o procedimento comum ordinário ou sumário, cabendo a escolha em razão do valor da causa e da complexidade da questão probatória. Além disso, a causa de pedir próxima será a apresentação de algum dos casos que geram nulidade, citados no art. 32 da Lei de Arbitragem, e o pedido será a decretação de nulidade da sentença arbitral, tendo a sentença judicial na ação de nulidade natureza declaratória, pois declara nula a decisão proferida em sede arbitral.

Contudo, não haverá, necessariamente, a anulação de todo o procedimento arbitral, podendo a sentença judicial, em vez de anular, determinar que o julgador privado tão-somente profira novo julgamento.

A decisão judicial anulará todo o procedimento se houver nulidade do compromisso, se a sentença for emanada de quem não poderia ser árbitro, se proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, se forem desrespeitados os princípios

²⁹ Apesar de a Lei mencionar que o prazo se inicia com a notificação da parte, é mais técnico utilizar o termo “intimação”, visto que este é o meio utilizado para dar ciência às partes de um ato ocorrido, enquanto que a “notificação” se refere a ato futuro, ou seja, que ainda será realizado e para o qual a pessoa deve, por exemplo, comparecer.

do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento. São hipóteses de nulidade absoluta, já que se tratam de vícios substanciais, isto é, vícios inerentes à própria essência da arbitragem e, portanto, não passíveis de correção. Todavia, pode ocorrer de o vício não atingir a convenção de arbitragem, como o caso de alcançar o compromisso, mas não a cláusula compromissória ou o vício repousar em uma das outras hipóteses de nulidade. Sendo assim, pode-se reinstaurar a arbitragem ao ser sanado o vício.

Se o defeito for falta de relatório, fundamentação, data e lugar em que a sentença foi proferida, sentença fora dos limites da convenção ou sem decidir todo o litígio submetido à arbitragem, a nulidade será relativa porque se refere a vício formal, que pode ser sanado. Logo, o juiz determinará que o árbitro emita uma nova decisão a fim de corrigir as irregularidades presentes.

5. Conclusão

A arbitragem, surgida antes mesmo da jurisdição estatal, é um meio privado para a solução dos conflitos. Contudo, não é um meio arbitrário, que não possui regras procedimentais tendentes a proporcionar seriedade ao instituto. É, sim, um mecanismo hábil à propagação da justiça.

Entre as formas alternativas de solução de conflitos, a arbitragem é a que se mostra mais eficaz. Em regra, a autotutela não é permitida pelo ordenamento jurídico. Afinal, é defeso o exercício arbitrário das próprias razões, ou seja, o “fazer justiça com as próprias mãos”. Existe também a autocomposição, consistente na conciliação, nem sempre viável, haja vista que em muitos casos as partes não buscam um acordo, mas sim a prevalência do seu interesse sobre o do outro. Em razão disso, o instituto arbitral é mais completo, pois caso não haja transação, submissão ou desistência, formas de autocomposição, resta às partes o exercício da jurisdição privada, com os procedimentos a ela inerentes para verificar qual litigante na relação ora instaurada teve o seu direito violado.

Com a instituição do juízo privado, as partes renunciam à jurisdição estatal. Há verdadeira derrogação do Poder Judiciário, que não será mais o competente para julgamento da causa. Ora, para que a arbitragem seja instituída e utilizada para a apreciação da lide, devem ser seguidas algumas regras procedimentais. Afinal, a arbitragem é jurisdição e como tal possui normas de direito formal.

O árbitro, assim como o juiz de direito, não age de ofício. Por tal motivo, as partes devem a ele submeter o litígio e o fazem por meio do compromisso arbitral ou por cláusula compromissória que valha compromisso, ao possuir todos os seus requisitos.

Com isso, pode-se dizer que o compromisso arbitral seja uma espécie de petição inicial, pois possui regras próprias para que seja válido (assim como a petição inicial, que, se não seguir certos requisitos, é considerada inepta) e é o instrumento próprio para provocar a jurisdição privada.

Cada fase do procedimento é única. Há o momento apropriado para a realização de cada ato, isto é, existe época de excepcionar, de apresentar provas, de opor embargos de declaração arbitrais, de propor ação de nulidade. Caso o litigante se mantenha inerte quando deveria se manifestar, dará azo à preclusão, ou seja, perderá a oportunidade de se utilizar determinado mecanismo para fazer valer o seu direito, assim como ocorre no processo ordinário. Por tais motivos, o processo arbitral em muito se assemelha ao processo civil, que, por sinal, é aplicado subsidiariamente na arbitragem.

Pode-se afirmar que a arbitragem é um mecanismo eficiente de acesso à justiça em meio à morosidade judicial. A partir do uso da jurisdição particular, obtém-se um Direito mais social, ao alcance de todos, em que o próprio povo colabora na administração da justiça, isto é, as partes decidem quando, por quem e de que modo desejam ter seu conflito dirimido.

Além disso, a arbitragem é um meio de redução do contencioso Judiciário, pois um litígio que poderia ser discutido pela via judicial encontra no juízo privado a solução que atende ao interesse das partes, qual seja, o conhecimento do conflito e o seu posterior desfecho por um julgador especializado, embasado em provas e comprometido com o acesso à justiça.

Portanto, deve-se, ainda que gradativamente, abandonar a visão “paternalista” de que só o Estado é dotado de poder para dirimir controvérsias, proporcionando à arbitragem a oportunidade de se mostrar como um mecanismo mais do que eficaz na solução de conflitos acerca de direitos transigíveis, e de exercer a sua função pacificadora, isto é, trazer paz social em meio à “cascata” de lides ainda sem desfecho.

6. Bibliografia

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem, Lei nº 9.307/96*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORRÊA, Antonio. *Arbitragem no direito brasileiro: teoria e prática: Comentários à Lei nº 9.307, de 23.09.1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MAJADAS, Márcia Fratari. Arbitragem: Solução de controvérsias no mapa da geografia social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 813, a. 92, p. 82-102, jul. 2003.

MARTINS, Pedro A. Batista et al. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (Lei 9.307/96): breve análise de pontos controvertidos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 780, a. 89, p. 75-85, out. 2000.

REVISTA DO ADVOGADO n. 52. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, out. 1997.


RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. V. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, João Roberto da. *Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 32. ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2004.

VIANNA, Duval. *Lei de Arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23-9-96, DOU de 24-9-96*. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.



Sentenças
e decisões

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO VISANDO A COMPELIR O INSS A PROCEDER À REVISÃO DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA ATRELADA À RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Juiz Federal convocado pelo TRF da 2ª Região

Trata-se de acórdão da 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que anulou sentença que havia julgado extinta a ação, sem apreciação do mérito, e julgou procedente o primeiro pedido formulado pela empresa autora, com fulcro no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, no sentido de compelir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - a promover perícia médica obrigatória no segundo réu, segurado da autarquia, a fim de verificar sua condição de incapacidade para o trabalho.

ORDINÁRIA/PREVIDENCIÁRIA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.51.04.003801-0

APELANTE: CSN - COMPANHIA SIDERURGICA NACIONAL

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS - E OUTRO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela Companhia Siderúrgica Nacional - CSN contra a sentença de folhas 123/129, proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Volta Redonda/RJ, nos autos desta ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS e de DIRCEU DA COSTA CABRAL, objetivando que a autarquia-ré seja compelida a promover exame médico revisional de aposentadoria por invalidez no segundo réu, para a manutenção ou não do aludido benefício previdenciário.

Alega a CSN que a autarquia previdenciária está desconsiderando a determinação legal que impõe a realização do programa permanente de revisão de benefícios da Previdência Social, ao não proceder à realização de perícia médica no segundo réu, para verificar sua condição de incapacidade laborativa.

Aduz que a atual situação de incerteza ocasiona onerosidade excessiva ao contrato de trabalho, que se mantém suspenso, gerando para a autora o ônus de suportar

a contribuição previdenciária e que, não obstante ter requerido a realização do obrigatório exame médico-pericial, não prestou o INSS qualquer informação a respeito.

Citado, o segundo réu apresentou contestação, às folhas 48/55, alegando, preliminarmente, a falta de interesse de agir, ausência de direito líquido e certo e ilegitimidade da primeira autora. No mérito, pugnou, em síntese, pela improcedência do pedido e a litigância de má-fé da primeira autora.

Citado, o INSS apresentou contestação, às folhas 69/73, sustentando, preliminarmente, a ilegitimidade *ad causam* da parte autora, em razão da mesma não participar da relação jurídica entre o INSS e o segundo réu (segurado). Argumenta que também não existe, por parte da CSN, interesse processual, eis que tal condição repousa, necessariamente, na presença do binômio necessidade-utilidade.

O INSS ainda afirma que a sistemática de revisão de benefícios realizada de ofício, mediante perícia médica, é de interesse da própria autarquia, uma vez que verificada a recuperação da capacidade de trabalho do segurado, cessa para o órgão previdenciário a obrigação de pagar o benefício. Pugnou, afinal, pela extinção do feito, sem julgamento do mérito, ou pela improcedência do pedido, pelas razões apresentadas.

Sentença de folhas 123/129, pela qual o MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, inciso VI, do CPC.

Inconformada, apela a CSN (folhas 132/148), sustentando, em síntese, a necessidade que a mesma tem, como empresa, de ser informada acerca da viabilidade de suas relações de trabalho, sejam elas ativas ou suspensas, como no caso em questão, em que seu interesse está amparado pelo ordenamento jurídico, não podendo haver dúvidas quanto ao efetivo dever do primeiro apelado de manter programa permanente de revisão de concessão dos benefícios da Previdência Social, nos termos do artigo 69, *caput*, da Lei nº 8.212/91.

Argumenta que não há como ignorar que os efeitos da concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez transpassam os lindes das relações jurídicas previdenciárias, ou daquela relação previdenciária mantida pelo beneficiário-aposentado e o órgão concessor, para determinar, também, direitos e obrigações na relação jurídica outra, mantida pelo beneficiário-aposentado e seu empregador. Assim, alega sua legitimidade na ação proposta, uma vez que a relação jurídica material em que incide a presente ação é a mantida entre a Apelante e o Primeiro Apelado (INSS), pois que o objetivo da ação é tão-somente a realização da perícia médica pelo INSS no Segundo Apelado.

Considera, assim, estabelecida suposta lesão ou ameaça de direito à garantia constitucional de apreciação, pelo Judiciário, da questão submetida a exame, ressaltando a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional, caracterizando o interesse de agir.

Pugnou, afinal, pelo afastamento da sentença e pelo conseqüente retorno do feito à origem, com o seu regular processamento.

Contra-razões do INSS às folhas 151/152.

Remetidos os autos a este E. Tribunal, deles teve vista o Ministério Público Federal, que opinou pelo improvimento do recurso (folhas 157/162).

É o relatório. Peço data.

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Juiz Federal Convocado

Relator

VOTO

JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES (RELATOR):

A hipótese consiste em apelação da CSN em face da sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC.

A ação, como vimos, foi ajuizada pela CSN em face do INSS e de seu segurado, visando compelir a autarquia previdenciária a proceder à revisão da aposentadoria por invalidez, mediante realização de perícia médica, tendo o Juízo entendido carecer à parte autora legitimidade e interesse processual.

DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Em tal contexto, necessário se faz verificar se de fato estão presentes ou não as condições da ação, no que tange, particularmente, à legitimidade e ao interesse processual.

Consoante o artigo 2º do CPC: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, sendo que, mais adiante, o artigo 6º, o CPC dispõe que: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Assim, para que se possa ocupar o pólo ativo da lide, é necessário, em regra, ser titular do direito subjetivo material em relação ao qual se reveste a tutela pretendida, enquanto que o pólo passivo deve ser ocupado por quem detém a obrigação legal correspondente.

Por outro lado, Segundo magistério de Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, pág. 80) o interesse processual se reconhece como sendo: “... a necessidade de se socorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido... Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita a providência jurisdicional pleiteada?...”.

A esse respeito, a doutrina dominante tem entendido que não basta a necessidade de intervenção jurisdicional para a caracterização do interesse de agir, sendo também exigível a configuração da adequação como: “a formulação de pretensão apta a por fim à lide trazida a juízo, sem a qual abríamos a possibilidade de utilização do judiciário como simples órgão de consulta...” (Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso, Teoria Geral do Processo e processo de Conhecimento, Ed. Saraiva, p. 33) e, ainda, a utilidade do provimento postulado do ponto de vista prático.

A orientação jurisprudencial não tem discrepado tal entendimento, como se verifica das seguintes ementas em destaque:

PROCESSUAL CIVIL. INTERESSE PROCESSUAL. UTILIDADE DO PROVIMENTO. NECESSIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO E DO PROVIMENTO DESEJADOS. INTERPRETAÇÃO COM BASE NA LEI ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I. Já decidiu esta Corte Superior que para a configuração do interesse processual, impo-se a presença de utilidade do provimento, aferida pela necessidade da atividade jurisdicional e pela adequação do procedimento e do provimento desejados. [...]” (STJ, AGRESP 721358/CE, Quinta Turma, Rel. em. Min. Gilson Dipp, DJ de 16/05/2005, p. 409).

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - PAGAMENTO DE ADICIONAL - RECONHECIMENTO DO PEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE, APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO - FALTA DE INTERESSE CARACTERIZADO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO QUE SE IMPÕE.

1. Na conceituação de LIEBMAN: “O interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; devesse essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito. [...] o interesse de agir é em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional [...]”

3. [...] A existência de litígio constitui *conditio sine qua non* do processo. E no dizer de ARRUDA ALVIM: “Não há interesse de agir quando do sucesso da demanda não puder resultar nenhuma vantagem ou benefício moral ou econômico para o seu autor”.

4. Desaparecendo a utilidade/necessidade concreta do exercício da jurisdição, a falta de interesse de agir, cabe a extinção do processo sem julgamento do mérito [...] (STJ, RESP 264676/SE, Quinta Turma, Rel. em. Min. Jorge Scartezini, DJ de 02/08/2004, p. 470).

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - REVOGAÇÃO, ANULAÇÃO OU CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DO ATO DITO COATOR EM VIRTUDE DA ATUAÇÃO DA PRÓPRIA AUTORIDADE DE QUE EMANADO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - SUPERVENIENTE PERDA DE INTERESSE DE AGIR - SUPERVENIENTE CARÊNCIA DA AÇÃO.

- O instituto do interesse processual ou interesse de agir constitui uma das ‘condições da ação’ (*rectius*: um dos requisitos para o exercício do direito de ação) calcada, especificamente, no trinômio necessidade-utilidade-adequação do provimento jurisdicional advindo da impossibilidade de o autor ter sua pretensão de direito reconhecida

e satisfeita sem a interveniência da autoridade jurisdicional, em ação pertinente e adequada [...].

- Processo extinto sem julgamento do mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC. (TRF da 2ª Região, MS 7885/RJ, Sexta Turma, Rel. Juiz Sérgio Schwaitzer, DJ de 24/02/2005, p. 172).

No caso concreto, a CSN sustenta a omissão da autarquia previdenciária em não promover os exames periciais estabelece instabilidade jurídica no tocante à relação jurídica trabalhista entre a mesma e o segurado/empregado, em virtude da suspensão do contrato laboral, nos termos do artigo 475, da CLT, *in verbis*:

Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis da Previdência Social para efetivação do benefício.

§ 1º. Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497.

§ 2º. Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

Já o Decreto nº 3.048/99, por sua vez estabelece que:

Art. 46. O segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no parágrafo único e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e transfusão de sangue, que são facultativos.

Parágrafo único. Observado o disposto no *caput*, o aposentado por invalidez fica obrigado, sob pena de sustação do pagamento, a submeter-se a exames médicos periciais, a realizarem-se bianualmente.

Da leitura de tais preceitos, conclui-se que a situação concernente à relação jurídica de trabalho existente entre a autora (CSN) e seu empregado, está atrelada ao desdobramento da relação jurídica previdenciária entre o segurado e o INSS, fato suficiente,

a meu ver, para caracterizar a legitimidade ativa da CSN no feito e demonstrar, além de seu interesse jurídico no implemento das normas legais que regulam a sistemática revisional da manutenção do benefício, por consequência, o seu interesse processual, em vista da utilidade e necessidade do provimento jurisdicional postulado.

Em tal contexto, deve ser afastada a sentença que extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, eis que estão presentes, no caso, as condições da ação.

DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC

Nessa linha, considerando que no curso deste feito houve observância do devido processo legal (contraditório e a ampla defesa) e adotando, no caso, os princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processual, torna-se possível cassar a sentença e desde já dirimir a lide, aplicando-se, por analogia, o artigo 515, § 3º, do CPC, como tem ocorrido em diversos julgados desta eg. Corte (Oitava Turma Especializada, Proc. nº 1993.51.02.081390-1, Rel. Juiz Poul Eriz Dyrind, DJU de 21/03/2006, p. 254; Sétima Turma Especializada, proc. nº 97.02.03289-0, Rel. Juiz Sérgio Schwaitzer, DJU de 17/03/2006, p. 220; Terceira Turma Especializada, Proc. nº 98.023.00176-7, Rel. Juíza Tânia Heine, DJU de 29/09/2005, p. 329), tendo em vista, ainda, que a matéria de direito foi devidamente suscitada e discutida no processo, de maneira que a causa se encontra em condições de imediato julgamento.

No que tange ao primeiro pedido (compelir o INSS a promover a perícia médica em relação ao segurado em questão - 2º réu) assiste razão à parte autora, visto que o INSS não comprovou que esteja em dia em relação à obrigação de submeter o segurado à perícia bienal para a fim de validar ou não a manutenção do gozo do benefício previdenciário do segundo réu, conforme o disposto no artigo 46, *caput* e parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, eis que se trata de norma cogente (de cunho obrigatório) em relação a qual as partes (segurado e INSS) não podem dispor, na medida em que está em jogo além da pretensão manifestada pela parte autora, o patrimônio público e o interesse de toda a coletividade, sendo, portanto, imperativa a sua observância.

Assim, estando a autarquia previdenciária em mora com o seu dever legal, deve implementar, com a máxima urgência, no prazo de trinta dias da intimação, todas as medidas necessárias à realização do exame pericial obrigatório.

Todavia, não há como apreciar os demais pedidos, porquanto condicionados a fato futuro e incerto decorrente do resultado da perícia médica a ser realizada,

não havendo também como declarar ou determinar o retorno do segurado ao trabalho, pois a consequência lógica e imperativa do eventual reconhecimento de aptidão laboral por parte do segundo réu é o cancelamento do benefício previdenciário, cabendo ao segurado cuja aposentadoria por invalidez é cancelada em razão da recuperação, exercer ou não o direito que tem de retornar ao trabalho. Tampouco é viável a apreciação do pedido de conversão do benefício na modalidade **definitiva** de aposentadoria por invalidez que sequer existe, pois conforme dispõe o artigo 42 da Lei 8.213/91, a aposentadoria por invalidez é um benefício previdenciário devido ao segurado que for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência, “...enquanto permanecer nesta condição”.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, dou provimento à apelação para anular a sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento, do mérito, (artigo 267, VI, do CPC), por reconhecer a legitimidade e o interesse de agir da parte autora, considerando, portanto, presentes as condições da ação e aplicando, ao caso, o artigo 515, § 3º, tendo em vista que o processo já está em condições de exame do mérito, julgo procedente o primeiro pedido formulado pelo autor (compelir o INSS a promover a perícia médica em relação ao segurado em questão - 2º réu), a fim de que a autarquia previdenciária implemente, com a máxima urgência, no prazo de trinta dias da intimação, todas as medidas necessárias à realização do exame pericial obrigatório do segundo réu, deixando, outrossim, de apreciar os demais pedidos, por estarem atrelados a fato futuro e incerto conforme explicitado na fundamentação. Diante da sucumbência recíproca, deixo de condenar as partes em honorários advocatícios.

É como voto.

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Juiz Federal Convocado

Relator

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO VISANDO COMPELIR O INSS A PROCEDER À REVISÃO DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA ATRELADA À RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DA LEGITIMIDADE PASSIVA E DO INTERESSE PROCESSUAL. PROVIMENTO DO RECURSO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC

1. Hipótese que consiste em ação ajuizada pela CSN visando compelir o INSS a proceder à perícia médica de segurado da previdência (segundo réu), relativo ao benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, tendo o MM. Juízo *a quo* julgado extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC.
2. Alegação de que a omissão da autarquia previdenciária em não promover os exames periciais estabeleceria instabilidade jurídica no tocante à relação trabalhista, já que o contrato não estaria extinto, mas apenas suspenso, nos termos do artigo 475, da CLT.
3. Verifica-se que a situação concernente à relação jurídica de trabalho existente entre a autora (CSN) e seu empregado, está atrelada ao desdobramento da relação jurídica previdenciária entre o segurado e o INSS, fato suficiente para caracterizar a legitimidade ativa da CSN no feito e demonstrar, além de seu interesse jurídico no implemento das normas legais que regulam a sistemática revisional da manutenção do benefício, por conseqüência, o seu interesse processual, em vista da utilidade e necessidade do provimento jurisdicional postulado.
4. Anulação da sentença e aplicação do artigo 515, § 3º, para julgar procedente o primeiro pedido formulado pelo autor (compelir o INSS a promover a perícia médica em relação ao segurado em questão - 2º réu), a fim de que a autarquia previdenciária implemente, com a máxima urgência, no prazo de trinta dias da intimação, todas as medidas necessárias à realização do exame pericial obrigatório do segundo réu, deixando, outrossim, de apreciar os demais pedidos, por estarem atrelados a fato futuro e incerto.
5. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em **dar provimento à apelação**, na forma do relatório e voto constante dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 08 de Março de 2007.

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Juiz Federal Convocado

Relator

OS LIMITES DO PODER REQUISITÓRIO DO MPF EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

André de Magalhães Lenart Zilberkrein

Juiz Federal Substituto da 4ª Vara de São João de Meriti

A sentença abaixo ensaia trazer à ribalta e pôr a nu certos aspectos de um tema de alta indagação: quais os limites e salvaguardas oponíveis à atuação do Ministério Público, no âmbito administrativo? Graças a um meticuloso e arrojado esforço institucional, a Instituição arrebatou uma vigorosa coleção de novas e extensas atribuições, no pós-1988. Atribuições, cujo exercício às vezes carece de positivação no plano infraconstitucional e às vezes se funda em preceitos vagos e porosos, dando margem a conflitos e desembocando em eventuais excessos e aporias.

O ponto da discórdia e pivô do conflito aqui retratado consiste numa requisição do MPF, sem fundamentação, de dados e documentos, supostamente velados por sigilo, em processo administrativo preparatório de ação civil pública. Um punhado de dispositivos constitucionais e legais permeia e apóia argumentos ricamente desenvolvidos por ambos os contendores: art. 5º, X, 133 e 170, IV da Constituição; art. 7º, IV da LC nº 75/93; Lei nº 8.625/93; art. 8º, § 2º, da Lei nº 7.347/85; art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. A conclusão recicla e atualiza um velho clichê, que se move por detrás da noção de controle jurisdicional: “Se de um lado o Ministério Público deve dispor de prerrogativas, meios, ferramentas, instrumentos jurídicos que efetivamente o habilitem para o profícuo e efetivo exercício dos numerosos e complexos papéis que a Constituição da República e a legislação [...] lhe outorgam, sob pena de fracassar em sua missão institucional, de outro é forçoso reconhecer que sua atuação se encontra sujeita à observância dos parâmetros que orientam e balizam a atividade administrativa, tornando-se passível de reexame e controle pelo Poder Judiciário, nos casos de abuso ou excesso de poder”.

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO Nº 2005.51.10.005825-1

IMPETRANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A

IMPETRADO: PROCURADOR DA REPÚBLICA RESPONSÁVEL PELO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO 130.017.000.044/2005-89

SENTENÇA

RELATÓRIO

TELEMAR NORTE LESTE S/A busca segurança que a exima de in-formar ao IMPETRADO o valor que despense com serviços jurídicos e os escritórios advocatícios com os quais trabalha, bem como de fornecer-lhe cópias de contratos de honorários, narrando o seguinte:

a) em 04.08.2005, o ilustre Procurador da República em atuação na Procuradoria de São João de Meriti, desdobrando uma investigação já em andamento, instaurou o Procedimento Administrativo n. 1.30.017.000044/2005-89, com o propósito de apurar a razão do grande número de demandas propostas em face das concessionárias de serviços de telefonia fixa. Instada a fornecer dados relativos ao número de reclamações e de ações ajuizadas, a ANATEL oficiou às sociedades em operação no Rio de Janeiro, inclusive à IMPETRANTE, para que prestassem as informações. Em seguida, o MPF requisitou à IMPETRANTE que lhe desse ciência do número de demandas aforadas em face dela, no período entre janeiro de 2001 e agosto de 2005, nos Municípios da Baixada Fluminense. Ofícios semelhantes foram dirigidos às demais concessionárias. Finalmente, no ofício MPF/PRM/SJM/GAB/APC n. 280/05, dessa feita endereçado unicamente à IMPETRANTE, cobrou-lhe esclarecimentos sobre (1) *“quantos advogados possui a TELEMAR em seu corpo jurídico próprio”*, (2) *“quais escritórios de advocacia terceirizados prestam serviços à TELEMAR”*, (3) *“quais são os termos dos contratos de terceirização, no que se refere às diretrizes de atuação judicial, remuneração dos terceirizados, participação de estagiários e prepostos, etc., encaminhando ao MPF cópias destes contratos”*, (4) *“qual o total de gasto mensal que a TELEMAR possui com a manutenção do seu corpo de trabalhadores do setor jurídico, englobando aqueles contratados pela TELEMAR e os terceirizados”*;

b) a IMPETRANTE impugna as três últimas exigências, tachando-as de abusivas, pois, nos termos do art. 8º, § 2º da Lei n. 7.347/85, não estaria obrigada a prestar ao *Parquet* informações cobertas pelo sigilo profissional, caso em que caberia ao Ministério Público, após o ajuizamento da “ação” civil pública, requerer ao juiz que as requisitasse a ela. Os contratos de honorários estariam resguardados pelo art. 133 da Constituição da República e pelo art. 7º, II da Lei n. 8.906/94, esse último concernente à inviolabilidade do escritório ou local de trabalho, dos arquivos ou dados, correspondência e comunicações do advogado, salvo em caso de busca e apreensão determinada por magistrado. Só por meio de intervenção do Judiciário, em decisão fundamentada, sob a égide do contraditório e da ampla defesa - nunca no bojo de procedimento administrativo -, o acesso a tais documentos

poderia ser franqueado. Ainda segundo a IMPETRANTE, os contratos discriminariam sua estratégia de defesa, balizamentos para a celebração de acordos, metas a ser atingidas pelos advogados, fixação do valor dos honorários, considerando o alcance dos objetivos. Além de violar direito líquido e certo seu, o ato do MPF também representaria afronta ao direito dos advogados. Sobre o prejuízo que a entrega dos documentos ocasionaria, explica que as outras sociedades empresárias de telefonia, concorrentes da IMPETRANTE, poderiam ter acesso aos autos do procedimento administrativo, já que dele fazem parte, em desrespeito às normas constitucionais que asseguram o direito à privacidade (art. 5º, X) e à livre concorrência (art. 170, IV), encarecidas pela competitividade do mercado de telecomunicações. Há mais: os dados pretendidos não guardariam pertinência com o PAD instaurado pelo IMPETRADO, cuja ementa está transcrita a fls. 13, não podendo o MPF “*ao seu talante*”, solicitar informações sem relação com o objeto da investigação. Ressalta que está curso, perante o MM. Juízo Federal da 26ª Vara Cível do Rio de Janeiro, a “ação” civil pública n. 2005.51.01.004475-5, proposta pelo Ministério Público Federal, em que diversas concessionárias, entre as quais a IMPETRANTE, figuram como RÉS, visando à declaração de caducidade do contrato de concessão PBOG/SPB n. 21/98, que tem por objeto a prestação de serviços telefônicos fixos comutados no Estado do Rio de Janeiro, com fulcro no supostamente excessivo número de demandas propostas por consumidores em face das companhias. Ao ver da IMPETRANTE, seria injustificado que o tema fosse repetido no âmbito de procedimento preparatório, se já há uma ACP em marcha;

c) estariam presentes os requisitos para a concessão de medida liminar suspendendo as exigências do IMPETRADO até a prolação de sentença, sendo que o risco de dano iminente e de difícil reparação estaria calcado no esgotamento do prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento da requisição, em 22.09.2005, expondo a IMPETRANTE à imposição de multa e seus funcionários à responsabilização criminal. Destaca que não haveria irreversibilidade do provimento, visto que, se denegada a segurança, a TELEMAR cumpriria a requisição, amparada por pronunciamento deste Juízo Federal, sem acarretar prejuízo ao andamento do PAD conduzido pela Procuradoria da República, cujo objeto, repisa, não guardaria pertinência com a requisição aqui fustigada;

d) por fim, requer a expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, “*para lhe dar ciência dos termos deste writ, já que o caso envolve discussão de matéria de interesse geral de classe, como é a preservação do sigilo profissional de advogados*”.

Custas recolhidas (fls. 19 e 278). Procuração de fls. 20/21. Documentos de fls. 22/275.

A IMPETRANTE reiterou, às fls. 280/2, o pedido de liminar, acostando cópia de requerimento encaminhado ao MPF, no qual postula a reconsideração da requisição ministerial (fls. 283/90).

Na decisão de fls. 48/56, indeferi o requerimento de expedição de ofício à OAB, ao tempo em que concedi parcialmente a provisão de urgência *inaudita altera pars* para que a IMPETRANTE encaminhasse a este Juízo Federal as informações e os documentos, cuja requisição impugna, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de revogação da ordem.

Em resposta à petição de fls. 59/63, protocolada durante minhas férias, o ilustre Juiz Federal titular ampliou para 30 dias o prazo para a entrega dos documentos (fls. 64/6).

Foi noticiada a interposição de agravo pela IMPETRANTE (fls. 77/98).

Nas informações de fls. 111/126, o IMPETRADO afirma que:

a) o ato impugnado foi praticado no curso de PAD destinado a apurar se a causa da enorme quantidade de processos judiciais contra concessionárias de telefonia estaria ligada à péssima qualidade e inadequação dos serviços, à postura empresarial de investir na morosidade dos feitos para aumentar os lucros ou ao engano dos consumidores litigantes. Levantados indícios de que a chicana estaria sendo empregada como estratégia negocial, estaríamos diante de infração à ordem econômica, punida pela Lei n. 8.884/94. *“Se for a realidade (...) delineada está uma perigosa equação. A empresa pode lesar uma massa indeterminada de consumidores, apostando num primeiro momento na inércia se não de todos, de grande parte dos lesados. Daqueles que, irresignados, ingressam com demandas judiciais, ainda assim em número expressivo, utilizam-se as empresas de estratégias processuais e extraprocessuais para se esquivar do adimplemento”.* *“Se realizada desta forma, a administração judicial de inadimplência ou litigância empresarial configura-se infração à ordem econômica, já que representa aumento arbitrário de lucros.”* Quanto à IMPETRANTE, *“os dados são chocantes e apontam no sentido de que a TELEMAR (...) é a campeã, de longe, no número de demandas judiciais no Judiciário fluminense. Veja[m]-se, a título de exemplo, os dados fornecidos pela Secretaria de Estado de Defesa do Consumidor (fls.67-69 do PA, cuja cópia está nos autos), do Procon de São João de Meriti (fls.71), Procon de Duque de Caxias (fls.130-133), Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara de Vereadores de Nova Iguaçu (fls.141-142) e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls.146-153), estes realmente impressionantes, dando conta de cerca de 340.000 ações judiciais contra a impetrante, nos últimos 5 anos.”* A pertinência de requisição de dados alusivos a quantos advogados possui

a TELEMAR em seu corpo jurídico próprio; a quais escritórios de advocacia terceirizados prestam-lhe serviços; a quais os termos dos contratos de terceirização, no que se refere às diretrizes de atuação judicial, remuneração dos terceirizados, participação de estagiários e prepostos, etc., com o encaminhamento de cópias desses contratos; e à qual o total de gasto mensal com a manutenção do setor jurídico, englobando os advogados contratados pela TELEMAR e os terceirizados, repousaria em que possivelmente os contratos conteriam cláusulas de performance, pelas quais a atuação dos advogados terceirizados é restringida, o que poderia revelar conduta vedada pela disciplina da proteção da ética no processo e da ordem econômica, pois *“a estratégia da parte não pode infringir normas de boa-fé processual”*. *“Observe-se que as punições de má-fé processual (art. 14 do CPC) devem ser aplicadas caso a caso, pontualmente, quando houver algum ato da parte ou de seus procuradores que indique a efetiva presença do improbus litigator. Mas quando a postura de litigância ilegal e imoral ganha perspectiva maior, estabelecida apriorística e escancaradamente por diretrizes contratuais e posturas comerciais, abrangendo milhares de processos e cifras astronômicas, pode tornar-se uma conduta empresarial a chamada ‘administração judicial da inadimplência’, obtendo-se aumento arbitrário de lucros.”* *“A repressão a tais posturas empresariais não se daria casuisticamente. Não seria uma sanção em cada processo. A par das sanções previstas no CPC, a serem aplicadas pelo juiz do caso concreto, deve ser imposta ainda uma sanção à conduta empresarial em si, por infração à ordem econômica. Assim, se é opção do empresário de utilizar o processo – instrumento estatal, ramo do direito público – e o Poder Judiciário, exercente de parcela da soberania do Estado, para administrar sua inadimplência, obtendo lucros em aplicações no mercado, a imposição de multas por infração à ordem econômica pode internalizar no custo empresarial as conseqüências que o ordenamento prevê para este tipo de postura, desestimulando a litigância empresarial.”*

b) as informações e documentos objeto de requisição não estariam acobertados pelo sigilo profissional do art. 7º, II do Estatuto da Advocacia, cujo propósito seria o de resguardar *a inviolabilidade do escritório e dados, das comunicações e correspondências trocadas entre advogado e cliente a respeito dos fatos e circunstâncias da causa*. Seria em vão a tentativa de incluir tais informações no conceito de *correspondência e comunicações*. A uma, porque *“o contrato de prestação de serviços de advocacia, como muito bem lembrado pelo juízo na decisão liminar, é executado em processo judicial, já que constitui título executivo, o que é estabelecido pelo próprio Estatuto da OAB. Sendo sua execução judicial, e diante da necessidade de juntada do título executivo – o próprio contrato – vê-se que sobre o contrato de prestação de serviços de advocacia é diariamente dada a publicidade insita aos atos processuais, e ninguém nunca ousou imaginar*

presente, em sede de execução de honorários de advogado, hipótese que autorizaria a decretação do segredo de justiça”. A duas, porque o manto do sigilo visaria à proteção do cliente, não do advogado, resguardando as informações respeitantes aos fatos em causa, não aos termos de contratos de prestação de serviços. “Seria absurdo considerar uma garantia deste tipo como sendo absoluta, o que transformaria o escritório de advocacia em um ‘santuário’ inviolável, sede para o depósito de qualquer documento ou prova de crime, porque, diante da dimensão da cláusula contida na lei 8906/94, impossível de ser descoberto. Aliás, a própria impetrante admite que a inviolabilidade do art. 7º, II não é absoluta”. “Curioso notar ainda que a própria impetrante afirma que os contratos contêm estratégias de defesa, balizamento de acordos e outras disposições sobre a conduta processual dos terceirizados. É exatamente isso que se pretende com a requisição ora atacada: aferir se tais cláusulas são infringentes à lei; verificar se a empresa tem conduta contrária à normativa protetora da ordem econômica.”

c) a requisição dirigida à IMPETRANTE se deveu às estatísticas obtidas na primeira fase da investigação. “Outras muitas requisições foram feitas a várias empresas de telefonia fixa e celular, até mesmo narradas pela própria impetrante na inicial, mas ainda sem resposta. Ademais, existe outro PA semelhante em relação às empresas concessionárias de energia elétrica, sendo evidente não haver qualquer ‘perseguição’ à impetrante”. Seria impróprio evocar-se a livre concorrência, uma vez que se trata de concessão com formação de um mercado de concorrência imperfeita e artificial. “No Estado do Rio de Janeiro, no mesmo ramo que a impetrante, o de telefonia fixa, não existe concorrência. Somente podemos imaginar a empresa denominada de ‘espelho’, a VÉSPER, de mínima participação no mercado, que não investe em expansão, não se faz visível por propaganda, e que nem de longe consegue tirar o sono da impetrante”. Reportando-se às explicações constantes de ofício do Procurador Regional da ANATEL no Estado, assinala que “a criação das empresas espelho é um movimento artificial, destinado a injetar concorrência nos setores da economia onde é possível a existência de monopólios naturais, tais como a telefonia ou o petróleo. Perante a situação de monopólio, o poder público autoriza o funcionamento de empresas que concorrerão com a denominada Incumbent (termo em inglês, devido à sua origem britânica, significando a entidade dominante que sofrerá competição na sua área de mercado por parte da entrante), para distribuir aos demais participantes do mercado as benesses de um mercado competitivo. Para cada empresa privatizada criou-se uma empresa espelho que está autorizada a oferecer exatamente o mesmo serviço e fazer concorrência à ex-estatal. Desta forma são espelhos a Intelig da Embratel, a Vésper S/A da Telemar, a Vésper (SP) S/A da Telefônica e a GVT da Brasil Telecom. Como as empresas-espelho não atuam em toda a área a elas concedida e

em alguns municípios a antiga estatal continuou a trabalhar sob a forma de monopólio, a Anatel criou as empresas-espelinho. No entanto, as informações mais recentes apontam para um desempenho abaixo do esperado, propiciando um mercado de concorrência imperfeita". Constituiria premissa equivocada supor que as informações requisitadas seriam fornecidas às demais sociedades empresárias, já que estariam acobertadas pelo dever de sigilo do IMPETRADO (art. 8º, § 1º da LC 75/93).

d) não poderia haver litispendência entre demanda já proposta e *procedimento administrativo*, já que aquela resulta de um *juízo comparativo entre duas ou mais demandas*. Seria ainda mais patente a *"improcedência da linha argumentativa quando temos em conta a finalidade da atividade investigativa e o estágio da atual investigação, que se encontra ainda em curso. Uma investigação se inicia para apurar algo e não para confirmar idéias pré-concebidas. Seria uma completa inversão uma análise da outra ACP já ajuizada com o presente procedimento administrativo, porque não sabemos qual seria o pedido de uma ACP futura que fosse originada deste procedimento. Aliás, sequer sabemos se, ao final, uma ação civil pública será proposta, um TAC será celebrado, ou até mesmo o Procedimento Administrativo será arquivado, porque nada se apurou."* Não obstante, da cópia da inicial da ACP se perceberia que o que ali se discute *"é a qualidade do serviço prestado, contendo pedido de declaração da caducidade da concessão, o que, nem de longe, seria próximo ao objeto do procedimento administrativo em análise"*.

e) a requisição guardaria sim pertinência com o objeto do procedimento administrativo, pois, como explicitado na portaria de instauração, a investigação teria como foco possíveis infrações à ordem econômica e aos direitos do consumidor, apontadas pela *"postura judicial e empresarial destas concessionárias, e não apenas da impetrante"*. *"E na análise da litigância em massa por parte de determinada empresa, nada mais razoável do que colher informações sobre seus custos operacionais com a litigância judicial: seu corpo de advogados próprios e terceirizados."*

f) seria inconsistente a alegação de ofensa a direitos individuais. *"Não foram requisitadas informações a respeito de tal ou qual advogado (pessoa física)" (...)* mas *"informações de caráter genérico acerca da empresa impetrante, em nada sendo solicitado no que concerne a seus advogados"*, de tal modo que *"pode a empresa tranquilamente informar, por exemplo, quanto gasta mensalmente com seu corpo de advogados próprios e terceirizados sem discriminar quanto cada advogado recebe individualmente"*.

g) *"quando em jogo informações pertinentes à gestão do serviço público, autorizado à impetrante por regime de concessão, clara é a percepção de que não pode haver restrições à publicidade típicas de relações jurídicas submetidas e regime exclusivamente de direito privado."* Sobrevêm o interesse da coletividade e o dever do Estado de fiscalizar o exercício, a prestação do serviço e a gestão da coisa pública.

Resume na fórmula de RUI, segundo a qual “*na República, não se toleram escaninhos*”. Não pretenderia o IMPETRADO estabelecer quanto cada advogado ganha, mas determinar o total de gastos com a litigância, consumando a fiscalização de potenciais infrações à ordem econômica.

Transcorridos **32 dias**, sem que a TELEMAR carresse ao Juízo os documentos, revoguei a liminar, em decisão de 04.11.2005, veiculada no DJ de 11.11.2005 (fls. 127/8)

Foi concedido efeito suspensivo ao agravo para desobrigar a IMPETRANTE da entrega dos documentos (fls. 143/9, 199/204).

A IMPETRANTE agravou da decisão que lhe revogou o provimento de urgência (fls. 151/97).

Intimada, a UNIÃO não se manifestou (fls. 216).

A IMPETRANTE requereu vista por cinco dias (fls. 222), o que foi deferido (fls. 223). Intimada para devolver os autos (fls. 228), não o fez, o que levou à imposição de multa (fls. 228).

O IMPETRADO requereu vista de cinco dias (fls. 231).

Os autos foram requisitados ao MPF, devido ao excesso de prazo, vindo com o requerimento de que se aguardasse a manifestação da Autoridade apontada como COATORA e, colhida essa, de retorno para elaboração do parecer (fls. 233v).

É o relatório. **DECIDO.**

FUNDAMENTAÇÃO

Indefiro o requerimento ministerial. Os autos não foram em vista ao IMPETRADO - cujas informações, sólidas e cuidadosamente desenvolvidas ao longo de 16 laudas, já se encontravam nos autos. *Foram em vista ao Ministério Público Federal, na função de custos legis*. Essa era a determinação de fls. 223, repisada à fl. 232. Não sem razão, pois seria perda de tempo e conspiraria contra a celeridade de um processo que já tarda em ser sentenciado, dar-se vista ao IMPETRADO, quando ele facilmente poderia folhear os autos na Procuradoria da República, onde todos os Procuradores em atuação na Baixada Fluminense se acham lotados. De mais a mais, os autos foram recebidos por servidor do MPF, em 13.03.2006, e a requisição de sua devolução foi cumprida, em 03.04.2006 - muito acima do prazo previsto em lei para a elaboração do parecer.

A não-apresentação de parecer não induz nulidade, porque o Juízo deu vista ao MPF dos autos. Passo ao mérito.

O *writ* questiona e põe em xeque os limites do poder-dever conferido ao Ministério Público Federal de, a seu talante, em etapa preparatória para a propositura

de demanda, requisitar informações e documentos a entidades privadas (art. 7º, IV da LC 75/93), contrapondo-lhe as cláusulas do art. 8º, § 2º da Lei n. 7.347/85, que veda a prestação de informações cobertas por sigilo, e do art. 7º, II da Lei n. 8.906/94, concernente à inviolabilidade do *escritório* ou *local de trabalho*, dos *arquivos* ou *dados*, *correspondência* e *comunicações do advogado*, salvo em caso de busca e apreensão determinada por magistrado, bem como as normas constitucionais do art. 133, que diz da essencialidade e da inviolabilidade do advogado, por atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, do art. 5º, inciso X, que assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, e do art. 170, IV, que erige a livre concorrência à instância de princípio da ordem econômica. Não me comovem os argumentos sobre um suposto sigilo profissional *em tese* que protegeria os contratos de honorários e seria oponível à ação do Ministério Público Federal. A uma, porque o art. 133 da Carta Magna nada diz a propósito e o Estatuto da Advocacia, que é lei ordinária, não poderia suprimir preceito veiculado por lei complementar. Pela mesma razão, o art. 8º, § 2º da Lei n. 7.347/85 não serviria de barricada à requisição. A duas, porque a própria Lei n. 8.906/94 prevê - *em dispositivo de duvidosa constitucionalidade* - a execução do contrato de honorários nos próprios autos do processo judicial, o que é lógica e ideologicamente incompatível com a noção de sigilo. Raciocínio idêntico aponta a impossibilidade de encaixar-se a peça contratual nas ranhuras da norma que assegura o espaço indevassável de privacidade de cada um de nós. A alegação de afronta à livre concorrência pareceu plausível *primus ictus oculi*. Mas as informações foram elucidativas a respeito, mostrando cabalmente a inexistência de ambiente concorrencial - como admitido pela ANATEL. Para mim, antes e agora, o verdadeiro nó górdio, o aspecto medular da questão, não se refere a um suposto sigilo, mas envolve a *razoabilidade da requisição*. Se de um lado o Ministério Público deve dispor de prerrogativas, meios, ferramentas, instrumentos jurídicos que efetivamente o habilitem para o profícuo e efetivo exercício dos numerosos e complexos papéis que a Constituição da República e a legislação infraconstitucional, notadamente a Lei n. 8.625/93 e a Lei Complementar 75/93, lhe outorgam, sob pena de fracassar em sua missão institucional, de outro é forçoso reconhecer que sua atuação se encontra sujeita à observância dos parâmetros que orientam e balizam a atividade administrativa, tornando-se passível de reexame e controle pelo Poder Judiciário, nos casos de *abuso* ou *excesso de poder*. Daí a importância de que os atos que impliquem constrição de direitos sejam motivados: é através do revolvimento, da dissecação, do confronto e da análise das razões expostas que será possível determinar se o ato se conteve ou não no marco daqueles “*três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade*”¹, isto é: 1) adequação, pertinência,

aptidão (*Geeignetheit*); 2) necessidade (*Erforderlichkeit*); 3) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Daí haver ressaltado, à concessão da liminar, que a leitura dos ofícios ministeriais apontaria possível excesso na requisição, pois não estaria demonstrado *para quê* o MPF precisaria de cópias de contratos de honorários e informações sobre a estratégia jurídica da IMPETRANTE, especialmente quando já há demanda ajuizada, aparentemente pelas mesmas razões que levaram ao desate da investigação ora em curso.

E a análise desse último ponto é bastante à concessão da ordem. Seria um despautério, verdadeiro contra-senso, que sobre os decretos ou requisições judiciais - *genuína expressão do poder jurisdicional* - pesasse eterna e implacável a espada de Dâmocles, ligeira em correr o fio sobre decisões não fundamentadas, e às requisições ministeriais - *emanações episódicas e pálidas desse poder* - se abrissem as veredas de um atuar incontido e à revelia de fundamentação. Sem uma das mais fortes amarras com as quais o Estado Democrático de Direito brinda e prestigia a liberdade, o patrimônio e a privacidade, *como distinguir os embargos legítimos ao exercício desses direitos daquelas que se desenvolvem e se projetam num horizonte de excessos caprichosos e abusos rancorosos dos órgãos públicos?* Como aferir-lhes a razoabilidade, dando concretidade à norma constitucional que determina o controle jurisdicional dos atos e procedimentos administrativos? A regra é um truísmo: *atos desprovidos de motivação idônea, que estendam seus efeitos à esfera de terceiros, como o impugnado, são irregulares e condenam a si próprios ao limbo da nulidade*. As informações prestadas pelo IMPETRADO, ainda que se revelem sólidas e persuasivas, num sedutor convite à reflexão e à indagação acerca dos limites investigatórios do *Parquet* não seriam aptas a suprir vícios ou deficiências de berço, nem tampouco teriam o condão de reavivar um procedimento que já nasceu morto e eviscerado.

É desnecessário descer a lupa sobre os demais argumentos esgrimidos com tanto brilho e afinco por ambas as partes, já que *“a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva ao derredor de todos os pontos e dos padrões legais enunciados pelos litigantes”*, incumbindo *“ao Juiz estabelecer as normas jurídicas que incidem sobre os fatos arvorados no caso concreto (jura novit curia e da mihi factum data tibi jus)”* (RESP 152.546/SC, rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, 13.03.2001; no DJ de 03/09/2001, p. 146, RJADCOAS 28/43, RJADCOAS 31/40). *“O órgão judicial, para expressar sua convicção, não está obrigado a examinar todos os fundamentos postos pelo recorrente, se apenas um deles é suficiente para solucionar a lide, sendo prejudicial dos demais”*

¹ Paulo BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Pp. 396/7.

(RESP 138.476/RS, rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, 2ª Turma, 17.02.2000; DJ DATA:10/04/2000 PG:00072), pois *“a função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a res in iudicium deducta”* (RESp 627.061/RS, rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, 07.10.2004; no DJU de 14.03.2005, p. 283 -; RESp 666.859, rel. Franciulli Netto, 2ª Turma, 07.10.2004; no DJU de 14.03.2005, p. 304 - RESp 645.382/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, 07.12.2004; no DJU de 28.02.2005, p. 232). Assim, *“o julgador não está obrigado a rebater um a um todos os argumentos trazidos pelas partes, visando à defesa da teoria que apresentaram, podendo, apenas, decidir a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis a sua resolução”* (EEARES 436.498/PR, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, 27.04.2004; no DJ DATA:24/05/2004 PG:00160). No mesmo sentido: *“não se vislumbra violação ao art. 535 do CPC se o acórdão recorrido analisou devidamente a questão e adotou fundamentação que lhe pareceu adequada, pois a finalidade da jurisdição é compor a lide e não discutir teses jurídicas nos moldes expressos pelas partes”* (RESP 332.760/RJ, rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª Turma, 10.09.2002; DJ DATA:07/10/2002 PG:00220); *“não há cerceamento de defesa ou omissão de pontos suscitados pelas partes, pois ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes”* (EDRESP 439.465/MS, rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, 16.12.2003; DJ DATA:25/02/2004 PG:00141); e *“a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos”* (cf. EDclEDclREsp 89.637/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 18/12/98) (EDROMS 11.732/GO, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, 18/09/2003; DJ 28.10.2003 p.00361).

A segurança é concedida tão somente pela ausência de fundamentação do ato requisitório ministerial.

DISPOSITIVO

ACOLHO O PEDIDO e CONCEDO A SEGURANÇA para anular, na exata extensão postulada na inicial, a requisição de documentos e informações endereçada à IMPETRANTE, por meio do ofício MPF/PRM/SJM/GAB/APC n. 280/05, nos autos do Procedimento Administrativo n. 1.30.017.000044/2005-89.

Custas, em reembolso, pela União. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 512/STF e 105/STJ).

Oficie-se **imediatamente** por fax ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal relator dos agravos interpostos.

P. R. Intimem-se a IMPETRANTE - por veiculação do Diário da Justiça - a UNIÃO - por mandado, na pessoa de um dos integrantes da AGU - e o MPF - com vista dos autos. Comunique-se ao IMPETRADO.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51). Transcorrido o prazo recursal, subam os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal desta 2ª Região, com as cautelas de praxe e homenagens de estilo.

Regressando os autos, intimem-se as partes para que requeiram o que lhes for de direito, no prazo de 10 dias. *In albis*, dê-se baixa e arquivem-se.

São João de Meriti, em 07 de abril de 2006.

ANDRÉ LENART

Juiz Federal Substituto

LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DE ÓRGÃO PÚBLICO SUBMETIDO A CONTRATO DE GESTÃO

Eugênio Rosa de Araújo
Juiz Federal da 17ª Vara

Processual Civil. Legitimidade passiva de órgão da Administração submetido a contrato de gestão com ministério correlato. Autonomia para responder por seus atos na vigência do contrato de gestão. Aplicação da Teoria da Encampação no âmbito do procedimento comum ordinário.

ORDINÁRIA/OUTRAS

PROCESSO Nº 2003.51.01.011523-6

AUTOR: ROBERTO DOS SANTOS DE LIMA

RÉU: HOSPITAL UNIVERSITÁRIO CLEMENTINO FRAGA FILHO

ROBERTO DOS SANTOS DE LIMA ajuizou a presente AÇÃO ORDINÁRIA, contra o **HOSPITAL UNIVERSITÁRIO CLEMENTINO FRAGA FILHO**, objetivando a condenação da ré ao pagamento da quantia equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos, a título de indenização por danos morais e estéticos e ao pagamento de 2 (dois) salários mínimos mensais, a título de pensionamento, em razão de perda de capacidade laborativa, até a sua morte, acrescidos de correção monetária e juros legais.

Alega, em síntese, que após cirurgia para correção de catarata, nas dependências da ré, perdeu a visão do olho esquerdo; que desde o início do tratamento médico, foi-lhe passado que a cirurgia não oferecia risco e seria a forma certa de regularizar sua visão; que, por erro médico, a sua integridade física foi comprometida, eis que ficou sem a visão e, ainda, esteticamente monstruoso, haja vista que seu olho esquerdo tornou-se totalmente opaco e de aspecto hediondo. Aduz que foi vítima de imprudência, negligência e imperícia médica, merecendo ser reparado pelos danos materiais, gerados pelas elevadas despesas médicas decorrentes do tratamento, pelos danos estéticos, advindos da deformidade permanente e pelos danos morais, provocados pelos traumas emocionais causados pela memória do acidente trágico. Configura o caso como relação de consumo e baseia seu pedido na responsabilidade civil objetiva do estado, prevista no art. 14 do CDC.

Instruindo a inicial vieram os documentos de fls. 10/34.

Deferido o benefício da gratuidade de justiça (fls. 35).

Em sua contestação (fls. 39/46), a ré argüi, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, alegando que quem deve figurar no pólo passivo é a Universidade Federal do Rio de Janeiro. No mérito, sustenta, em suma, que o autor deve comprovar o que alega, por força do disposto no art. 333, *caput* e inciso I e que, se houve efetivamente a ocorrência do dano, este se deu em decorrência de caso fortuito ou força maior, não havendo culpa de qualquer agente do Estado. Sustenta, ainda, que a responsabilidade civil dos médicos se limita a cumprir obrigação de meio e não de resultado.

Às fls. 48/113 a ré junta documentos.

Réplica às fls. 116/119.

As partes não requereram mais provas (fls. 116/119 e 120)

Determinada a realização de prova pericial às fls. 121.

Laudo pericial às fls. 143/150. Manifestação das partes às fls. 154/155 e 158/160.

É o breve relatório.

DECIDO

Repilo a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do réu.

De fato, tradicionalmente os hospitais universitários poderiam ser tidos como órgãos da estrutura maior da autarquia universitária, traduzindo o fenômeno da desconcentração.

Ocorre, porém, que as técnicas de aprimoramento da gestão dos recursos públicos empreendidas pelas recentes reformas administrativas produziram um fenômeno novo, que no caso em testilha, se revela na sua plenitude.

O Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, embora seja órgão da Universidade Federal do Rio de Janeiro, submeteu-se a contrato de gestão ou acordo programa com o Ministério da Educação e Cultura, possuindo CGC (336630053-47) e Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde (CNES nº 2280/67), o que lhe confere autonomia suficiente para responder por seus atos de gestão, sem embargo da indisfarçável solidariedade com a autarquia pela “dívida comum” (art. 275, CC/02), tanto que a autarquia alega a desconcentração de seu órgão hospitalar.

O fato é que temos um órgão desconcentrado que entabulou com a União Federal um contrato de gestão que traduz uma forma de ajuste entre a Administração Direta e Indireta, cujo objetivo é estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público (maior autonomia).

A EC 19/98 introduziu o § 8º do art. 37 da CF/88, prevendo a possibilidade do contrato de gestão com entidades da Administração indireta e órgãos sem personalidade jurídica, da própria administração direta e, com mais razão, da indireta.

No caso, o contrato de gestão foi elaborado com o objetivo de definir metas de desempenho, ampliando a autonomia e permitindo o controle de resultado em função das metas estabelecidas em homenagem ao princípio da eficiência (art. 37, CF/88).

O Hospital Universitário possui autonomia - ainda que temporária - para responder pelos atos que seus agentes pratiquem no exercício de suas atribuições em razão do papel institucional redesenhado pelo contrato de gestão no âmbito do denominado “terceiro setor”.

Sem embargo destas sucintas considerações, vê-se que se aplica ao caso, no que pertine à legitimidade passiva para a causa, a denominada Teoria da Encampação, aplicável em casos de equivocada direção de pretensão a órgão de entidade maior em que esta, a par de alegar a ilegitimidade passiva, defende, no mérito, o ato do órgão do qual exerce poderes de tutela e direção.

A UFRJ ao defender, no mérito, a atuação dos agentes do Hospital Universitário, nada mais fez do que trazer para si a eventual responsabilidade solidária pelo evento danoso, facultando ao autor o direcionamento de posterior execução para a autarquia, caso a autonomia do nosocômio se esfume pelo decurso do prazo do contrato de gestão ou por outra causa idônea à extinção do acordo.

No mérito.

O pedido deve ser julgado procedente em sua integralidade.

Trata-se de pretensão de ressarcimento por danos materiais, morais e estéticos sofridos pelo autor em decorrência de intervenção cirúrgica realizada em seu olho esquerdo, que apresentava catarata a ser sanada com o sobredito tratamento.

A ré alega em seu prolatório a ausência de nexo de causalidade entre o ato cirúrgico e a cegueira do olho esquerdo decorrente da operação.

É preciso colher, portanto, da prova dos autos os elementos necessários à eclosão da responsabilidade objetiva do Estado e a existência de eventuais causas de sua exclusão.

O conjunto probatório deve apontar, assim, o dano, o nexo de causalidade, a oficialidade da conduta e a ausência de excludente da responsabilidade estatal.

Pois bem, é fato incontroverso que o autor se dirigiu ao hospital para curar, mediante cirurgia, catarata que havia em seu olho esquerdo, sendo que da intervenção cirúrgica resultou-lhe a cegueira do referido órgão - esta não pode ser a justa expectativa de quem vai ao hospital e retorna cego.



A prova pericial de fls. 144/150 é bastante elucidativa e dela devem ser extraídos alguns elementos de convicção.

Segundo relata o laudo, “no pós-operatório tardio o paciente foi acometido de hipertensão ocular grave no olho operado, devido a glaucoma neovascular. (pág. 59) Apesar do tratamento o quadro evoluiu para deslocamento da retina e atrofia do globo ocular.”

No item 6 de fls. 145 ficou consignado que era de conhecimento do agente o risco oferecido pelas cirurgias das cataratas pós uveíte, as quais são mais sujeitas a complicações em seu tratamento (grifo nosso).

No item 8, o Sr. Perito informa que caso o paciente não tivesse se submetido à cirurgia, sua visão teria, ao menos, percepção da luz que dispunha antes da intervenção.

No item 10, o Sr. perito ao ser indagado sobre a presença de erro médico, tangencia o tema e, atendo-se a prova dos autos (e então não precisamos de perito...), afirma que estes não dispõem de prova que indique esta possibilidade.

No item 11 o perito afirma que nos exames prévios foi diagnosticado catarata secundária e uveíte.

No item 13 foi detectada deformidade permanente traduzida na redução da fenda palpebral esquerda e, ainda, no item 14 que não há possibilidade de recuperação do olho esquerdo.

Em relação aos quesitos do réu, o perito no item 7 de fls. 148, indica que a crise de hipertensão ocular severa decorrente de glaucoma neovascular estaria provavelmente relacionada à uveíte da qual era portador.

Arremata na sua conclusão de fls. 150 que o glaucoma neovascular é complicação de cirurgia de catarata quando existe uma causa predisponente como a uveíte.

Diante de tal quadro, não há como negar o dano (cegueira do olho esquerdo), o nexo de causalidade (que se configura pela operação arriscada em razão de uveíte pré-diagnosticada e sem que se tenham tomados cuidados extraordinários) a oficialidade da atividade causal (posto que a cirurgia fora realizada em hospital público) e a inexistência de causa excludente da responsabilidade da ré, tais como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Ressalto a previsibilidade da complicação cirúrgica relatada no laudo pericial, que denotou que operações de catarata em pacientes portadores de uveíte, como no caso, oferecem maiores riscos e por isso devem cercar-se de cuidados extraordinários, não aplicados ao paciente.

Já está mais do que assentado não só em sede doutrinária, mas também na jurisprudência que:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO
- TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).

- O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO

- O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.

- A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.
(RE 109615, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081, Rel. Celso de Mello)

Resta, nesse passo, a aferição dos danos materiais, morais e estéticos sofridos.

No que se refere aos danos materiais e morais, devem ser considerados os parâmetros estabelecidos pelo STJ:

INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E DANO MORAL - ACIDENTE DO TRABALHO - DORT (DISTÚRBO OSTEOMUSCULAR RELACIONADO AO TRABALHO) - ARTIGO 1.539 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (950 DO VI-GENTE) - PROVA DO DANO - LUCROS CESSANTES - JUROS MORATÓRIOS - PRECEDENTES DA CORTE

1. O art. 1.539 do Código Civil de 1916 (art. 950 do vigente), na parte final, estabelece que a pensão será correspondente à “importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”. Com isso, o que vale para a fixação do percentual, em princípio, é a incapacidade para o trabalho que exercia no momento do ato lesivo, pouco relevando que haja incapacidade apenas parcial para outras atividades, salvo a comprovação de que o ofendido efetivamente exerce outro emprego remunerado. A mera possibilidade de fazê-lo está fora da presunção legal.
2. Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte.
3. É pertinente a condenação por dano moral quando há lesão à saúde, por menor que seja, ainda mais quando, como no caso, gera incapacidade absoluta e permanente do ofendido para o exercício da sua profissão.
4. A questão dos lucros cessantes fica ao desabrigo, no caso, porque não provado pela instituição financeira que não poderia ter ocorrido.
5. A mais atualizada jurisprudência da Corte entende cabível a constituição de capital para assegurar o pagamento da condenação, não

examinando o acórdão recorrido a possibilidade de sua substituição pela inclusão em folha.

6. Vivo o ofendido, a pensão é vitalícia, na forma de monótona jurisprudência da Corte.

7. Recurso especial da autora conhecido e provido e recurso especial da instituição financeira não conhecido.

(RESP 569351, DJ 04/04/2005, pág. 304, Rel. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO)

Assim, o pensionamento do autor será vitalício, no montante de um salário mínimo, bem como de dano moral que fixo no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos, que nesta data perfazem cento e setenta e cinco mil reais.

No que se refere ao dano estético, sabe-se que o STJ vem permitindo sua cumulação com dano moral quando a deformidade for de molde a causar perene desgosto na vítima e repugnância a terceiros (REsp 156118, Min. Pádua Ribeiro, REsp 750667, Min. Fernando Gonçalves, RESP 264119, Min. Gomes de Barros).

Tendo sido fixado o valor de 500 salários mínimos para a indenização dos danos morais, não há razão ontológica ou legal que permita fixar o dano estético em patamares inferiores àqueles, daí porque fixo também os danos estéticos em 500 (quinhentos) salários mínimos, equivalentes, nesta data, a cento e setenta e cinco mil reais.

As prestações vencidas desde o evento danoso do pensionamento serão acrescidas de juros de 0,5% ao mês até a entrada do Código Civil de 2002, quando então incidirá a taxa SELIC, a teor do art. 406 do CCB.

Tendo em vista que o pensionamento se refere à verba alimentar destinada a manter o direito à vida, apóio-me no entendimento do TRF-2ª Região, relatado pela Dra. Tânia Heine que permite a antecipação da tutela *ex officio* quando sobrepirem a periclitção de direitos indisponíveis (EDAC 187858, Terceira Turma), para determinar a imediata implantaçõ do pensionamento do autor, sob pena de multa de 1.000,00 (um mil reais/dia).

Honorários devem ser fixados na razão de 5% sobre o total da condenaçõ, tendo em vista o trabalho denodado dos causídicos do autor.

O autor poderá direcionar a execuçõ do julgado para o Hospital Universitário ou para a Universidade Federal do Rio de Janeiro, face à possibilidade de extinçõ do contrato de gestão com a União Federal.

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO**, para condenar o Hospital Universitário Clementino Fraga Filho e a Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, solidariamente, ao pagamento de R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), a título

de danos morais e R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) a título de dano estético, bem como ao pensionamento vitalício do autor à percepção de um salário mínimo, apurando-se as prestações vencidas da data do evento por cálculo do contador, incidindo juros de 6% ao ano, acrescido de correção monetária até a vigência do CC/02 e daí em diante a taxa SELIC, a teor do art. 406, sem a incidência de qualquer outro índice.

Determino, de ofício, a implantação, em 15 (quinze) dias, do benefício de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), equivalentes a um salário mínimo, em razão de sopesamento que faço entre a regra do art. 475 do CPC e o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), caso não seja implantado o benefício no prazo assinado.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2006.

EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO

Juiz Federal Titular da 17ª Vara

INDEFERIMENTO DA INICIAL E INDENIZAÇÃO DE GUERRA

Guilherme Couto de Castro

Juiz Federal da 19ª Vara

Trata-se de sentença que aprecia pedido de indenização de guerra, formulado contra País estrangeiro. O caso sob júdice versa sobre a imunidade relativa de jurisdição e a inviabilidade de expedição da Carta Rogatória. Observe-se que vários pedidos similares foram distribuídos à Justiça Federal e o tema, em si, causa perplexidade. E a decisão propugna linha que evita trâmite inútil de Carta Rogatória, com gasto de tempo e trabalho que redundaria em nada.

ORDINÁRIA/OUTRAS

PROCESSO Nº 2006.51.01.016939-8

AUTOR: HERCULES DA COSTA MARQUES FILHO

RÉ: REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

SENTENÇA

I

HERCULES DA COSTA MARQUES FILHO, qualificado na inicial, promove a presente demanda em face da **REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, objetivando a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos materiais e danos morais, estes de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), acrescidos de juros e correção desde o evento e ainda a valores de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), duas vezes, em favor de seus ascendentes.

Como causa de pedir, assinala que é neto de José da Costa Marques e sobrinho de Zacarias Costa Marques, tripulantes do barco pesqueiro “Changri-lá”, que foi covardemente torpedeado pelo submarino nazista U-199, em 1943, nas proximidades de Cabo Frio.

Após longa exposição, anexou mandato e documentos (fls. 70/170).

É o relatório. **DECIDO.**

II

Defiro a gratuidade de Justiça.

O pedido é manifestamente inepto. Ainda que, por hipótese, admitíssemos a ocorrência dos fatos narrados, não há viabilidade para o pleito. Fosse a hipótese regida pelo direito civil, de nada adiantaria a delonga explicativa da inicial: a pretensão está prescrita, e a matéria é cognoscível de ofício, independentemente de alegação pela Ré (art. 219, § 5º, do CPC).

De outro lado, nos termos do artigo 285-A, do CPC, a improcedência pode ser pronunciada liminarmente.

Há mais. Há aspecto principal - que mata a lide no nascedouro: é certo que a imunidade de jurisdição é relativa, e o Autor não precisaria gastar tantas páginas para dizer o óbvio. Mas, no caso, mais óbvio ainda é enxergar que não cabe a órgão Judiciário comum, de um País, fixar indenização de guerra a ser imposta a outro País.

O Brasil declarou guerra à Alemanha em 1942, e o evento descrito na inicial ocorreu em 1943. As eventuais reparações de guerra são acertadas nos termos da rendição e negociações posteriores. Não há a menor chance de a Alemanha sequer aceitar a rogatória.

Isso basta, embora a inicial ainda se multiplique nas impropriedades, inclusive ao formular vários pedidos em favor de terceiros (item III e IV e fls. 68 e 69). Existe, aqui, clara ilegitimidade ativa (além de pérolas, ao referir o tio como ascendente - fls. 69, item IV).

A extinção se impõe, não sem antes dizer que, se o advogado do Autor obtiver êxito em seu pleito, e conseguir que a Alemanha pague alguma indenização, deve imediatamente aprender russo, e visitar o país do caviar: são vinte milhões de mortos na guerra, e seus descendentes aguardam, mais que a um profeta, um advogado que, independentemente de negociações internacionais, lhes consiga uma indenização.

III

Do exposto, ***JULGO EXTINTO O PROCESSO, nos termos do art. 267, I, e 295, I.***

Sem custas, em face da gratuidade de Justiça concedida. P. R. I.

Rio de Janeiro, 6 de outubro de 2006.

GUILHERME COUTO DE CASTRO

Juiz Federal

COMPETÊNCIA FUNCIONAL TERRITORIAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DO INTERIOR

Paulo André Rodrigues de Lima Espirito Santo (Relator)

Juiz Federal da 2ª Turma Recursal

Trata-se de decisão tomada pelas Turmas Recursais do Rio de Janeiro, reunidas em Sessão Plenária na forma do art. 3º, I, do seu Regimento Interno, em que se decidiu declarar a competência do Juizado Especial Federal de Campos em ação envolvendo reajuste de benefício previdenciário. À época em que fora suscitado o incidente de fixação de competência, o Juizado suscitante era adjunto à 1ª Vara Federal de Campos.

A ação sobre reajuste de benefício previdenciário foi ajuizada na Vara Federal de Macaé, sendo o autor residente no Município de Quissamã. A Vara Federal de Macaé remeteu os autos à 1ª Vara Federal de Campos que, entendendo-se incompetente para processar e julgar a causa, instaurou o incidente de fixação de competência (IFC). As Turmas reunidas decidiram pela competência do Juizado Especial Federal de Campos, na forma do art. 45, III e XVI, do Provimento nº 01/2001 da Corregedoria da Justiça Federal da 2ª Região. Entendeu-se inaplicável a regra da competência concorrente do art. 109, § 3º, da CR/88, posto que tal norma trata da concorrência entre o Juízo estadual do local em que reside o segurado da Previdência e o Juízo federal que abrange aquele município e não entre juízos do interior.

Nesse sentido foi a decisão.

RECURSO CÍVEL / OUTROS

INCIDENTE DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA Nº 2003.51.66.000220-5/01

JUÍZO SUSCITANTE: 1ª Vara Federal de Campos

JUÍZO SUSCITADO: 1ª Vara Federal de Macaé

VOTO

Trata-se de incidente de fixação de competência, suscitado pelo Juiz da 1ª Vara Federal de Campos. A ação foi ajuizada em face do INSS, visando à revisão de benefício previdenciário (IRSM-39,67%), por pessoa que reside no Município de Quissamã, abrangido pela competência do juízo suscitante (Campos); foi distribuída originariamente para a Vara de Macaé, que remeteu, de ofício, à Vara Federal de Campos que, por sua vez, instaurou o presente incidente.

É certo que, sendo a parte autora residente no município de Quissamã, segundo o art. 45, III e XVI, do Provimento nº 01/2001 da Corregedoria da Justiça Federal da 2ª Região, estaria o feito adstrito à competência do Juizado Especial de Campos.

A competência absoluta dos Juizados Especiais Federais é fixada expressamente pelo art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, sendo invocada tanto em relação ao Juízo comum daquela localidade (Vara Federal de Campos), quanto a Juizado de outra subseção judiciária. Além disso, existe entendimento de que a competência dos Juízos do interior é de natureza funcional territorial e, portanto, absoluta, não podendo a parte autora, sujeita à jurisdição de uma determinada vara federal ou Juizado, deslocar a sua causa para outra subseção judiciária (TRF da 2ª Região: CC nº 6379 e CC nº 4883).

Não cabe invocar, aqui, o caráter social das causas previdenciárias envolvendo segurados do INSS. De fato, segundo entendimento reiterado do STF sobre o art. 109, § 3º, da CR/88 (verbete nº 689 de sua Súmula de Jurisprudência), reconhecido no Enunciado nº 35 das Turmas Recursais, as causas envolvendo o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) estão sujeitas à competência concorrente. Ocorre que, de acordo com os entendimentos acima mencionados, a concorrência se dá entre o juízo federal a que está sujeito o jurisdicionado e a vara federal da capital da Seção Judiciária, não havendo competência concorrente entre duas varas do interior.

A única situação de concorrência de juízos seria entre a Vara Estadual que abrange o município de Quissamã e a Vara Federal de Macaé (art. 109, § 3º, da CR/88).

Não se aplica, ao caso concreto, a regra da competência concorrente do art. 109, §2º, da CR, exclusiva das ações propostas em face da União, não abrangendo o INSS.

Precedentes: Incidentes de Fixação de Competência (IFC) nº 2003.51.60.013312-5 e 2003.51.66.000196-1.

Deve ser reconhecida, portanto, a competência do Juízo de Campos em caso de jurisdicionado residente nos municípios descritos no art. 45, III, do Provimento nº 01/2001 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 2ª Região, conforme já foi decidido pelas Turmas Recursais em Sessões Conjuntas anteriores.

Incidente de Fixação de Competência conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal de Campos, suscitante, para processar e julgar a ação visando à revisão de reajustes de benefício previdenciário, ajuizada por Nelson Pinto.

É como voto.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2006.

PAULO ANDRÉ ESPIRITO SANTO

Juiz Federal Relator

EMENTA

PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CAUSA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL ABSOLUTA. DOMICÍLIO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

- A competência absoluta dos Juizados Especiais Federais é fixada expressamente pelo art. 3º, §3º, da Lei 10.259/2001, sendo invocada tanto em relação ao Juízo comum daquela localidade (Vara Federal de Campos), quanto a Juizado de outra subseção judiciária. Além disso, existe entendimento de que a competência dos Juízos do interior é de natureza funcional territorial e, portanto, absoluta, não podendo a parte autora, sujeita à jurisdição de uma determinada vara federal ou Juizado, deslocar a sua causa para outra subseção judiciária (TRF da 2ª Região: CC nº 6379 e CC nº 4883).
- Não cabe invocar, aqui, o caráter social das causas previdenciárias envolvendo segurados do INSS. Precedentes.
- Incidente conhecido. Fixação da competência para a Vara Suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Juízes Federais das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em sessão plenária, conhecer do Incidente de Fixação de Competência e negar-lhe provimento, declarando a competência do Juízo suscitante, 1ª Vara Federal de Campos/RJ. Votaram o Juiz Federal Relator, Paulo André Espirito Santo, e os Juízes Lucy Costa de Freitas Campani, Renato César Pessanha de Souza, Adriana Barreto de Carvalho Rizzotto, Bianca Stamato Fernandes, Alfredo Jara Moura e Marcelo Luzio Marques Araújo.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2006.

PAULO ANDRÉ ESPIRITO SANTO

Juiz Federal Relator

DESCABIMENTO DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (ART. 14, LEI Nº 10.259/2001) PARA DISCUTIR QUESTÕES DE ORDEM PROCESSUAL

Paulo André Rodrigues de Lima Espirito Santo (Relator)

Juiz Federal da 2ª Turma Recursal

Trata-se de decisão monocrática que não admitiu pedido de uniformização nacional de jurisprudência, por conter discussão acerca da forma de intimação de procuradores federais do INSS. Na forma do art. 5º, § 1º, do Regimento Interno das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, não conheci o incidente suscitado, posto que o art. 14 da Lei 10.259/2001 enuncia somente ser cabível o pedido de uniformização quando houver divergência entre decisões de direito material proferidas por Turmas Recursais de diferentes Seções Judiciárias.

Além disso, a Turma Nacional de Uniformização já possui precedentes nesse sentido, tendo editado a Súmula nº 7, que afirma ser inadmissível o incidente de uniformização versando sobre honorários advocatícios por se tratar de questão de direito processual. Sendo uma decisão referente ao cabimento do Incidente de Uniformização Nacional, entendo pertinente a discussão da matéria na presente revista que versa sobre Direito Processual Civil.

RECURSO/SENTENÇA CÍVEL

PROCESSO Nº 2003.51.51.009417-9/01

RECORRENTE: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

RECORRIDO: MANOEL MARCELINO

DECISÃO

O presente incidente de uniformização nacional foi suscitado pelo INSS, invocando divergência entre decisão proferida nesta Turma e decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais, acerca da forma de intimação dos procuradores++ federais.

O cabimento dos incidentes de uniformização, no âmbito das Turmas Recursais, está regulado pela Lei 10.259/2001, em seu art. 14, que prevê a possibilidade de pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência

entre decisões de direito material proferidas por Turmas Recursais, podendo ser suscitada a divergência quando houver conflito de entendimentos entre decisões proferidas dentro da mesma Turma Recursal, entre Turmas da mesma região, entre Turmas Recursais de regiões diversas ou entre decisão de Turma Recursal e súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

As questões atinentes à forma de intimação das partes é questão de direito processual. Por força do disposto no art. 14 da Lei 10.259/2001, conforme mencionado acima, somente será cabível o pedido de uniformização quando houver divergência entre decisões de direito material, não sendo admitida aquela discussão em sede de pedido de uniformização.

No mesmo sentido já decidiu a Turma Nacional de Uniformização, ao apreciar os Pedidos de Uniformização nº 2002.50.50.090231-1, 2002.50.50.090196-3 e 2002.50.50.090241-4, quando foi editada a Súmula 07, com o seguinte teor: “*Descabe incidente de uniformização versando sobre honorários advocatícios por se tratar de questão de direito processual*”.

Assim, não havendo previsão legal para a discussão de matéria de direito processual em sede de Uniformização Nacional, **INADMITO** o incidente suscitado.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2006.

PAULO ANDRÉ ESPIRITO SANTO

Juiz Federal Relator - Presidente da 2ª Turma Recursal

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO E EXECUÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA JUSTIÇA FEDERAL

Vigdor Teitel

Juiz Federal da 4ª Vara de Execução Fiscal

Trata-se de decisão final sem mérito que aborda, de forma esquemática, a problemática da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e a possibilidade de cobrança do crédito fiscal.

Com robusto suporte jurisprudencial, o juízo acolhe a tese da impossibilidade jurídica do pedido, vez que, no caso sob exame, deve prevalecer a proteção patrimonial ao Estado Estrangeiro, como normatizado na Convenção de Viena.

EXECUÇÃO FISCAL

PROCESSO Nº 2000.51.01.523910-8

AUTOR: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RÉU: REPÚBLICA ITALIANA

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de Execução Fiscal promovida pelo **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** em face da **REPÚBLICA ITALIANA**, tendo por objeto a cobrança de 162.508,1474 UFIRs a título de Imposto Predial e Territorial Urbano, Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Urbana e, Taxa de Iluminação Pública.

É o relatório do necessário.

DECIDO

Cuida-se de questão recorrente nas Varas de Execução Fiscal, a execução dos créditos tributários municipais oriundos das exações acima nominadas, incidentes sobre local onde se situa repartição consular.

Cumpra examinar, inicialmente, o tema referente à imunidade de jurisdição.

Neste mister, duas teorias regem a matéria: a da imunidade absoluta e a da imunidade relativa dos Estados Estrangeiros.

A primeira, plenamente admitida até o início do Século XX, propugnava que o Estado estrangeiro não podia sujeitar-se à jurisdição de outro.

Tal posicionamento foi sofrendo algum abrandamento, ante a constatação de que alguns países não observavam esta diretriz, quando o ente de Direito Público externo se nivelasse ao particular em atos de negócio ou de gestão, surgindo, assim, a segunda teoria, a da imunidade relativa, na medida em que deveria ser respeitada, somente, a imunidade dos atos praticados pelo Estado estrangeiro, oriundos da sua condição soberana, ou seja, *jus imperii*.

A jurisprudência do Pretório Excelso acerca da matéria também se modificou ao longo do tempo, ao proclamar a inexistência de imunidade jurisdicional em causas de natureza trabalhista.

Confira-se a respeito o seguinte julgado, *in verbis*:

EMENTA

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - LITÍGIO ENTRE ESTADO ESTRANGEIRO E EMPREGADO BRASILEIRO - EVOLUÇÃO DO TEMA NA DOUTRINA, NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA IMUNIDADE JURISDICIONAL ABSOLUTA À IMUNIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE RELATIVA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO - OS ESTADOS ESTRANGEIROS NÃO DISPÕEM DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, PERANTE O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NAS CAUSAS DE NATUREZA TRABALHISTA, POIS ESSA PRERROGATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO TEM CARÁTER MERAMENTE RELATIVO.

- O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644).

- Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS.

- A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento

das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes.

(STF/2ª T; RE 222.368-AgR/PE; Rel. Min. Celso de Mello; DJ 14/02/03).

Todavia, não obstante a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça inclinar-se no sentido da inexistência de imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro no tocante à cobrança dos créditos fiscais, tal como se verifica nos ROs de nº 6 e 7, ambos oriundos do Rio de Janeiro, relatados pelos eminentes Ministros Garcia Vieira e Peçanha Martins, e publicados no DJ de 10/05/1999 e 06/12/1999, respectivamente, não podem ser ignoradas, quanto à questão tributária, as Convenções de Viena de 1961 e de 1963: sobre Relações Diplomáticas (Decreto nº 56.435/65) e sobre Relações Consulares (Decreto nº 61.078/67), cujo teor dos dispositivos pertinentes são os seguintes:

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS

Artigo 23

1. O Estado acreditante e o Chefe da Missão estão isentos de todos os impostos e taxas, nacionais, regionais ou municipais, sôbre os locais da Missão de que sejam proprietários ou inquilinos, excetuados os que representem o pagamento de serviços específicos que lhes sejam prestados.

2. A isenção fiscal a que se refere êste artigo não se aplica aos impostos e taxas cujo pagamento, na conformidade da legislação do Estado acreditado, incumbir as pessoas que contratem com o Estado acreditante ou com o Chefe da Missão.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES CONSULARES

Art. 32.

Isenção fiscal dos locais consulares

1. Os locais consulares e a residência do chefe da repartição consular de carreira de que for proprietário ou locatário o Estado que envia ou pessoa que atue em seu nome estarão isentos de quaisquer impostos e taxas nacionais, regionais e municipais, excetuadas as taxas cobradas em pagamento de serviço específicos prestados.

2. A isenção fiscal prevista no parágrafo 1º do presente artigo não se aplica aos impostos e taxas que, de acordo com as leis e regulamentos

do Estado receptor, devam ser pagos pela pessoa que contratou com o Estado que envia ou com a pessoa que atue em seu nome. (com redação dada pelo Decreto nº 95.711/88)

Analisando as normas supra, verifica-se que somente foi excetuado o pagamento de “taxas” devidas por serviços prestados, o que, tecnicamente, corresponde aos preços públicos. Quanto às taxas propriamente ditas, que podem ter como contraprestação um serviço potencialmente utilizável, tal como definidas no art. 77, do CTN, devem ser abrangidas pela norma isentiva.

Desta maneira, com relação à execução de tributos, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou seu entendimento no sentido de que, nessa área, vigora, plenamente, a imunidade de jurisdição.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados, *in verbis*:

EMENTA

CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO: EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA UNIÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. Convenções de Viena de 1961 e 1963.

I - Litígio entre o Estado brasileiro e Estado estrangeiro: observância da imunidade de jurisdição, tendo em consideração as Convenções de Viena de 1961 e 1963.

II - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ACO 522-AgR/SP e 634-AgR/SP, Ministro Ilmar Galvão, Plenário, 16.9.98 e 25.9.2002, “D.J.” de 23.10.98 e 31.10.2002; ACO 527-AgR/SP, Ministro Nelson Jobim, Plenário, 30.9.98, “D.J.” de 10.12.99; ACO 645/SP, Ministro Gilmar Mendes, “D.J.” de 17.3.2003.

III - Agravo não provido.

(STF/Tribunal Pleno; ACO 524-AgR/SP; Rel. Min. Carlos Velloso; DJ 09/05/03).

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA PELA FAZENDA FEDERAL CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO.

A imunidade de jurisdição não sofreu alteração em face do novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional e no âmbito do direito comparado (cf. AgRg 139.671, Min. Celso de Mello, e AC 9.696, Min. Sydney Sanches), quando o litígio se trava entre o Estado brasileiro e Estado estrangeiro, notadamente em se tratando de execução. Orientação ratificada pelo Corte (AGRACOs 522 e 527).

Agravo regimental improvido.

(STF/Tribunal Pleno; ACO 634-9-AgR/SP; Rel. Min. Ilmar galvão; DJ 31/10/02).

Para concluir, colho elucidativa passagem do voto proferido pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence nos autos do AGRACO nº 527-9/SP, publicado no DJ de 30/09/1998, *in verbis*:

Entendo que em se tratando de execução, e execução fiscal, o caso é de impossibilidade jurídica e, portanto, independe de prévia audiência do Estado estrangeiro para submeter-se, ou não, a jurisdição brasileira.

Isto posto, nos termos da fundamentação supra, **JULGO EXTINTA** a presente execução com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Sem custas ou honorários.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2003.

VIGDOR TEITEL

Juiz Federal

4ª Vara de Execuções Fiscais



Além da
Doutrina

EXECUÇÃO DE MANDADOS: SOLUÇÕES PRÁTICAS NO PROCESSO CIVIL

Rebeca Sobreira Fernandes

Analista Judiciário/Execução de Mandados

RESUMO

O presente trabalho foi apresentado no Seminário de Oficiais de Justiça, realizado no dia 8/11/2006, no auditório do Foro Desembargadora Federal Marilena Franco, na Avenida Venezuela. Os temas escolhidos são os que apresentam maior dificuldade na prática da execução de mandados. São eles: o mandado de reintegração de posse e as várias diligências que ele encerra, culminando com o cumprimento propriamente dito da ordem; o cumprimento de mandados em área de risco, problema crescente no dia-a-dia dos oficiais de justiça e que não pode mais ser ignorado, no qual se reclama uma regulamentação também na área cível; o mandado de busca e apreensão de remédios e a dificuldade de transporte e acondicionamento; e, por fim, o mandado de verificação de cumprimento de ordem judicial e o exemplo de uma diligência realizada, que bem representa a enorme dificuldade desse tipo de mandado.

PALAVRAS-CHAVE

Mandado de Reintegração de Posse. Áreas de risco. Mandado de Busca e Apreensão de Remédios. Mandado de Verificação de Cumprimento de Ordem Judicial

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Mandado de Reintegração de Posse 3. Áreas de risco 4. Mandado de Busca e Apreensão - remédios 5. Mandado de Verificação - cumprimento de ordem judicial 6. Conclusão

1. Introdução

O material elaborado foi obtido através de entrevistas com oficiais de justiça. Ele tenta espelhar um conhecimento prático da execução de mandados que não pode ser obtido em livro ou manual algum, daí a inexistência de bibliografia. Trata-se daquele conhecimento tácito existente na profissão, passado no “boca-a-boca” dos mais velhos para os mais novos. Reflete as dificuldades encontradas no dia-a-dia de cumprimento de mandados nas ruas e as soluções encontradas.

No que tange ao mandado de reintegração de posse, os problemas vão desde o cumprimento de mandados em áreas de risco, até o enfrentamento de movimentos sociais como o “MST” ou os “Sem-Teto”. Grandes dificuldades são também encontradas pelos oficiais de justiça durante o cumprimento da ordem, e revela-se salutar a possibilidade de contato direto com o magistrado. Outra solução apontada seria a visão de conjunto das ações e dos respectivos mandados, o que demanda um planejamento prévio das diligências.

Em relação ao cumprimento de mandados em áreas de risco, a gravidade do problema é patente, tendo em vista a situação de violência em nossa cidade, realidade enfrentada diariamente pelos oficiais de justiça no cumprimento do seu dever de ofício. O alto grau de risco a que eles são expostos contrapõe-se ao resultado prático dessas diligências, que, no mais das vezes, resultam infrutíferas. A questão merece atenção por parte da instituição e demanda regulamentação, à semelhança do já ocorrido na seara criminal.

O mandado de busca e apreensão de remédios vem suscitando dificuldades de transporte e acondicionamento dos objetos apreendidos, conforme exposto no texto.

Por fim, o mandado de verificação de cumprimento de ordem judicial, que apresenta uma série de dificuldades: geralmente encerra matéria complexa; normalmente não vem instruído com todos os dados necessários à verificação e depende, para seu cumprimento, que a parte forneça documentos e conceda livre acesso ao oficial. Melhor seria a expedição de ofício.

2. Mandado de Reintegração de Posse

O oficial de justiça está exposto, no cumprimento do mandado de reintegração, a dificuldades que muitas vezes não consegue superar sozinho.

A realidade com que se depara no cumprimento desse tipo de diligência põe em contato direto com uma série de conflitos sociais. Desde a crescente ocupação irregular do solo urbano, com a proliferação das denominadas favelas, até o enfrentamento de movimentos, como o MST ou os “Sem-Teto”.

Se a ineficiência do Estado em setores como habitação, reforma agrária ou planejamento ordenado do solo urbano acarreta uma série de conseqüências sociais, no dia-a-dia do trabalho do oficial o impacto é ainda maior.

O Judiciário não pode simplesmente adotar uma posição de admitir a simples expulsão dos réus em ações dessa natureza, sem medir a repercussão social de suas decisões, relegando ao oficial de justiça a difícil tarefa de executar a decisão judicial de

qualquer forma, expondo-o, nessas hipóteses, a grande risco. Além disso, é comum que se depare nessas localidades com a presença de idosos e crianças.

Uma hipótese que ilustra bem claramente a questão seria a das ações de reintegração de posse de imóveis da União - Ministério da Aeronáutica, situados na Ilha do Governador.

Conforme foi relatado por um dos oficiais responsáveis pela diligência, além da área ser de difícil acesso, isto é, área de risco, havia um acordo entre os ocupantes dos imóveis da União para não fornecer qualquer tipo de informação sobre pessoas ou endereços, inclusive descaracterizando a numeração dos imóveis para obstruir a ação judicial. Além disso, em determinados casos, chegaram a colocar outras pessoas para ocupar o imóvel, causando proposital confusão para evitar a identificação dos verdadeiros ocupantes.

Como foram diversas ações de reintegração propostas e se tratava de uma área muito extensa, obteve-se êxito nas primeiras diligências, mas com o prosseguimento do cumprimento dos mandados, houve reação de grande comoção, revolta e hostilidades crescentes, já que os habitantes passaram a identificar os oficiais de justiça como os agentes responsáveis pela retirada de suas moradias.

Essas dificuldades foram relatadas através de certidão às varas, sugerindo em seu texto que fosse adotada citação através de via postal. Ocorre que nem mesmo os carteiros, normalmente bem recebidos em qualquer comunidade, conseguiram realizar o seu trabalho e obter a identificação no AR.

Assim, novos mandados foram expedidos, tornando-se indispensável o auxílio de força policial. Os mandados também foram distribuídos em grupos de oficiais, evitando-se, assim, o desgaste dos oficiais daquela área, já que eles estavam visados.

A união das pessoas que estão numa mesma situação, na iminência de perder suas moradias, e a identificação que essas fazem da figura do oficial de justiça como o agente responsável pelo infortúnio que está prestes a acontecer pode gerar conseqüências ainda mais graves.

Como foi amplamente divulgada pelos meios de comunicação, a hipótese de reintegração da posse envolvendo imóvel da União no Jardim Botânico foi um bom exemplo. Naquele caso, a comoção dos moradores foi tamanha, que a própria integridade física dos oficiais ficou em risco. Apenas com o uso da força bruta se conseguiria reintegrar a posse, pondo em risco a segurança de todos os envolvidos. Mesmo o aparato policial requisitado não foi suficiente para conter os ânimos exaltados. Outro ingrediente que colaborou para o enorme clima de tensão deve-se ao fato de que políticos se aproveitaram da situação para tentar convencer os oficiais pelo não-cumprimento da ordem, tentando se valer demagogicamente do episódio, já que os oficiais outra coisa não faziam senão

dar cumprimento à lei. Havia enorme pressão de todos os lados, sendo a questão ainda acompanhada de perto pelos meios de comunicação.

Os oficiais de justiça, então, sem vislumbrar a possibilidade de cumprimento da ordem diante do caos instalado, tentaram entrar em contato direto com o magistrado, e encontraram dificuldades. Por fim, conseguiu-se estabelecer esse contato direto, para que os oficiais pudessem respaldar sua conduta de suspender o prosseguimento da diligência.

Nessas situações em que o oficial se vê diante de situações críticas em que não consegue dar cumprimento à ordem do juiz, não por vontade sua, mas diante da situação encontrada, é preciso que ele se sinta respaldado pela instituição. O contato direto com o magistrado é capaz de evitar uma série de equívocos: o oficial, diante de situações de dúvida, nada mais quer do que saber a orientação do magistrado para obter o fiel cumprimento da vontade judicial e da lei, evitando, assim, qualquer suspeição sobre sua conduta; o magistrado, por sua vez, pode orientar o oficial pelo que ele entende ser a conduta mais adequada naquela situação.

Casos como esses do Jardim Botânico e da Ilha do Governador indicam que as respectivas ações e seus mandados não devem ser vistos isoladamente. Somente uma visão de conjunto do problema apresentado pode mostrar as soluções mais adequadas, demandando um prévio planejamento para que se obtenha o cumprimento dos mandados de forma eficaz.

Um exemplo de atuação nesse sentido, embora não diga respeito ao âmbito das ações possessórias, no qual se obteve pleno êxito e boa repercussão nos meios de comunicação, foi a recente operação de fechamento dos bingos. Os mandados foram recebidos na antiga Seman, atual Semci, quando então a Vara e o Ministério Público Federal estabeleceram contato com a direção da Seção. Foi decidido que os mandados não seriam distribuídos no plantão, e sim a um grupo de oficiais. Foi realizada uma reunião para organizar a diligência, contando com a presença do MPF e da Polícia Federal. Os mandados foram cumpridos ao mesmo tempo pelos diferentes oficiais em diversas localidades, evitando-se, assim, o vazamento da informação e a conseqüente frustração da diligência.

Outro importante aspecto diz respeito aos esforços envidados pelo oficial de justiça na tentativa de retirada espontânea do réu. Embora nem todos os casos de reintegração sejam passíveis de solução pacífica, é importante que seja “gasto algum tempo” nessa investida perante a parte ré.

É preciso que seja adotada uma postura racional por parte do oficial de justiça, com a finalidade de se atingir uma solução pacífica e atender à função social do Poder Judiciário.

Várias são as vantagens alcançadas: menor custo para o autor; redução do trabalho do próprio oficial de justiça e menor impacto social da medida. Em relação a esse último aspecto, tendo em vista a crescente atuação de diversos movimentos sociais, é uma questão que deve ser ressaltada.

Deve se levar em conta que o oficial de justiça, ao fazer a aproximação junto a movimentos sociais como o MST e os “Sem-Teto” para tentar que os réus se retirem espontaneamente, que a sua figura representa a do Estado, normalmente não é bem visto para aquelas pessoas. No entanto, é recomendável que não se faça o oficial de justiça acompanhar desde logo de força policial, à semelhança da praxe normalmente utilizada por todos para ingressar em favelas, evitando-se, assim, o acirramento dos ânimos.

É comum que esses movimentos sociais contem com uma organização interna, sendo alguns deles representados inclusive por advogados. Não é recomendável também a utilização de palavras como líder, chefe, elemento, porque elas remetem a um jargão policial, e o que se menos deseja nessa situação é a identificação da atuação do oficial com a da polícia.

Deve ser mencionado que colegas nossos obtiveram pleno êxito em intimações realizadas em ocupações e em conseguir que os réus se retirassem espontaneamente nas reintegrações, por exemplo, do BNDES e na ocupação de estudantes na Uni-Rio.

Por último, vale a pena ser mencionado que, a despeito de todo o trabalho realizado pelo oficial de justiça para reintegrar o autor na posse, esta venha a ser perdida pelo proprietário, que novamente vem acorrer ao Judiciário com o mesmo pedido. Isso normalmente ocorre quando ele não dispõe de aparatos para a manutenção da posse, como vigia, por exemplo, ou quando não dá destinação imediata àquele bem, possibilitando, assim, que ele venha a ser novamente invadido.

É preciso que sejam adotadas medidas para evitar o desperdício do trabalho despendido e o conseqüente desgaste da imagem do Judiciário. Melhor seria, em determinadas hipóteses, postergar o cumprimento da diligência.

3. Áreas de risco

O cumprimento de diligências em áreas de risco é um problema crescente na realidade dos oficiais de justiça. Se a questão da violência no Rio de Janeiro pode ser vista como algo alarmante, aumentando a cada dia as áreas de risco em extensão e quantidade de moradores, no que tange ao cumprimento de mandados ela ganha contornos ainda piores, ao se levar em conta que a presença do oficial de justiça nessas localidades representa a presença do Estado. Se há lugares onde nem a presença de carteiros é aceita, sendo estes obrigados a deixar as correspondências nas associações de moradores, o que dizer da presença do oficial de justiça?

É notório que o controle dessas localidades pelo tráfico de drogas conta, atualmente, com uma faixa etária cada vez mais reduzida de seus participantes, e seria demais exigir desses uma clara distinção da figura do oficial e da polícia.

Para se ingressar nesse tipo de localidade, é preciso autorização das ditas “autoridades locais”, o que resulta na difícil posição de estar-se “aliando” ao tráfico, ou o contrário, isto é, opondo-se a ele. É difícil escolher o que seria pior.

A situação de risco enfrentada pelos oficiais parece não ser diminuída se a diligência é favorável ao morador daquela comunidade, como nas diligências dos Juizados. Além do mais, com sua conduta, leva o mesmo risco para aquela pessoa, que passará a contar, possivelmente, com retaliações por parte dos traficantes locais.

Se a situação de risco é sempre presente, o mesmo não pode ser dito dos resultados práticos desse tipo de diligência. Isso porque é uma constante nessas localidades que não se encontre o endereço referido no mandado, já que é sabido que os nomes das ruas são trocados e as placas, arrancadas. Obrigada fica o oficial de justiça a contar com informações dos moradores, o que é praticamente impossível, já que é vigente uma “lei de silêncio”. Quando se consegue qualquer informação, ela não é confiável, já que varia se a diligência traz benefício para o morador ou não. Isso também gera problemas com relação a certidões contraditórias de diferentes oficiais de justiça, que podem ter recebido informações diferentes.

Em relação ainda à obtenção de resultados práticos das diligências, o custo-benefício é ainda menor quando se trata de um mandado de penhora, por exemplo, no qual a probabilidade de se encontrar algum bem penhorável é praticamente igual a zero.

É preciso que a questão seja vista com maior sensibilidade por parte da instituição e dos próprios magistrados. Sabemos que alguns ainda olham com desconfiança o trabalho dos oficiais de justiça e o fato de algumas diligências resultarem negativas em razão da inacessibilidade desses lugares, não se conformando com o fato de praticamente poder se afirmar que há uma parte do Estado em que não se pode exercer o poder estatal.

Devem se esgotar todos os meios possíveis para se evitar a ida do oficial nessas localidades, restringindo sua atuação às situações estritamente necessárias. Para isso, deve haver um mesmo entendimento não só por parte dos magistrados, mas também dos funcionários das varas, em uma conjugação de esforços.

Todos sabemos que várias alternativas podem ser aplicadas. Uma solução adotada por parte de alguns magistrados, mandar desentranhar o mandado para que ele seja cumprido com auxílio de força policial, não é vista pelos oficiais como uma boa alternativa, a não ser que seja uma diligência de reintegração de posse, por exemplo,

quando resta como o único meio possível. A ida do oficial acompanhado da polícia o coloca em uma posição francamente contrária à marginalidade local, fazendo com que ele fique marcado. Isso se torna um problema muito grave quando lembramos que os oficiais estão vinculados à área geográfica, e que devem retornar ali para cumprir outras diligências.

Entre as alternativas viáveis, podemos citar o uso do telexograma, praxe já adotada nos Juizados Especiais, que relega a atuação do oficial aos casos estritamente necessários. É preciso que se tenha atenção ao fato que se o AR ou telexograma retornar sem que o carteiro localize o endereço, não se deve renovar a diligência por oficial de justiça, já que o resultado será o mesmo e o oficial de justiça estará sujeito a riscos bem maiores que o primeiro. Quando é realmente necessária a expedição do mandado, o simples fato de se indicar telefone já é um enorme auxílio, viabilizando a entrada do oficial na localidade com maior segurança. Também foi noticiada por alguns colegas a praxe adotada no juizados de, em diligências relativas a audiência, juntamente com o mandado, ser expedido também o telexograma, havendo uma conjugação de esforços da vara e do oficial de justiça.

Tratando-se de mandado de verificação, uma alternativa que poderia ser estudada seria a expedição de ofício à assistente social dos quadros da Justiça Federal. Além desse tipo de profissional contar com um preparo acadêmico adequado à exata avaliação da situação socioeconômica da família do autor, seu ingresso na comunidade representaria um risco bem menor.

Em relação à diligência de penhora, a expedição do mandado poderia ser condicionada à prévia indicação de bens pelo exequente. A não ser que este localize bens, sabemos que resultará em uma diligência infrutífera.

A adoção da portaria dos juízes federais criminais para o âmbito cível já seria um grande avanço, porque representaria uma padronização dos procedimentos, evitando-se, assim, a suspeição da atuação do oficial de justiça. Essa portaria permite ao oficial não ingressar na área de risco se, ao indagar no Batalhão da Polícia Militar se a área tem confrontos armados freqüentes, obtiver resposta positiva. É opinião, no entanto, dos oficiais de justiça que a informação mais fidedigna, nesse caso, seria a do carteiro que cobre a área, porque é muito mais isenta. Mesmo que a resposta seja negativa, isto é, se no Batalhão de Polícia Militar for o oficial informado de que não se trata de área de confrontos armados, ele poderia interromper a diligência se houver risco para a sua segurança pessoal, devendo, em ambos os casos, lavrar certidão pormenorizada, indicando a inacessibilidade do local da diligência. Logo, não se trata de um cheque em branco dado aos oficiais, visto que eles não podem se valer, por exemplo, de diligências anteriores.

4. Mandado de Busca e Apreensão - remédios

A dificuldade de acesso da população à saúde e aos medicamentos em geral vem fazendo com que se avolume esse tipo de ação na Justiça Federal. Em razão disso, nota-se a dificuldade dos oficiais de justiça no cumprimento dos mandados de busca e apreensão de remédios, no que tange a seu transporte e acondicionamento. Determinados medicamentos, em razão de sua especificidade, necessitam de transporte e acondicionamento adequados. Tem sido relatado por alguns oficiais que, após obter êxito no cumprimento da diligência, não conseguem entregar o medicamento recebido na vara. Se o medicamento for entregue na CCOM, a dificuldade fica a cargo desta, que também não dispõe de meios para seu acondicionamento adequado. Quando a diligência é da Justiça Gratuita, ela se dispõe a guardar o remédio. O ideal, nesse tipo de diligência, é que se combine previamente com a parte autora, para que receba no ato o medicamento, evitando-se, assim, qualquer problema. A vara, ao remeter o mandado para a CCOM, já deveria fazer esse contato com a parte autora, viabilizando que ela acompanhasse a diligência.

5. Mandado de Verificação - cumprimento de ordem judicial

O mandado de verificação de cumprimento de ordem judicial apresenta uma série de dificuldades no seu cumprimento.

Vou utilizar-me do exemplo de uma diligência realizada. Trata-se de um mandado de verificação de cumprimento de uma sentença que determinava a expedição de uma licença de exportação. A oficial de justiça se dirigiu ao Ibama, e foi informada de que ele seria apenas o órgão anuente, e que as referidas licenças seriam expedidas pelo Decex, não tendo sido na ocasião apresentada qualquer documentação. Esse já seria o primeiro inconveniente desse tipo de mandado: já que o oficial de justiça depende de que a parte forneça documentação ou acesso a livros, processos administrativos e outros, na realidade, ele não está verificando o cumprimento da ordem e tais informações prestadas ao oficial não podem se revestir do atributo da autenticidade nem estarem acobertadas pela fé pública do oficial de justiça, já que não seriam atos ou situações que ele próprio teria visualizado ou ouvido.

Prosseguindo na diligência, a oficial se dirigiu ao Decex. Lá, obteve a informação de que todo o procedimento de obtenção da licença seria feito por um sistema chamado Siscomex, e que esse sistema seria informatizado, dependendo de um pedido formulado pelo importador através de uma senha fornecida pela Receita Federal. Mais uma vez, deparou-se

a oficial com a impossibilidade de ela própria proceder à visualização da situação a que buscava verificar, agravando-se o problema em razão da complexidade da matéria.

Como, nesse caso, o oficial está tendo contato pela primeira vez com a matéria, o que geralmente ocorre, é normal que ele não disponha de subsídios para analisar se a ordem foi cumprida ou não, dependendo de explicações dadas pela parte a quem se alega o descumprimento. Essas informações, portanto, não são totalmente isentas, e fica o oficial de justiça, no mínimo, em uma situação difícil, já que o cumprimento do seu dever vai ter por base informações de alguém que terá todo interesse em convencê-lo de que a ordem foi cumprida.

O funcionário do Decex, então, procedeu a uma pesquisa no sistema informatizado, em que somente ele possuía senha para tal, e obteve inicialmente a informação de que não existia nenhum pedido para análise por parte do Decex e, posteriormente, de que havia uma licença deferida após a sentença, constando que essa fora deferida em razão de decisão judicial e só estaria em situação de análise em razão da ausência de anuência do Ibama.

Nesse momento, deparou-se a oficial de justiça com a dificuldade de saber se o exportador que constava na licença era o mesmo do mandado de segurança, já que, nas faturas que tinham originado o pedido, constava nome diverso.

Ela ainda foi informada de que, conforme a documentação existente no Decex, havia decisão do Tribunal Regional Federal que concedera efeito ativo a agravo de instrumento interposto pela parte autora e, com base nessa decisão, várias licenças foram expedidas, tendo sido algumas, até aquele momento, utilizadas.

Cabe ressaltar que precisou a oficial ligar para a vara para confirmar tais informações, imprescindíveis para a verificação da ordem e que não constavam do mandado. Isso porque havia várias licenças expedidas, e a oficial precisava identificar se tais licenças tinham por base a sentença que se alegava descumprida ou a decisão do Tribunal Regional Federal que concedia efeito ativo ao agravo de instrumento. Concluiu-se, então, que essa é mais uma falha encontrada nesse tipo de mandado: normalmente ele não vem instruído com todos os dados necessários à verificação da situação fática. Ora, somente sabendo no caso em tela que havia uma decisão do TRF também com o efeito de determinar a expedição de licença, poderia a oficial se convencer de que a sentença estava ou não sendo cumprida.

A oficial, sem entender o fato de existir uma quantidade enorme de licenças, já que de acordo com a sentença somente quatro faturas teriam embasado o mandado de segurança, foi informada de que cada licença é relativa a um contêiner, e que uma fatura poderia dar ensejo a centenas de licenças.

Por fim, a oficial não conseguiu concluir se as licenças existentes tinham por base a decisão do agravo, já que o único registro é que tinham sido deferidas com base em decisão do TRF. Registrou apenas que existia uma licença requerida após a sentença e deferida pelo Decex, mas pendente de análise por outro órgão.

Logo, não conseguiu concluir se a sentença tinha sido cumprida ou descumprida, submetendo todas essas questões ao magistrado. Melhor teria sido que o órgão encarregado do cumprimento da ordem tivesse sido oficiado para que informasse sobre o cumprimento da sentença, fornecendo comprovação do alegado.

6. Conclusão

Este artigo representa a tentativa de reunir o conhecimento tácito dos oficiais de justiça na execução dos mandados no processo civil. A oportunidade de realização de um seminário de oficiais de justiça, no qual o presente trabalho foi apresentado, representou um importante canal de comunicação aberto entre os oficiais de justiça e a instituição Justiça Federal.

Se a existência das Seções de Mandados e o conseqüente afastamento dos oficiais das varas representaram um avanço em uma série de aspectos, como maior agilidade no cumprimento das diligências, também trouxe dificuldades, como a falta de contato dos magistrados com os oficiais.

O aperfeiçoamento dos canais de comunicação entre magistrados e oficiais somente pode trazer benefícios para ambos os lados. Sabemos que, ao se expedir um mandado para cumprimento, o magistrado nutre a expectativa de atendimento a um determinado resultado. No entanto, muitas vezes desconhece a realidade encontrada pelos oficiais de justiça. Encontrar um ponto de equilíbrio nessa relação certamente trará uma melhoria na prestação jurisdicional.

A DECISÃO DO JUIZ

Luiz Carlos Cassano Junior

Analista Judiciário/Psicologia do Setor de Comportamento Organizacional/SRH;
Mestre em Comunicação e Cultura pela Escola de Comunicação da UFRJ

RESUMO

Define gerente a partir de Peter Drucker e analisa a natureza da decisão jurídica para afirmar que o juiz é um gerente. Conceitua a competência ou capacidade como uma combinação de conhecimentos, habilidades e atitudes, e aplica o conceito à decisão jurídica, para, em seguida, definir as atitudes fundamentais que garantem a qualidade desta. Conclui reafirmando e ampliando a importância de o juiz se ver como gerente e de se pensar sua formação a partir desta perspectiva.

PALAVRAS-CHAVE

Decisão jurídica. Competência. Atitude. Gestão

SUMÁRIO

1. Introdução 2. A natureza da decisão jurídica 3. Competência para decidir 4. Atitudes fundamentais 5. Conclusão 6. Bibliografia

1. Introdução

Peter Drucker define um gerente da seguinte maneira:

[...] trabalhadores instruídos, administradores ou profissionais individuais, de quem se esperam, em virtude de sua posição ou seu conhecimento, e no decorrer normal de seu trabalho, decisões que tenham impacto significativo no desempenho e nos resultados de conjunto. (Drucker, 1990, p. 8).

O conceito central desta definição é o de *decisão* baseada em um conhecimento ou em uma posição. Drucker ressalta este ponto para mostrar que, muitas vezes, a ocupação de um posto de comando qualquer não implica necessariamente o ato de gerenciar, se este comando não é exercido por meio de decisões refletidas. Por outro lado, um trabalhador, que não comanda nenhum subordinado, mas detém conhecimento relevante, pode decidir coisas que interferem no rumo de uma organização social. Este último, então, é um gerente, enquanto o primeiro não o é.

Admitindo-se que um juiz resolve conflitos por meio de uma decisão sobre o direito das partes, e faz isto com base em um conhecimento que detém e na autoridade ou posição a ele conferida pelo Estado, pode-se dizer que ele é profissional de quem se espera, “em virtude de sua posição ou seu conhecimento, e no decorrer normal de seu trabalho, decisões” (Drucker, op. cit., p. 8). Além disso, a *qualidade da decisão jurídica* de uma organização judiciária é a essência do seu *desempenho* na sociedade, e interfere na proporção de paz e segurança da vida em comum. A decisão do juiz, portanto, tem “impacto significativo no desempenho e resultados de conjunto” (Drucker, op. cit., p. 8). Portanto, o juiz, de acordo com a definição de Drucker, é um gerente.

2. A natureza da decisão jurídica

Quando se diz que a função principal do magistrado é decidir o Direito, já se está afirmando que ele não é um mero aplicador da lei.

Se a aplicação fosse redutível a um silogismo lógico, que parte das premissas gerais da lei e deduz daí a conclusão específica para o caso concreto, não caberia ao juiz, rigorosamente, nenhuma decisão:

Perelman alerta para o fato de que dificilmente a sentença se constituirá em uma conclusão lógica obtida através de uma operação silogística, isto porque uma sentença é o produto de uma decisão. Ora, todo ato deliberativo pressupõe uma escolha entre opções, enquanto que só em uma operação lógico-formal é que existe a possibilidade de uma solução correta. (Monteiro, 2001, p. 123)

Nem mesmo se poderia falar em julgamento, uma vez que todo o procedimento prescindiria de uma avaliação. Um processador automático de informações, alimentado de códigos, tendo na sua entrada o caso e, na sua saída, a sentença, faria melhor. Kasparov, o famoso enxadrista que enfrentou, em uma melhor de três, uma máquina, disse o seguinte: “A máquina é movida pela lógica do cálculo perfeito. O homem tem o poder de fazer julgamentos” (Kasparov, 2004, Revista Veja, Páginas Amarelas). A principal diferença entre o homem e a máquina, segundo o enxadrista, é que o primeiro é capaz de julgar as regras às quais se sujeita, enquanto a segunda limita-se a aplicá-las de forma lógica e rigorosa. O ato de julgar pressupõe, portanto, uma reflexão a respeito das regras seja da sua validade e pertinência para a situação singular que se apresenta seja na forma específica e adaptada de aplicação, para atender às peculiaridades imprevistas destas situações.

Do ponto de vista filosófico, a norma ou lei é a afirmação de algo que *deve ser*, e não de algo que *é*. Perelman (2002) demonstra como a lei está muito mais fundamentada nos valores do que nos fatos, e Hessen (1980) defende que há uma fenda ontológica entre estes dois universos, de tal forma que a passagem de um para o outro não se dá sem passar pela subjetividade humana, elo imprescindível entre eles. A aplicação da lei a um caso concreto é justamente a passagem da dimensão normativa para a factual, e, portanto, um ato que passa pela subjetividade e que não pode ser mecanizado.

A função do juiz se dá neste cenário, entre os valores sociais expressos no Direito e a vida concreta e singular dos cidadãos. Não é papel do magistrado criar a lei, mas para aplicá-la ele precisa julgar sua validade em relação aos valores que pretende representar, por um lado, e julgar sua pertinência diante do caso concreto e singular, por outro. É aí, na interseção entre estes dois universos, entre o valor e a realidade, que ele decide.

Portanto, a *qualidade da decisão jurídica*, não sendo esta um ato redutível à demonstração lógica ou automatizável, depende mais da *capacidade* de quem decide do que de métodos ou sistemas impessoais. Firmado este ponto, pode-se avançar no sentido de especificar em que consiste esta *capacidade*.

3. Competência para decidir

Capacidade é um conceito similar ao de *competência*, assim definido: “combinação de conhecimentos, habilidades e atitudes (CHAs) que um indivíduo mobiliza para alcançar um determinado propósito no trabalho” (Abbad; Borges-Andrade, 2004, p. 241). Aplicado ao caso em estudo, a capacidade ou competência do juiz compõe-se de *uma combinação de conhecimentos, habilidades e atitudes, mobilizadas para tomar decisões jurídicas de qualidade*. Note-se que a definição não se refere ao fato de o juiz ter a atribuição ou o poder legitimado para decidir esta ou aquela matéria, nesta ou naquela área. A competência de que se trata, então, não é *atribuição*, mas *capacidade de decidir com qualidade*.

Tal competência compõe-se de três elementos: o domínio de conceitos, informações, teorias, códigos, que representa o elemento cognitivo ou o *conhecimento*; o domínio ou a destreza para raciocinar juridicamente, argumentar, fundamentar, usar a linguagem, fazer uma audiência, proferir uma sentença, ou seja, as *habilidades*; e, por fim, o afeto, as emoções, a sensibilidade, mobilizados por valores, crenças, princípios, que orientam o sujeito e expressam sua *atitude*. Quando estes três elementos convergem no desempenho do magistrado, diz-se que ele é competente para decidir.

A ausência de um deles deixa o “tripé” da competência cambaleante. Ora, é notório que, quanto ao terceiro elemento, a atitude, não há ações planejadas no sentido de desenvolvê-las na formação de um juiz. Elas são adquiridas à custa do próprio sujeito, que, por meio do contato cotidiano com professores, pares, superiores, e de suas próprias reflexões e história de vida, vai modelando sua visão do mundo, do seu trabalho e das pessoas. Torna-se, pois, importante, definir, com maior precisão, quais são as atitudes essenciais, que devem ser cultivadas na formação dos magistrados, e que podem ter um impacto significativo no seu desempenho.

4. Atitudes fundamentais

Da forma como foi definida a decisão, depreendem-se três atitudes fundamentais: uma, diante da realidade; outra, diante dos valores; e a terceira, diante do próprio ato de decidir.

Diante da realidade. A complexidade do ato de decidir não pode ser mitigada pelo conhecimento da realidade. O mundo real não se dá para o sujeito de forma transparente, fotográfica, mas confunde-se com a subjetividade que o captura. Deve-se ter sempre um posicionamento crítico, desconfiado, diante do que parece óbvio, diante das certezas, dos dogmas. Estamos sempre lidando com perspectivas, pontos de vistas, e não com os fatos propriamente ditos. A consciência desta limitação nos dá uma postura humilde, pronta a relativizar as próprias certezas e a ampliar o espectro de possibilidades na forma de entendimento de uma situação. Esta atitude impede o afastamento da realidade e a substituição da sua complexidade e da angústia inerente às suas incertezas por certezas cômodas. Quanto mais um juiz é capaz de ampliar seu espectro de possibilidades e manter-se em diálogo com a realidade, mais apto ele estará para decidir.

Diante dos valores. A decisão não pode prescindir dos valores. Ainda que a matéria-prima do argumento jurídico sejam as leis, os valores são os fundamentos das leis. Ver na concretização de valores sociais o sentido mais fundamental da decisão jurídica, focalizá-los e pôr a lógica a seu serviço está na essência desta atitude. Perceber os valores implica também não se afastar dos seus sentimentos, pois são os afetos que nos permitem apreender e diferenciar o que é importante do que não é. Esta atitude leva o juiz a transcender a letra morta da lei e não se transformar em um mero aplicador tornando-o mais apto para decidir.

Diante do próprio ato de decidir. Diante da incerteza e da complexidade inerente à decisão jurídica, vê-la como um ato coletivo, do qual o juiz é o agente legitimador final de um conjunto de atos coordenados. A decisão jurídica é fruto não só de

um processo jurídico, mas também de um processo de trabalho, do qual participam não só as partes, seus representantes, as testemunhas e peritos, como também os servidores, o oficial de gabinete, o diretor, os supervisores. É nesta rede de atos interligados que a decisão vai se construindo e, portanto, sua qualidade final depende não só do juiz, mas também da inteligência de todos estes atos. A dimensão normativa não se torna concreta apenas pelo ato legitimador final, mas pelo esforço despendido, pelo trabalho humano, que transforma cada um dos atos legais em ações efetivas.

O juiz, então, não é apenas gerente no sentido anteriormente definido, ou seja, na decisão jurídica propriamente dita. Mais do que isso: tudo que ele faz no âmbito do seu trabalho tem interferência direta nas relações que ele estabelece com servidores, diretor, supervisores, oficial de gabinete, partes, advogados e testemunhas, de um lado, e, de outro, na organização e nos métodos de trabalho adotados. Ele é um centro de referência nesta rede de relações, e, portanto, seu comportamento faz vibrar tal rede. Há aí um conjunto de decisões que não são propriamente jurídicas, mas afetam diretamente a qualidade da decisão jurídica, uma vez que se entende que ela é construída nesta rede. Estas decisões são também gerenciais, no sentido dado por Drucker. Elas compõem e ampliam o entendimento do papel gerencial do juiz.

5. Conclusão

A primeira atitude impede que o juiz se isole da realidade social, a segunda impede que ele se divorcie dos valores e a terceira impede que ele se isole das pessoas e do trabalho realizado no cartório e no gabinete. Cuidar do desenvolvimento destas atitudes é um desafio que aguarda resposta das instituições responsáveis pela formação de juízes.

6. Bibliografia

ABBAD, Gardência da Silva; BORGES-ANDRADE, Jairo Eduardo. Aprendizagem Humana em Organizações de Trabalho. In: Zanelli, J. C. et. al. *Psicologia, Organizações e Trabalho no Brasil*. Porto Alegre: ArtMed, 2004.

DRUCKER, Peter F. *Gerente Eficaz*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1990.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Arménio Amado, 1980.

KASPAROV, Gary. *Revista Veja*, Páginas Amarelas, edição de 25/8/2004.

MONTEIRO, Claudia Servilha. *Teoria da argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

— Resenhas

RECENSÃO À OBRA “PENSAMENTO SISTEMÁTICO E CONCEITO DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO”, DE CLAUDIUS WILHELM CANARIS, (FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2ª EDIÇÃO, LISBOA, 1996)

Eugênio Rosa de Araújo
Juiz Federal da 17ª Vara

RESUMO

CLAUDIUS WILHELM CANARIS, Doutor e habilitado em Direito pela Universidade de Munique, ocupando atualmente a cátedra de Karl Larenz, bem como a direção do Instituto de Direito Civil, foi o introdutor da idéia de *sistema* no campo do Direito. *Sistema* quer dizer reunião, conjunto, todo, funcionamento harmônico entre os diversos elementos neste inseridos. Características básicas: ordenação e unidade. A ordenação exprime um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. A unidade evita a dispersão em uma multiplicidade de singularidades desconexas, atuando já na ordenação por intermédio de princípios fundamentais que lhe conferem sentido.

PALAVRAS-CHAVE

Ciência do Direito. *Sistema* Jurídico. Ordenação e Unidade

SUMÁRIO

1. A questão do significado da idéia de sistema para a ciência do Direito é dos temas mais discutidos da metodologia jurídica
2. A Função da idéia de sistema na ciência do Direito
3. As qualidades da ordem e da unidade como características do conceito geral de sistema
4. A adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica como fundamentos do sistema jurídico. Adequação e unidade como premissas teórico-científicas e hermenêuticas
5. Adequação e unidade como emanções e postulados da idéia de Direito
6. Conceito de sistema a partir das premissas da adequação valorativa e da unidade da ordem jurídica
7. O Sistema Como Ordem de Princípios Gerais de Direito
8. As vantagens na formação do sistema, dos princípios gerais de direito, perante normas, conceitos, institutos jurídicos e valores
9. Os Tipos de Funções dos Princípios Gerais do Direito na Formação do Sistema
10. A Abertura do Sistema
11. A abertura do sistema objetivo como modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica
12. O significado da abertura do sistema para as possibilidades do pensamento sistemático e da formação do sistema na ciência do Direito
13. Os pressupostos

das modificações do sistema e a relação entre modificações do sistema objetivo e do sistema científico 14. Modificações do Sistema Objetivo 15. Modificações no sistema científico 16. A mobilidade do sistema 17. As características do sistema móvel, no conceito de Wilburg 18. Sistema móvel e conceito geral de sistema 19. Sistema móvel e Direito vigente. A prevalência fundamental das partes rígidas do sistema 20. A existência de partes móveis no sistema 21. O significado legislativo e metodológico do sistema móvel. O sistema móvel e a necessidade de uma diferenciação mais marcada 22. Sistema móvel e cláusula geral 23. A posição intermédia do sistema móvel entre a cláusula geral e a previsão normativa rígida e a necessidade de uma ligação entre estas três possibilidades de formulação

1. A questão do significado da idéia de sistema para a ciência do Direito é dos temas mais discutidos da metodologia jurídica

Em particular, para o Direito Privado, a discussão metodológica mais importante do século XX foi a controvérsia sobre o sentido, a forma e os limites da formação do sistema jurídico (jurisprudência dos conceitos [positivismo] *versus* jurisprudência dos interesses [o Direito existe para realizar os interesses da vida]).

Theodor Viehweg renovou a discussão por sua crítica ao sistema, ao desenvolver o tema da tópica, permitindo o melhor entendimento dos fundamentos da metodologia jurídica, em especial do autoconhecimento da ciência do Direito como ciência, da especificidade do pensamento e da argumentação jurídicos.

Como a metodologia jurídica guarda uma estreita conexão com a Filosofia do Direito, ficamos diante da problemática dos valores jurídicos mais elevados e da relação entre eles.

2. A Função da idéia de sistema na ciência do Direito

O conceito de sistema jurídico pressupõe a identificação do conceito geral ou filosófico de sistema e a tarefa particular que ele pode desempenhar na ciência do Direito.

3. As qualidades da ordem e da unidade como características do conceito geral de sistema

Sobre o conceito geral de sistema, podemos identificar duas características básicas: a ordenação e a unidade. No que tange à ordenação, pretende-se com ela

expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Ao evitar a dispersão em uma multiplicidade de singularidades desconexas, a unidade é característica do sistema que atua já na ordenação por intermédio de princípios fundamentais que lhe conferem sentido.

4. A adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica como fundamentos do sistema jurídico. Adequação e unidade como premissas teórico-científicas e hermenêuticas

Em um prisma metodológico, tais premissas devem ser consideradas como evidentes, considerando-se, desde logo, o Direito como ciência. Isto porque o sistema jurídico é a tentativa de reconduzir o conjunto da justiça, com referência a uma forma determinada de vida social, a uma soma de princípios racionais. A hipótese fundamental de toda ciência é a de que uma estrutura racional, acessível ao pensamento, domine o mundo material e espiritual.

Dessa forma, a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito. Ela o fez, por exemplo, com a regra da interpretação sistemática ou com a pesquisa de princípios gerais de Direito, no campo da denominada analogia, colocando-se, com isso, em sintonia com as doutrinas da hermenêutica geral; realmente, pertence a estas o chamado “cânion da unidade” ou da “globalidade”, segundo o qual o interprete deve pressupor e entender seu objeto como um todo em si significativo.

5. Adequação e unidade como emanções e postulados da idéia de Direito

A ordem interior e a unidade do Direito são mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e postulados da metodologia: elas pertencem às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam na própria idéia de Direito.

Assim, a exigência de “ordem” resulta diretamente do postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença.

Tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar os valores encontrados, “pensando-os até o fim”, em todas as conseqüências singulares, e afastando-os apenas justificadamente.

Devem, portanto, agir com adequação. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da “ordem” no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra

da adequação valorativa (retirada do princípio da igualdade) constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito.

Do mesmo modo, a característica da unidade tem sua correspondência no Direito, embora a idéia de “unidade da ordem jurídica” pertença ao domínio das considerações filosóficas. A unidade não é apenas um postulado lógico-jurídico, posto que se reconduz ao princípio da igualdade.

Procura a unidade garantir a ausência de contradições na ordem jurídica (seu componente negativo) e promover a realização da tendência generalizadora da justiça (componente positivo), superando aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, em favor de uns poucos princípios abstratos e gerais.

Diante de tais considerações sobre o pensamento sistemático, vê-se que a idéia do sistema jurídico se justifica a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente o princípio da justiça, e das suas concretizações do princípio da igualdade e na tendência para a generalização.

Outro valor supremo a justificar a idéia do sistema jurídico é o da segurança jurídica.

Tal valor pode ser traduzido na determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou, simplesmente, como praticabilidade da aplicação do Direito.

A formação de um sistema, portanto, agrega tais postulados através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por princípios, e não um aglomerado inabarcável de normas singulares, desconexas e em demasiada contradição umas com as outras.

O pensamento sistemático revela, assim, na idéia de Direito, um conjunto de valores mais elevados imanente a cada Direito positivo. Isto é, o papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.

6. Conceito de sistema a partir das premissas da adequação valorativa e da unidade da ordem jurídica

Sendo o ordenamento jurídico de natureza eminentemente valorativa (axiológica), seu sentido teleológico se completa na realização de objetivos e valores.

Um sistema representa a captura e a tradução de unidade e ordenação de um determinado âmbito material, com os meios racionais do pensamento teleológico adequados a realizar conexões de valorações jurídicas.

É necessário ter como premissa científica a hipótese de que o pensamento jurídico axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e abarcado em um sistema correspondente.

Tal é a condição de qualquer pensamento jurídico, principalmente como pressuposto do cumprimento do princípio da isonomia: tratar o igual como igual e o desigual desigualmente na medida de sua desigualdade.

7. O sistema como ordem de princípios gerais de Direito

Caracteriza-se o sistema como ordem teleológica, devendo ser identificados os elementos que possam nele revelar a unidade interna e a adequação da ordem jurídica.

Devemos encontrar os elementos na sua multiplicidade de valores singulares e suas conexões, reconduzindo a multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos, fundamentais e mais profundos, *i.e.*, até os princípios gerais da ordem jurídica.

Trata-se, pois, de buscar por trás da lei a *ratio juris* determinante, posto que só assim podem os valores singulares sair do seu isolamento, encontrar sua conexão orgânica e obter aquele grau de generalização sobre o qual a unidade se torna perceptível.

O sistema deixa-se definir, então, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica, e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Não é possível determinar, de antemão, quando deve um princípio valer como “geral”, posto que, para a ordem jurídica, não se pode considerar todos os princípios como portadores de unidade e, por isso, sistematizadores.

Nem todos os princípios são relevantes para o sistema, como por exemplo, para o Direito das Obrigações: pode haver a formação de subsistemas menores, com princípios autônomos como o dos atos ilícitos, o do enriquecimento sem causa e o da responsabilidade.

De qualquer modo, uma parte do subsistema penetra, como geral, no sistema mais largo. E, inversamente, o subsistema só em parte se deixa retirar dos princípios do sistema mais largo.

Dessa forma, modifica-se a generalidade de um princípio com a perspectiva do ponto de vista; é sempre decisiva a questão de quais princípios jurídicos se devem considerar constitutivos para a unidade interior do âmbito parcial de que se cuida, de tal modo que a ordem dele seria modificada, em seu conteúdo essencial, com a alteração de um desses princípios.

Para o Direito Civil, por exemplo, poderíamos citar, como exemplos de princípios constitutivos do sistema, os princípios da autodeterminação; da auto-responsabilidade; da proteção do tráfico e da confiança; da consideração pelas esferas da personalidade e da liberdade de outrem; da restituição do enriquecimento sem causa, etc.

8. As vantagens na formação do sistema, dos princípios gerais de direito, perante normas, conceitos, institutos jurídicos e valores.

A questão que se impõe é saber se o sistema deve ser composto de princípios ou se outros elementos gerais como normas, conceitos, institutos jurídicos ou valores também participam de sua formação.

No que tange a um sistema de normas, é preciso procurar justamente a conexão das normas, e esta conexão não pode, também, consistir em uma norma. Os princípios jurídicos só excepcionalmente são formulados como normas, daí porque estas recuam perante a articulação mais flexível do princípio.

No que concerne a um sistema de conceitos gerais de Direito, este seria pensado como um sistema teleologicamente emulsionado, preenchido de uma determinada ordem jurídica. No entanto, eles deveriam ser conceitos teleológicos ou conceitos de valor; além disso, deveriam ser considerados para a formulação do sistema apenas os conceitos concretos, e não os conceitos gerais abstratos, vez que apenas os conceitos concretos são capazes de aglutinar em si o pleno sentido constitutivo da unidade interna.

O sistema deve promover a adequação valorativa e a unidade interior do Direito, e, para tanto, os conceitos não estão aptos. Podemos dizer, então, que no conceito a valoração está implícita, ao passo que no princípio a valoração está explícita, e por tal razão ele é mais adequado para extrapolar a unidade valorativa do Direito.

A formulação dos conceitos é imprescindível para a subsunção, devendo ser ordenado um sistema de conceitos jurídicos correspondente aos princípios.

Ressalte-se que os princípios têm natureza teleológica, e que, em caso de dúvida, é necessária a valoração neles incluída. Por exemplo: sendo duvidoso se determinado ato deve ser qualificado como negócio jurídico ou se uma posição jurídica pode ser considerada como um direito subjetivo, é mister perguntar se, no caso concreto, procede a regulação preordenada pela autodeterminação privada ou se se deparam aqui os valores que indiquem tratar-se de direitos subjetivos.

No caso do sistema de institutos jurídicos, estes não tornam a valoração unificadora imediatamente visível. Eles se ligam a várias idéias jurídicas distintas: o complexo regulador da autonomia privada (instituto do direito privado) só pode ser

compreendido a partir de uma atuação conjunta dos princípios da autodeterminação, da auto-responsabilidade e da proteção da confiança e do tráfico. Todos os institutos jurídicos estão sujeitos a uma pluralidade de princípios fundamentais.

Na procura da unidade do Direito, sempre há o retorno aos princípios gerais do Direito, vez que o sistema resulta de uma concatenação e ordenação interna.

Pode-se entender, portanto, o sistema como ordem de valores. Cada ordem jurídica se baseia em alguns valores superiores, cuja proteção ela serve.

O princípio possui um grau de concreção maior que o valor, compreendendo já a característica de proposição de Direito de estatuição (previsão) e consequência jurídica - ele se encontra em ponto intermediário entre o valor e o conceito.

Assim, os valores se deixam reformular nos princípios - nos quais as delimitações são fluidas - descendo, em um processo de concreção simultânea, em direção à norma.

9. Os tipos de funções dos Princípios Gerais do Direito na formação do sistema

Em relação à função sistematizadora dos princípios, podem-se citar quatro características: 1) os princípios não valem sem exceção e podem entrar em contradição; 2) eles não têm uma pretensão de exclusividade; 3) eles possuem sentido próprio apenas em uma combinação de complementação e restrição específicas; 4) para sua realização, precisam de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.

É evidente que entre a mera exceção e o princípio contrário existe uma passagem fluida, necessitando a verificação se o valor que requer a limitação possui uma generalidade de modo que atue como princípio constitutivo do sistema.

Os princípios não têm pretensão de exclusividade, o que implica dizer que uma mesma consequência jurídica característica de um determinado princípio também pode ser conectada a outro princípio. Como exemplo, a doutrina do negócio jurídico só se torna compreensível a partir da ligação dos três princípios da autodeterminação, da auto-responsabilidade e da proteção da confiança.

Junto de uma tal complementação, surge a limitação recíproca. O princípio da autodeterminação só se deixa apreciar se incluirmos na ponderação os princípios contrapostos e limitativos e o âmbito de aplicação que lhe seja destinado, por exemplo, quando atuam as previsões de obrigação de contratar, da proteção no despedimento ou na legítima, de modo a atenuar a autonomia privada.

Finalmente, os princípios necessitam, para sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.

De fato, eles não são normas e, por isso, incapazes de aplicação imediata, devendo, antes, ser normatizados.

Vê-se que as conseqüências jurídicas quase nunca se deixam retirar, de forma imediata, da mera combinação dos diferentes princípios constitutivos do sistema, mas, antes, nos diversos graus da concretização com o surgimento de novos pontos de vista valorativos autônomos.

Não se pode reconhecer aos valores a categoria de elementos constitutivos do sistema em razão de sua generalidade e seu peso ético-jurídico normalmente fraco. Eles não são constituintes de unidade de sentido do âmbito jurídico considerado, portanto, do Direito Privado.

10. A abertura do sistema

Fixou-se a definição de sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito, sendo, ainda, importantes duas qualidades: a abertura e a mobilidade.

No que tange à característica da abertura, é preciso frisar que um sistema fechado se caracteriza por uma ordem jurídica constituída casuisticamente, apoiada na jurisprudência e dominada pela idéia da codificação.

Por abertura, entende-se a incompletude, a capacidade de evolução e a alterabilidade do sistema. Ele se coloca em uma mudança permanente em razão da incidência de novos princípios.

Para melhor análise da abertura do sistema, é preciso analisar os dois lados do seu conceito, isto é, o sistema científico e o objetivo.

No que toca ao sistema científico, a abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. Cada sistema científico é, assim, um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem fechado, enquanto uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis.

Dessa forma, nunca pode ser tarefa de um sistema fixar a ciência ou o desenvolvimento do Direito em um determinado estado.

11. A abertura do sistema objetivo como modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica

O Direito positivo, mesmo em uma ordem jurídica codificada, é suscetível de aperfeiçoamento em vários campos.

Os valores fundamentais constituintes, assim, devem mudar o sistema cujas unidades e adequação eles corporifiquem. Princípios novos podem ter validade e ser constitutivos para o sistema, conferindo historicidade em reforço à sua dinâmica.

Neste diapasão, sempre que um novo princípio para o sistema obter validade, pode-se aceitar o nascimento de outro sistema, que absorve o já existente.

Tal modificação não se dá em saltos, mas paulatinamente. Por exemplo: se o legislador consagrar sempre mais previsões de responsabilidade pelo risco, se elevaria assim um novo princípio jurídico à categoria de um elemento constitutivo do sistema, modificando-o.

12. O significado da abertura do sistema para as possibilidades do pensamento sistemático e da formação do sistema na ciência do Direito

A abertura atua como incompletude do conhecimento científico e como fator de modificabilidade da própria ordem jurídica. Ambas são as formas de abertura essencialmente próprias do sistema jurídico, e ela não pode consistir em entrave à formação do sistema na Ciência do Direito, ou até mesmo caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si.

A abertura do sistema científico resulta dos condicionamentos básicos do labor científico que somente produz resultados provisórios. Enquanto for possível um progresso, o trabalho científico fará sentido.

13. Os pressupostos das modificações do sistema e a relação entre modificações do sistema objetivo e do sistema científico

O círculo de questões sobre a abertura do sistema não se esgota com a mera justaposição da incompletude do sistema científico à modificabilidade do sistema objetivo.

É necessário analisar o problema de saber sob que condições são possíveis modificações em um dos dois sistemas, bem como o problema da relação na qual ambos os sistemas se encontram e que influência tem as modificações de um deles no outro.

À primeira vista, o sistema científico se modifica quando se obtiverem novos ou mais exatos conhecimentos do Direito vigente ou quando o sistema objetivo ao qual o científico tem de corresponder se alterar: o sistema objetivo se modifica quando os valores fundamentais constitutivos do Direito vigente se alteram.

Em consequência, o sistema científico está em estreita dependência do objetivo e deve mudar-se sempre com este, enquanto que o sistema objetivo, por seu lado, não é influenciado por modificações dentro do científico.

O problema conduz a duas questões complexas: a validade das fontes do Direito e a relação entre o Direito vigente objetivo e os seus conhecimentos de aplicação. Diz-se isso porque a questão dos fatores e pressupostos de uma modificação do sistema objetivo é idêntica à da admissibilidade de uma modificação do Direito vigente.

Sobre o problema das fontes do Direito e a questão da relação entre o sistema objetivo e científico, é apenas um subproblema da questão geral das relações entre o Direito vigente objetivo e o seu conhecimento. Aqui, a validade e as fontes do Direito devem ser entendidas em seu sentido normativo, como o enunciado das proposições jurídicas a serem aplicadas.

14. Modificações do Sistema Objetivo

As fontes do Direito, de regra, são modificadas pelo legislador. Nem sempre, entretanto, é necessária a intervenção direta do legislador. As modificações do sistema podem resultar de atos legislativos que respeitem domínios jurídicos diferentes.

Um dos exemplos é a doutrina da eficácia externa dos direitos fundamentais, compreensível sob a ótica da unidade da ordem jurídica, e que, na forma da eficácia externa indireta imediata ou mediata, modificou essencialmente o nosso sistema de Direito Privado (no caso do direito geral de personalidade, torna-se particularmente claro).

A força modificadora do sistema do Direito consuetudinário permitiu a alteração do sistema de Direitos Reais, com o reconhecimento da transmissão de garantias que devem ser consideradas como aperfeiçoamento *contra legem* do Direito, e, assim, só se pode apoiar na força derogadora do Direito consuetudinário.

Sabe-se que a legislação e o Direito consuetudinário não são os únicos fatores para as modificações do sistema objetivo. Surge, então, o problema de como esclarecer todas as modificações do sistema que reconduzem a criações jurisprudenciais do Direito.

Como entender, por exemplo, a culpa *in contrahendo* e a responsabilidade pela aparência jurídica, a violação positiva crédito e o contrato com eficácia protetora de terceiros, a *exceptio doli* e a *suppressio*, o dever de contratar e a doutrina da alteração das circunstâncias, o Direito das sociedades e das relações laborais de fato?

Tais institutos surgiram independentemente de uma intervenção do legislador, e é pouco satisfatório apoiar sua validade no Direito consuetudinário, porque os

pressupostos deste não se verificavam no momento primeiro do seu aparecimento, de tal modo que se deveriam considerar, inicialmente, como inválidos e só posteriormente legitimados através de um Direito consuetudinário derogante.

Explica-se o fenômeno porque o sistema objetivo é constituído por valores fundamentais ou por princípios fundamentais de Direito, fazendo isso pressupor que aquelas figuras novas respeitam a valores, que de antemão estavam imanentes ao nosso Direito Privado: a problemática deságua no fundamento da validade dos princípios gerais de Direito.

Dessa forma, deve-se, primeiro, referir o Direito legislado, do qual, frequentemente, se deixam obter princípios gerais, através de analogia, *i.e.*, da indução. Realmente, algumas das mencionadas construções derivam dos valores da lei (Ex.: a responsabilidade pela aparência jurídica, a violação positiva do crédito e a doutrina da sociedade de fato).

Nesses casos, o reconhecimento de um novo instituto não representa qualquer mudança no sistema objetivo, mas apenas uma alteração no sistema científico, uma vez que os valores relevantes já se continham de antemão na lei e apenas não eram reconhecidos no seu alcance total.

Nem todos os citados institutos, porém, podem se apoiar nos valores da lei. Muitos deles não são “exigidos” através da teleologia imanente da lei, mas apenas “inspirados” por ela; de outros, nem isso se poderá afirmar.

Segundo Wieacker, existe uma “ordem jurídica extralegal”. As modificações no sistema podem, também, partir dela. Na maioria das novas formações já referidas, elas dispuseram de um “apoio” jurídico-positivo, mas não obtiveram da lei uma verdadeira legitimação.

Em tais casos, pode-se dizer que os valores de base já estavam imanentes à nossa ordem jurídica e tinham apenas sido identificados, tratando-se apenas de alteração no sistema científico, mas não no objetivo.

Faz-se necessário indagar: por que razão tais valores, apesar de não constarem na lei, devem ser parte do Direito, quando se apresenta a questão do seu fundamento de validade? E porque a lei e o costume se colocam fora do problema, surge a necessidade de uma reformulação das tradicionais fontes do Direito, a qual pode tomar duas direções: ou colocamos a jurisprudência na categoria de fonte autônoma do Direito (ao lado da lei e do costume) ou devemos reconhecer critérios de validade “extrapositivos” oferecendo-se, então, a “idéia de Direito” e a “natureza das coisas”.

Não é possível considerar a jurisprudência como fonte do Direito, porque a proposição colocada pelo Judiciário como fundamento de uma decisão não vale por ter

sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada, *i.e.*, porque deriva de critérios de validade bastantes, exteriores à sentença judicial.

A segunda opção parece a mais acertada porque os princípios gerais de Direito podem ter também o seu fundamento de validade para além da lei, na idéia de Direito, cuja conscientização histórica eles largamente representam, e na natureza das coisas; por isso, tais critérios podem ser reconhecidos como fontes do Direito, subsidiárias em face de lei e do costume.

Dessa forma, para além da lei e do costume também podem conduzir a alterações do sistema objetivo aqueles princípios gerais do Direito que representam emanações da idéia de Direito e da natureza das coisas.

Tais critérios, no entanto, não devem ser entendidos de modo a-histórico e estático; ao contrário, os princípios redutíveis à idéia de Direito só ganham o seu poder concreto em todas as regras através da referência a uma determinada situação histórica e da mediação da “consciência jurídica geral” respectiva, do mesmo modo em relação à natureza das coisas.

Assim, por exemplo, o princípio da confiança é de se considerar como uma emanação de idéia de Direito, sendo modelo de capacidade de modificação interna que se operou diante de determinada situação histórica, determinada, essencialmente, através do Direito legislado e do estado de “consciência jurídica” geral.

Dessa forma, pode-se afirmar que a doutrina da culpa *in contrahendo* não se baseou sempre no princípio da confiança, mas pôde aspirar ao reconhecimento como fundamento legítimo de aperfeiçoamento jurídico depois de uma determinada modificação na consciência jurídica geral que tivesse conduzido a um acentuar mais forte de valores ético-jurídicos.

Outro tanto se demonstra para o exemplo a partir de uma argumentação retirada da natureza das coisas. Por exemplo, as concepções sobre a “natureza” da relação de trabalho sujeitaram-se a fortes mudanças e obtiveram validade em um processo paulatino.

O mesmo ocorreu com as cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações, como as remissões para os bons costumes ou a boa-fé, nas quais a própria lei deixa margem para a erupção de valorações extralegais e, necessariamente, mutáveis: também aqui existe um início de modificação do sistema objetivo, que decorre de modo semelhante ao da concretização de princípios gerais de Direito (para os quais as cláusulas gerais remetem com freqüência).

15. Modificações no sistema científico

As modificações do sistema objetivo reportam-se, no essencial, a modificações legislativas, a novas formações consuetudinárias, à concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações e à erupção de princípios gerais de Direito extralegais, que têm seu fundamento de validade na idéia de Direito e na natureza das coisas.

As modificações do sistema científico resultam dos progressos do conhecimento dos valores fundamentais do Direito vigente e traduzem, por outro lado, a execução de modificações do sistema objetivo.

As modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último; os sistemas objetivo e científico estão também ligados na dialética geral entre o Direito objetivo em vigor e a sua aplicação.

16. A mobilidade do sistema

A mobilidade do sistema não se confunde com a sua abertura. Como se verá, um sistema móvel pode ser aberto ou fechado, e um sistema aberto pode ser móvel ou rígido.

17. As características do sistema móvel, no conceito de Wilburg

Tais características aparecem claras na sua teoria da responsabilidade civil.

Para Wilburg, não há um princípio unitário que solucione todas as questões da responsabilidade civil e coloque nesse lugar uma multiplicidade de pontos de vista, elementos ou forças móveis, a saber:

- 1) Uma falta causal para o acontecimento situado do lado do responsável. Esta falta tem peso diferenciado se provocada pelo responsável ou pelos auxiliares ou até surgida sem culpa, por exemplo, em uma falha irreconhecível de uma máquina;
- 2) Um perigo que o autor do dano tenha originado, através de uma ação ou posse de uma coisa, e que tenha levado ao dano;
- 3) O meio de causalidade entre as causas provocadoras e o dano verificado;
- 4) A ponderação social da situação patrimonial do prejudicado e do autor do prejuízo.

A consequência jurídica só emerge a partir da concatenação destes elementos, segundo seu número e peso. As “forças” não são, portanto, absolutas, de dimensões

rígidas, mas definem seus efeitos pela sua articulação variável, podendo mesmo bastar apenas um dos elementos, desde que apresente um peso especial.

Inexiste uma hierarquia entre os elementos: todos se situam no mesmo nível e não precisam estar todos juntos. Pode haver, inclusive, a substituição de uns pelos outros. Nisso reside a mobilidade do sistema.

Dessa forma, as características essenciais do sistema móvel são, assim, a igualdade fundamental de categoria e a substitutividade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade.

Como se vê, tais critérios não se confundem com a abertura do sistema, posto que a modificabilidade dos valores e dos princípios (abertura) não precisa ocorrer em um sistema móvel, pois nele podem os elementos ser firmes. Não é característica da abertura a igual categoria dos seus princípios e a renúncia a previsões firmes.

Em síntese: um sistema móvel pode ser aberto ou fechado, e um sistema aberto pode ser móvel ou rígido.

18. Sistema móvel e conceito geral de sistema

Com sua concepção, Wilburg não quis dar uma idéia global de sistema, mas apenas apresentá-lo como móvel.

Típicas do sistema são as características da unidade e da ordem. No tocante à unidade, Wilburg optou pela elaboração de alguns poucos princípios constituintes, de cuja concatenação resulta toda a multiplicidade das decisões singulares, tornando perceptível a unidade na pluralidade - um sistema consiste, em regra, de vários princípios fundamentais.

Juntamente com a unidade, deve afirmar-se a ordem, pois uma não existe sem a outra.

Wilburg anotou a necessidade de uma “ordem interior”, ou de uma “coexistência interna” do Direito. Tal necessidade não se contradiz com fato de os critérios serem mutuamente substituíveis, posto que apenas um elemento dentre um determinado número pode, para uma matéria regulativa concreta, colocar-se no lugar do outro.

Por outro lado, a ordem não se choca com a igualdade fundamental entre os elementos (multiplicidade de pontos de vista), pois a igualdade na ordenação é uma forma de ordem. Embora a idéia de hierarquia esteja ligada ao conceito tradicional de sistema, esta categoria não é irrenunciável, desde que a sua falta não torne possível a existência de ordem interior.

Wilburg não considera todos e quaisquer pontos de vista relevantes na ordem jurídica fundamentalmente como iguais. Ao contrário: a idéia de hierarquia não lhe é estranha, pois em muitos problemas particulares surgem pontos de vista secundários, os quais possuem um peso menor.

Só dentro dos princípios fundamentais ordenadores existe, portanto, igualdade de categoria; poderá haver hierarquia na relação entre aqueles e os critérios relevantes para um problema singular.

Assim, perante um caso de enriquecimento, se poderá, em caso de dúvida, ponderar a situação patrimonial dos implicados, portanto, apenas onde os restantes critérios não permitem uma solução justa, isto é, apenas subsidiariamente, o que implica uma relação de hierarquia.

19. Sistema móvel e Direito vigente. A prevalência fundamental das partes rígidas do sistema

O sistema analisado aqui é o do Direito alemão, que não é, fundamentalmente, móvel, mas imóvel. Ele atribui, em regra, aos princípios singulares âmbitos de aplicação delimitados, dentro dos quais eles não são substituíveis, e prefere a formação rígida de previsões normativas, que exclui uma determinação variável das conseqüências jurídicas em função da discricionariedade do juiz.

Mantendo-se o exemplo da responsabilidade civil, está determinado no Direito alemão quais são as conseqüências do princípio da culpa, do risco e sob que pressupostos se pode, excepcionalmente, considerar a situação patrimonial dos implicados. O parágrafo 829 do Código Civil determina que o inimputável autor de certos danos possa, nada obstante, ser obrigado a indenizar, segundo a equidade, desde que não seja possível obter tal indenização do terceiro obrigado a vigiá-lo, e na condição de o inimputável em causa não ficar privado dos meios materiais necessários. Não há aqui qualquer espaço para uma ponderação de critérios “de acordo com o número e o peso”, e isso vale para todas as outras partes do Direito privado alemão e sua ordem jurídica.

20. A existência de partes móveis no sistema

O Direito alemão, contudo, contém hipótese que permite reconhecer uma limitação: o princípio do tudo-ou-nada do parágrafo 254 do Código Civil, segundo o qual o montante da indenização depende das “circunstâncias”, desde que tenha havido igualmente culpa do lesado ou tenha atuado também um perigo inerente ao empreendimento.

Surge aqui o quadro característico do sistema móvel de Wilburg: devem ser ponderados vários fatores entre si, podendo um substituir o outro, sem que exista entre eles qualquer hierarquia rígida. Assim, por exemplo, em vez do concurso de culpas, pode operar também um perigo do empreendimento: a concorrência de culpas pode levar à diminuição da pretensão indenizatória do lesado.

Não é possível concretizar uma previsão normativa rígida, mas apenas ponderar entre si determinados critérios “de acordo com o número e o peso”, no sentido de Wilburg, sem fixar uma relação de hierarquia, por exemplo, entre a culpa e o risco.

Adite-se que não são quaisquer pontos de vista (estado civil, nacionalidade, etc), mas apenas critérios de imputação específicos, geralmente rígidos, como a intensidade da culpa, a periculosidade de um empreendimento ou de uma coisa, ou a intensidade do nexo de causalidade, referentes aos princípios que dominam o Direito da responsabilidade civil.

O seu sistema compreende, ao lado de uma “imobilidade” de princípio, um setor no qual os pontos de vista valorativos competentes são “móveis”.

Existem muitos exemplos de mobilidade do sistema, principalmente onde as previsões normativas rígidas se complementam e se acomodam através de cláusulas gerais: para determinar se um despedimento é anti-social, se existe um fundamento importante, se um negócio jurídico ou um comportamento são contrários aos bons costumes, etc., é necessário ponderar entre si determinados pontos de vista “segundo o número e o peso”, sem uma relação hierárquica firme.

Assim, a formação rígida de proposições normativas representa a regra, e a “mobilidade”, a exceção. O Direito positivo compreende, portanto, partes do sistema imóveis e móveis, com o predomínio dos primeiros.

21. O significado legislativo e metodológico do sistema móvel. O sistema móvel e a necessidade de uma diferenciação mais marcada

É preciso marcar a função sistematizadora dos princípios, posto que estes não têm uma pretensão de validade exclusiva, antes surgindo em complementação mútua, não sendo aptos para a formação de proposições jurídicas (Wilburg luta contra a falsa absolutização dos princípios).

22. Sistema móvel e cláusula geral

Apenas as especificidades do sistema móvel são decisivas, *i.e.*, a ausência de uma formação rígida das previsões normativas, bem como a permutabilidade livre e

a igualdade de categoria dos princípios de valoração. A ausência de rigidez das previsões normativas traz a questão de sua relação com as cláusulas gerais.

É característica da cláusula geral ser ela carente do preenchimento com valorações, *i.e.*, o fato de ela não fornecer os critérios necessários à sua concretização, permitindo que estes surjam apenas diante do caso concreto e revelando pontos de erupção da equidade.

23. A posição intermédia do sistema móvel entre a cláusula geral e a previsão normativa rígida e a necessidade de uma ligação entre estas três possibilidades de formulação

O sistema móvel guarda um certo parentesco com as cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações; aquele ocupa uma posição intermediária entre a posição rígida e a cláusula geral.

O sistema móvel garante em menor grau a segurança jurídica do que o sistema imóvel, com forte hierarquização e previsões normativas firmes (é o caso, por exemplo, dos Direitos Reais).

Deve ser levado em conta, ainda, que, para além do valor segurança jurídica, também o da justiça pode entrar em contradição com um sistema móvel, pois a tendência “generalizadora” do princípio da igualdade pode entrar em conflito com as circunstâncias do caso singular e a ponderação dos elementos deste.

A justiça não remete apenas para uma tendência generalizadora, mas, também, para uma individualizadora, sendo compreensível que se recorra a esta característica para justificar o sistema móvel.

É necessário cuidado. Só se pode edificar o Direito a partir de uma concaenação de todas estas possibilidades de formulação. O sistema móvel se situa, assim, entre a formulação rígida de previsões normativas e a pura cláusula de equidade ou as cláusulas gerais.

Indicações Literárias

COMPETÊNCIA CÍVEL DA JUSTIÇA FEDERAL
de
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
(2ª ed., 2006, Ed. Revista dos Tribunais)
por
José Carlos Barbosa Moreira

Para o professor que ama seu ofício – e aquele que não o ama não merece o título de professor –, nada mais prazeroso que assistir a conquistas de seus alunos e ex-alunos. É de Cernelutti a frase: “A maior glória, para um professor, não consiste em ser admirado pelos discípulos, mas em ser por eles ultrapassado”.

Considero-me feliz por já haver saboreado em mais de um caso, a esta altura da vida, a glória de que falava o mestre. E sinto que estou em via de saboreá-la de novo, em futuro com certeza pouco distante.

Tive o prazer de dar aulas, por três anos, no curso de bacharelado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ao autor da presente monografia, com a qual ele galhardamente obteve o grau de mestre na Universidade Federal do Paraná. Não é a primeira de suas vitórias intelectuais: já dera prova de seu preparo em direito com o êxito em mais de um concurso público, o mais recente dos quais para juiz federal, cargo que exerce com dedicação e competência. Mas é a sua primeira vitória no universo acadêmico – estréia auspiciosa, início de trajetória que se pode prever brilhante.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes escolheu tema de grande importância prática. Não é dizer pouco, num momento em que o mundo processual se preocupa antes de tudo com a efetividade do processo. Para promovê-la, é indispensável que dediquemos atenção a este tipo de assunto. Não que isso deva importar renúncia à reflexão sobre os princípios e fundamentos do direito processual: eles continuam a merecer nosso constante interesse – e mais, de tempos em tempos, uma revisão crítica que espante a poeira inevitavelmente acumulada com o fluir dos anos. Acrescento que tampouco é possível cuidar bem de questões práticas sem sólida preparação teórica. Desconfiemos de quem menospreza a teoria e pretende dar solução a quaisquer problemas da Justiça com base exclusiva numa suposta experiência decorrente de visitas amiadadas ao foro e da familiaridade com contra-fés e cartas de sentença.

Felizmente – e graças a Deus, se de algum modo eu puder haver contribuído para tanto com minha palavra de professor – Aluisio não incorre em nenhum desses dois pecados simétricos e igualmente mortais. Conhece o valor da teoria; sabe que o conhecimento seguro da doutrina da competência é pressuposto necessário do tratamento da problemática específica de sua dissertação; e claramente o demonstra, no capítulo 2 da obra. Por outro lado, está consciente de que o domínio das noções teóricas de direito processual é instrumento, como tal imprescindível, de qualquer estudo sério, mas – justamente por ser instrumento – vale principalmente pelo uso que dele se fizer para tentar aperfeiçoar o desempenho da máquina judiciária, assegurar-lhe funcionamento compatível com as necessidades e aspirações dos nossos dias.

A competência é, nessa perspectiva, um dos terrenos de eleição. Pouca será a esperança de que os processos se acelerem, de que os canais da Justiça se desempenhem, de que os litigantes consigam ver julgada a causa (e executada a sentença, se for o caso), enquanto os órgãos judiciais correrem a todo instante o risco de emaranhar-se em preliminares do gênero, enquanto a atenção dos magistrados estiver sujeita a desviar-se de seu objeto essencial, a lide, para ficar presa à questão prévia de saber a qual deles incumbe atuar na espécie.

Problemas de competência têm sido fatores agudos de complicação e entorpecimento do curso dos pleitos. Geram, com freqüência, uma série de incidentes – exceções, conflitos positivos e negativos, reclamações – fatais para a celeridade do feito. Nem falemos em recursos especiais e extraordinários, uniformizações de jurisprudência e quejandos, não raro decorrentes de decisões sobre competência. Quando desembargador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, passaram-me pelas mãos os autos de processo que, em razão de preliminar do gênero, havia subido, um a um, todos os degraus da pirâmide judiciária, até chegar ao Supremo Tribunal Federal, e estava a completar dez anos de sua instauração!

Todos sabem que são numerosas, e algumas bem complexas, as questões ainda controvertidas acerca da disciplina da matéria no Brasil, notadamente no que concerne à Justiça Federal. Aluisio não temeu as dificuldades do assunto. Procurou enfrentá-lo em todos os aspectos mais relevantes. Desceu a minúcias cujo exame nem sempre se encontra na literatura pertinente. Sem a pretensão (tão funesta) de ser original, não fugiu à responsabilidade de inovar, de dizer certas coisas pela primeira vez, sem o confortável apoio de manifestações precedentes. Nem por isso despreza, muito

ao contrário, as lições da doutrina e da jurisprudência, invocadas quando oportuno, mas sempre com o indispensável espírito crítico: não para acorrentar o pensamento do autor, senão para esclarecê-lo e ilustrá-lo.

Não vou antecipar aqui o conteúdo da dissertação, nem — menos ainda — as conclusões a que chega Aluisio em sua análise cuidadosa e segura da extensa problemática. Um prefácio não deve transformar-se em biombo colocado entre o livro e o leitor. Ao prefaciador não cabe, em medida alguma, tentar substituir o autor. Nem poderia eu, no caso, pretender fazê-lo com qualquer vantagem. O leitor só terá a ganhar se passar depressa desta modesta apresentação à própria obra apresentada.



Indices

- I - Autores
- II - Assuntos

1 - Juízes

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes	61, 187
André de Magalhães Lenart Zilberkrein	197
Caio Márcio Gutterres Taranto	93
Eugênio Rosa de Araújo	209
Fernanda Duarte	109
Guilherme Bollorini Pereira	137
Guilherme Couto de Castro	217
Maria do Carmo Freitas Ribeiro	145
Paulo André Espírito Santo	219, 223
Vigdor Teitel	225

2 - Servidores

Aline Aparecida de Paula	25
Luis Carlos Cassano Jr.	243
Michelle Brandão de Sousa Pinto	159
Rebeca Sobreira Fernandes	233

3 - Colaboradores

Angélica Cuéllar Vázquez.....	15
Bárbara Gomes Lupetti Baptista	75
José Carlos Barbosa Moreira	271
Rafael M. Iorio Filho	109

A

ABUSO DE PODER

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

AÇÃO ANULATÓRIA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Direito comparado - Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Controle judicial - Arbitragem - Conciliação - Justiça do Trabalho..... 61

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

Alemanha - Segunda Guerra Mundial - Imunidade de jurisdição - Carta rogatória - Dano material - Dano moral - Prescrição extintiva 217

AÇÃO MONITÓRIA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual 75

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Universidade federal - Erro médico - Indenização - Dano moral - Dano estético - Dano material 209

ADVOGADO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual 75

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

ALEMANHA

Ação de indenização - Segunda Guerra Mundial - Imunidade de jurisdição - Carta rogatória - Dano material - Dano moral - Prescrição extintiva 217

AMÉRICA LATINA

Sentença judicial - Sociologia jurídica - Juiz - Prova - Direito Processual Penal 15

APELAÇÃO CÍVEL

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Interesse recursal

- Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo 25

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Benefício previdenciário - Incapacidade laborativa - Perícia médica - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)..... 187

ARBITRAGEM

Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade..... 159

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Direito comparado - Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Controle judicial - Ação civil pública - Conciliação - Justiça do Trabalho..... 61

ÁRBITRO

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade 159

ATO ARBITRÁRIO

Ministério Público Federal (MPF) - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

B

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria por invalidez - Incapacidade laborativa - Perícia médica - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) 187

Juizado especial federal - Competência funcional - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Vara federal - Comarca do interior..... 219

C

CÁLCULO

Despacho - Celeridade processual - Contador judicial - Contadoria - Critérios 137

CARTA ROGATÓRIA

Ação de indenização - Alemanha - Segunda Guerra Mundial - Imunidade de jurisdição
- Dano material - Dano moral - Prescrição extintiva 217

CELERIDADE PROCESSUAL

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo ... 25

Despacho - Cálculo - Contador judicial - Contadoria - Critérios 137

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação
- Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação 75

CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão
- Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória
- Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Arbitragem - Juízo arbitral - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Árbitro
- Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar
- Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade..... 159

COBRANÇA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)

Direito Processual Civil - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual 75

Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo 25

COISA JULGADA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

COMARCA DO INTERIOR

Juizado Especial Federal - Competência funcional - Benefício previdenciário - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Vara federal..... 219

COMPANHIA TELEFÔNICA

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional

- Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade
- Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do
consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

COMPETÊNCIA

Juiz - Decisão judicial - Gerente - Gestão - Tomada de decisão 243

COMPETÊNCIA ABSOLUTA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão
da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito
trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscaliza-
ção profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência
territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de compe-
tência - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em
razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória
- Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão
da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito
trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização
profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência terri-
torial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência
- Competência absoluta - Competência relativa - Competência em razão do valor
- Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação
em pagamento - Suspensão da execução 145

COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO VALOR

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão
da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito
trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização
profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência terri-
torial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência
- Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa
- Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação
em pagamento - Suspensão da execução 145

COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Juizado especial federal - Benefício previdenciário - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Vara federal - Comarca do interior..... 219

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Execução fiscal - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

COMPETÊNCIA RELATIVA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

COMPROMISSO ARBITRAL

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Responsabilidade civil - Árbitro
- Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar
- Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade..... 159

CONCILIAÇÃO

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Direito comparado
- Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Controle judicial - Ação
civil pública - Arbitragem - Justiça do Trabalho 61

CONEXÃO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão
da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito
trabalhista - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profis-
sional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial
- Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência
- Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa
- Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência
- Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão
da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito
trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscaliza-
ção profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência
territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de compe-
tência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência
relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Ação anulatória
- Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão
da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito
trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Estado - Município
- União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administra-
tiva - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta

- Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Suspensão da execução..... 145

CONSTITUCIONALIDADE

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo 25

Súmula - Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário - Precedente - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica - Incidente de uniformização de jurisprudência 93

CONTADOR JUDICIAL

Despacho - Cálculo - Celeridade processual - Contadoria - Critérios 137

CONTADORIA

Despacho - Cálculo - Celeridade processual - Contador judicial - Critérios 137

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Administração pública - Universidade federal - Erro médico - Indenização - Dano moral - Dano estético - Dano material 209

CONTROLE JUDICIAL

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Direito comparado - Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Ação civil pública - Arbitragem - Conciliação - Justiça do Trabalho 61

CONTROLE JURISDICIONAL

Súmula - Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Recurso extraordinário - Precedente - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica - Incidente de uniformização de jurisprudência 93

CONVENÇÃO DE VIENA

Execução fiscal - Rio de Janeiro (RJ) - Itália - Imunidade de jurisdição - Crédito tributário - Impossibilidade jurídica do pedido - País estrangeiro 225

CPC

Vide: Código de Processo Civil (CPC)

CRÉDITO TRABALHISTA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Execução fiscal - Rio de Janeiro (RJ) - Itália - Imunidade de jurisdição - Impossibilidade jurídica do pedido - País estrangeiro - Convenção de Viena 225

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

CRITÉRIOS

Despacho - Cálculo - Celeridade processual - Contador judicial - Contadoria 137

CUMPRIMENTO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Embargos
à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embar-
gos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo
extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade
processual..... 75

CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL

Mandado judicial - Mandado de busca e apreensão - Mandado de reintegração - Oficial
de justiça - Magistrado - Força policial - Diligência 233

D

DANO ESTÉTICO

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Admi-
nistração pública - Universidade federal - Erro médico - Indenização - Dano moral
- Dano material 209

DANO MATERIAL

Ação de indenização - Alemanha - Segunda Guerra Mundial - Imunidade de jurisdição
- Carta rogatória - Dano moral - Prescrição extintiva..... 217

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Admi-
nistração pública - Universidade federal - Erro médico - Indenização - Dano moral
- Dano estético 209

DANO MORAL

Ação de indenização - Alemanha - Segunda Guerra Mundial - Imunidade de jurisdição
- Carta rogatória - Dano material - Prescrição extintiva 217

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Administração pública - Universidade federal - Erro médico - Indenização - Dano estético - Dano material 209

DECISÃO JUDICIAL

Juiz - Gerente - Competência - Gestão - Tomada de decisão 243

DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

DESPACHO

Cálculo - Celeridade processual - Contador judicial - Contadoria - Critérios 137

DEVEDOR

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

DILAÇÃO PROBATÓRIA

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Árbitro - Revelia - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade 159

DILIGÊNCIA

Mandado judicial - Mandado de busca e apreensão - Mandado de reintegração - Oficial de justiça - Magistrado - Cumprimento de ordem judicial - Força policial 233

DIREITO (CIÊNCIA DO DIREITO)

Teoria do Direito - Filosofia do Direito - Sistema jurídico - Hermenêutica jurídica - Epistemologia jurídica 251

DIREITO COMPARADO

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Controle judicial - Ação civil pública - Arbitragem - Conciliação - Justiça do Trabalho 61

DIREITO CONSTITUCIONAL

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito comparado - Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Controle judicial - Ação civil pública - Arbitragem - Conciliação - Justiça do Trabalho 61

DIREITO DO CONSUMIDOR

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Livre concorrência - Lucro usurário 197

DIREITO MATERIAL

Incidente de uniformização de jurisprudência - Lei federal nº 10.259/2001, art. 14 - Turma recursal - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Direito Processual Civil - Súmula do STJ nº 7/1990 223

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo... 25

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à

execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

Incidente de uniformização de jurisprudência - Lei federal nº 10.259/2001, art. 14 - Turma recursal - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Direito material - Súmula do STJ nº 7/1990..... 223

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Sentença judicial - América Latina - Sociologia jurídica - Juiz - Prova 15

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Supremo Tribunal Federal (STF) - Processo judicial - Jurisdição constitucional - Poder judiciário - Sociologia jurídica - Legitimidade - Poder político..... 109

DOMICÍLIO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo 25

E

EFEITO DEVOLUTIVO

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível

- Interesse recursal - Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in judicando* 25

EFEITO VINCULANTE

Súmula - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário
- Precedente - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica
- Incidente de uniformização de jurisprudência 93

EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

EMBARGOS À ARREMATACÃO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Direito (Ciência do Direito) - Teoria do Direito - Filosofia do Direito - Sistema jurídico
- Hermenêutica jurídica 251

ERRO MÉDICO

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Administração pública - Universidade federal - Indenização - Dano moral - Dano estético - Dano material 209

ERROR IN JUDICANDO

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - Efeito devolutivo..... 25

ERROR IN PROCEDENDO

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - Direito Processual Civil - *Error in judicando* - Efeito devolutivo 25

ESTADO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

EXECUÇÃO FISCAL

Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado

- Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

Rio de Janeiro (RJ) - Itália - Imunidade de jurisdição - Crédito tributário - Impossibilidade jurídica do pedido - País estrangeiro - Convenção de Viena..... 225

EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

EXPROPRIAÇÃO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

F

FAZENDA PÚBLICA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

FILOSOFIA DO DIREITO

Direito (Ciência do Direito) - Teoria do Direito - Sistema jurídico - Hermenêutica jurídica - Epistemologia jurídica 251

FORÇA POLICIAL

Mandado judicial - Mandado de busca e apreensão - Mandado de reintegração - Oficial de justiça - Magistrado - Cumprimento de ordem judicial - Diligência 233

G

GERENTE

Juiz - Decisão judicial - Competência - Gestão - Tomada de decisão 243

GESTÃO

Juiz - Decisão judicial - Gerente - Competência - Tomada de decisão 243

H

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Direito (Ciência do Direito) - Teoria do Direito - Filosofia do Direito - Sistema jurídico - Epistemologia jurídica 251

HONORÁRIOS

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

HOSPITAL PÚBLICO

Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Administração pública - Universidade federal - Erro médico - Indenização - Dano moral - Dano estético - Dano material 209



IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Execução fiscal - Rio de Janeiro (RJ) - Itália - Imunidade de jurisdição - Crédito tributário - País estrangeiro - Convenção de Viena 225

IMPUGNAÇÃO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Celeridade processual..... 75

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Ação de indenização - Alemanha - Segunda Guerra Mundial - Carta rogatória - Dano material - Dano moral - Prescrição extintiva..... 217

Execução fiscal - Rio de Janeiro (RJ) - Itália - Crédito tributário - Impossibilidade jurídica do pedido - País estrangeiro - Convenção de Viena 225

INADIMPLEMENTO

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

INCAPACIDADE LABORATIVA

Benefício previdenciário - Aposentadoria por invalidez - Perícia médica - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) 187

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Lei federal nº 10.259/2001, art. 14 - Turma recursal - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Direito Processual Civil - Direito material - Súmula do STJ nº 7/1990 223

Súmula - Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário - Precedente - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica 93

INCOMPETÊNCIA RELATIVA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

INCONSTITUCIONALIDADE

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Direito comparado - Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Controle judicial - Ação civil pública - Arbitragem - Conciliação - Justiça do Trabalho 61

INDENIZAÇÃO

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Administração pública - Universidade federal - Erro médico - Dano moral - Dano estético - Dano material 209

INSS

Vide: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS)

Benefício previdenciário - Aposentadoria por invalidez - Incapacidade laborativa - Perícia médica 187

Incidente de uniformização de jurisprudência - Lei federal nº 10.259/2001, art. 14 - Turma recursal - Direito Processual Civil - Direito material - Súmula do STJ nº 7/1990..... 223

Juizado especial federal - Competência funcional - Benefício previdenciário - Vara federal - Comarca do interior..... 219

INTERESSE RECURSAL

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo..... 25

INVIOLABILIDADE

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

ITÁLIA

Execução fiscal - Rio de Janeiro (RJ) - Imunidade de jurisdição - Crédito tributário - Impossibilidade jurídica do pedido - País estrangeiro - Convenção de Viena.... 225

J

JUSTIÇA DO TRABALHO

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Direito comparado
- Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Controle judicial - Ação
civil pública - Arbitragem - Conciliação 61

JUSTIÇA FEDERAL

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão
da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito
trabalhista - Conexão - Vara especializada - Conselho de fiscalização profissional - Es-
tado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade
administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência ab-
soluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em
razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória
- Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

JUIZ

Decisão judicial - Gerente - Competência - Gestão - Tomada de decisão 243

Sentença judicial - América Latina - Sociologia jurídica - Prova - Direito Processual
Penal 15

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Competência funcional - Benefício previdenciário - Instituto Nacional do Seguro Social
(INSS) - Vara federal - Comarca do interior 219

JUÍZO ARBITRAL

Arbitragem - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil
- Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida
cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade 159

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Supremo Tribunal Federal (STF) - Processo judicial - Poder judiciário - Sociologia jurídica
- Legitimidade - Poder político - Direitos e garantias fundamentais 109

L

LEGITIMIDADE

Supremo Tribunal Federal (STF) - Processo judicial - Jurisdição constitucional
- Poder judiciário - Sociologia jurídica - Poder político - Direitos e garantias
fundamentais.....109

LEI FEDERAL Nº 9.494/1997, ART. 2º-A

Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Direito constitucional - Direito comparado
- Inconstitucionalidade - Controle judicial - Ação civil pública - Arbitragem - Conci-
liação - Justiça do Trabalho 61

LEI FEDERAL Nº 10.259/2001, ART. 14

Incidente de uniformização de jurisprudência - Turma recursal - Instituto Nacional
do Seguro Social (INSS) - Direito Processual Civil - Direito material - Súmula do STJ
nº 7/1990..... 223

LEI FEDERAL Nº 10.352/2001

Código de Processo Civil (CPC) - Celeridade processual - Constitucionalidade - Duplo
grau de jurisdição - Recurso judicial - Apelação cível - Interesse recursal - Direito
Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo 25

LEI FEDERAL Nº 11.232/2005

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Execução de sentença - Sen-
tença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução
- Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação
- Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo
- Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

LEI FEDERAL Nº 11.418/2006

Súmula - Efeito vinculante - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário - Precedente
- Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica - Incidente
de uniformização de jurisprudência 93

LESÃO AO DIREITO

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Sentença arbitral - Vício - Nulidade 145

LITISPENDÊNCIA

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

LIVRE CONCORRÊNCIA

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional

- Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade
- Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem
econômica - Direito do consumidor - Lucro usurário..... 197

LUCRO USURÁRIO

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil
pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional
- Sigilo profissional - Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade
- Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem
econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência..... 197

M

MAGISTRADO

Mandado judicial - Mandado de busca e apreensão - Mandado de reintegração - Oficial
de justiça - Cumprimento de ordem judicial - Força policial - Diligência 233

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

Mandado judicial - Mandado de reintegração - Oficial de justiça - Magistrado - Cum-
primento de ordem judicial - Força policial - Diligência 233

MANDADO DE REINTEGRAÇÃO

Mandado judicial - Mandado de busca e apreensão - Oficial de justiça - Magistrado
- Cumprimento de ordem judicial - Força policial - Diligência 233

MANDADO JUDICIAL

Mandado de busca e apreensão - Mandado de reintegração - Oficial de justiça - Magis-
trado - Cumprimento de ordem judicial - Força policial - Diligência..... 233

MEDIDA CAUTELAR

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Res-
ponsabilidade civil - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de
provas - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade 159

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)

Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão
ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado

- Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplimento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

MPF

Vide: Ministério Público Federal (MPF)

MUNICÍPIO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

N

NORMA JURÍDICA

Súmula - Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário - Precedente - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Incidente de uniformização de jurisprudência 93

NULIDADE

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício 159

O

OFICIAL DE JUSTIÇA

Mandado judicial - Mandado de busca e apreensão - Mandado de reintegração - Magistrado - Cumprimento de ordem judicial - Força policial - Diligência..... 233

ÓRGÃO PÚBLICO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

P

PAÍS ESTRANGEIRO

Execução fiscal - Rio de Janeiro (RJ) - Itália - Imunidade de jurisdição - Crédito tributário - Impossibilidade jurídica do pedido - Convenção de Viena 225

PENALIDADE ADMINISTRATIVA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução 145

PENHORA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Impugnação - Celeridade processual..... 75

PERÍCIA MÉDICA

Benefício previdenciário - Aposentadoria por invalidez - Incapacidade laborativa - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) 187

PODER JUDICIÁRIO

Supremo Tribunal Federal (STF) - Processo judicial - Jurisdição constitucional - Sociologia jurídica - Legitimidade - Poder político - Direitos e garantias fundamentais..... 109

PODER POLÍTICO

Supremo Tribunal Federal (STF) - Processo judicial - Jurisdição constitucional - Poder judiciário - Sociologia jurídica - Legitimidade - Direitos e garantias fundamentais ...109

PRAZO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

PRECEDENTE

Súmula - Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica - Incidente de uniformização de jurisprudência..... 93

PRESCRIÇÃO EXTINTIVA

Ação de indenização - Alemanha - Segunda Guerra Mundial - Imunidade de jurisdição - Carta rogatória - Dano material - Dano moral..... 217

PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Direito constitucional - Direito comparado - Lei federal nº 9.494/1997, art. 2º-A - Inconstitucionalidade - Controle judicial - Ação civil pública - Arbitragem - Conciliação - Justiça do Trabalho 61

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão

- Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado
- Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade
administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência ab-
soluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em
razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória
- Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

PROCESSO ADMINISTRATIVO

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Ação civil pública - Abuso de poder
- Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional
- Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia tele-
fônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito
do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

PROCESSO JUDICIAL

Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisdição constitucional - Poder judiciário - Sociologia
jurídica - Legitimidade - Poder político - Direitos e garantias fundamentais 109

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsa-
bilidade civil - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Medida cautelar - Litisconsórcio
necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade 159

PROVA

Sentença judicial - América Latina - Sociologia jurídica - Juiz - Direito Processual
Penal..... 15

R

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Súmula - Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Pre-
cedente - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica
- Incidente de uniformização de jurisprudência 93

RECURSO JUDICIAL

Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 10.352/2001 - Celeridade processual
- Constitucionalidade - Duplo grau de jurisdição - Apelação cível - Interesse recursal

- Direito Processual Civil - *Error in procedendo* - *Error in iudicando* - Efeito devolutivo..... 25

REMUNERAÇÃO

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional - Sigilo profissional - Advogado - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefônica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

RESPONSABILIDADE CIVIL

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade..... 159

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Hospital público - Contrato administrativo - Administração pública - Universidade federal - Erro médico - Indenização - Dano moral - Dano estético - Dano material 209

REVELIA

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Árbitro - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Vício - Nulidade 159

RIO DE JANEIRO (RJ)

Execução fiscal - Itália - Imunidade de jurisdição - Crédito tributário - Impossibilidade jurídica do pedido - País estrangeiro - Convenção de Viena 225

S

SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Ação de indenização - Alemanha - Imunidade de jurisdição - Carta rogatória - Dano material - Dano moral - Prescrição extintiva 217

SENTENÇA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento
- Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação
- Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título
executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação
- Celeridade processual..... 75

SENTENÇA ARBITRAL

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Res-
ponsabilidade civil - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de
provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Vício - Nulidade 159

SENTENÇA JUDICIAL

América Latina - Sociologia jurídica - Juiz - Prova - Direito Processual Penal 15

SERVIÇO TELEFÔNICO

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil
pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Exercício profissional - Sigilo profissional
- Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefô-
nica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito
do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

SIGILO PROFISSIONAL

Ministério Público Federal (MPF) - Ato arbitrário - Processo administrativo - Ação civil
pública - Abuso de poder - Lesão ao direito - Serviço telefônico - Exercício profissional
- Advogado - Remuneração - Litigância de má-fé - Inviolabilidade - Companhia telefô-
nica - Inadimplemento - Litispendência - Crime contra a ordem econômica - Direito
do consumidor - Livre concorrência - Lucro usurário 197

SISTEMA JURÍDICO

Direito (ciência do Direito) - Teoria do Direito - Filosofia do Direito - Hermenêutica
jurídica - Epistemologia jurídica 251

SOCIOLOGIA JURÍDICA

Sentença judicial - América Latina - Juiz - Prova - Direito Processual Penal 15

Supremo Tribunal Federal (STF) - Processo judicial - Jurisdição constitucional - Poder judiciário - Legitimidade - Poder político - Direitos e garantias fundamentais ... 109

STF

Vide: Supremo Tribunal Federal (STF)

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Título executivo extrajudicial - Prazo - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

SÚMULA

Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário - Precedente - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Norma jurídica - Incidente de uniformização de jurisprudência 93

SÚMULA DO STJ Nº 7/1990

Incidente de uniformização de jurisprudência - Lei federal nº 10.259/2001, art. 14 - Turma recursal - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Direito Processual Civil - Direito material 223

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Processo judicial - Jurisdição constitucional - Poder judiciário - Sociologia jurídica - Legitimidade - Poder político - Direitos e garantias fundamentais 109

Súmula - Efeito vinculante - Lei federal nº 11.418/2006 - Controle jurisdicional - Recurso extraordinário - Precedente - Constitucionalidade - Norma jurídica - Incidente de uniformização de jurisprudência 93

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento 145

T

TEORIA DO DIREITO

Direito (Ciência do Direito) - Filosofia do Direito - Sistema jurídico - Hermenêutica jurídica - Epistemologia jurídica 251

TÍTULO DE CRÉDITO

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005 - Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Valor da condenação - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual 75

TOMADA DE DECISÃO

Juiz - Decisão judicial - Gerente - Competência - Gestão 243

TURMA RECURSAL

Incidente de uniformização de jurisprudência - Lei federal nº 10.259/2001, art. 14
- Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Direito Processual Civil - Direito material
- Súmula do STJ nº 7/1990 223

U

UNIÃO FEDERAL

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Vara especializada - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

UNIVERSIDADE FEDERAL

Hospital público - Responsabilidade civil do estado - Contrato administrativo - Administração pública - Erro médico - Indenização - Dano moral - Dano estético - Dano material 209

V

VALOR DA CONDENAÇÃO

Direito Processual Civil - Código de Processo Civil (CPC) - Lei federal nº 11.232/2005
- Execução de sentença - Sentença - Coisa julgada - Liquidação da sentença - Cumprimento - Embargos à execução - Fazenda Pública - Ação monitória - Embargos à arrematação - Embargos à adjudicação - Honorários - Advogado - Título executivo extrajudicial - Prazo - Sucumbência recíproca - Penhora - Impugnação - Celeridade processual..... 75

VARA ESPECIALIZADA

Execução fiscal - Competência jurisdicional - Cobrança - Fazenda Pública - Certidão

da dívida ativa - Expropriação - Princípio da legalidade - Título de crédito - Crédito trabalhista - Conexão - Justiça Federal - Conselho de fiscalização profissional - Estado - Município - União Federal - Órgão público - Competência territorial - Penalidade administrativa - Domicílio - Devedor - Delegação de competência - Competência absoluta - Competência em razão da matéria - Competência relativa - Competência em razão do valor - Incompetência relativa - Conflito de competência - Ação anulatória - Consignação em pagamento - Suspensão da execução..... 145

VARA FEDERAL

Juizado especial federal - Competência funcional - Benefício previdenciário - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Comarca do interior 219

VÍCIO

Arbitragem - Juízo arbitral - Cláusula compromissória - Compromisso arbitral - Responsabilidade civil - Árbitro - Revelia - Dilação probatória - Produção antecipada de provas - Medida cautelar - Litisconsórcio necessário - Sentença arbitral - Nulidade 159